

ÉGALITÉ ET DISCRIMINATION DANS LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE : ÉTUDE COMPARATIVE

Daniel Proulx

Volume 10, numéro 2, 1980

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1110712ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19430>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Proulx, D. (1980). ÉGALITÉ ET DISCRIMINATION DANS LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE : ÉTUDE COMPARATIVE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 10(2), 381–568. <https://doi.org/10.17118/11143/19430>

Articles

ÉGALITÉ ET DISCRIMINATION DANS LA CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE: ÉTUDE COMPARATIVE *

*par Daniel PROULX***

* Le texte de cet article fut d'abord présenté par l'auteur à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal en vue de l'obtention de la maîtrise en droit. L'auteur exprime ses remerciements à Monsieur le professeur Pierre Blache de l'Université de Sherbrooke qui, par ses conseils judicieux, l'a grandement aidé à poursuivre ses travaux et à mener à terme la rédaction de cet exposé.

** LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal), avocat et attaché de recherche à la Bibliothèque du Parlement fédéral.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	385
MISE AU POINT TERMINOLOGIQUE	392
PREMIÈRE PARTIE: LES CONCEPTIONS GÉNÉRALES DE L'ÉGALITÉ EN DROIT CANADIEN, AMÉRICAIN ET INTERNATIONAL	395
CHAPITRE I - LES CONCEPTIONS FORMELLE ET MATÉRIELLE DE L'ÉGALITÉ	396
Section 1 - La déclaration canadienne des droits et les tergiversations des tribunaux	399
Sous-section 1 - La tendance formelle prédominante ...	399
1- Les arrêts <i>Drybones</i> et <i>Lavell</i>	399
2- Les arrêts <i>Burnshine</i> , <i>Canard</i> et <i>Prata</i>	402
Sous-section 2 - Une nouvelle tendance matérielle?	404
1- Les tribunaux judiciaires en général depuis <i>Burnshine</i>	404
2- La Cour suprême et l'affaire <i>Bliss</i>	407
Section 2 - Les causes des tergiversations des tribunaux	411
Sous-section 1 - Le statut de la Déclaration	411
Sous-section 2 - La formulation de la norme d'égalité ...	413
CHAPITRE II - LES CONCEPTIONS ABSOLUE ET RELATIVE DE L'ÉGALITÉ	416
Section 1 - L'interdiction absolue de la discrimination	417
Sous-section 1 - Le contenu	417
Sous-section 2 - La critique	420
Section 2 - L'interdiction relative de la discrimination	423
Sous-section 1 - La différence de traitement "défavorable"	423
1- Le contenu	423
2- La critique	426

Sous-section 2 - La différence de traitement "injustifiée"	431
1- Le contenu	431
a) L'examen minimal	433
b) L'examen rigoureux	435
c) L'examen intermédiaire	439
2- La critique	441
SECONDE PARTIE: LA NORME ANTIDISCRIMATOIRE DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE	
	448
CHAPITRE I - LES MOTIFS DE DISCRIMINATION	
	450
Section 1 - Traits généraux	450
Sous-section 1 - La notion de motif	450
Sous-section 2 - L'énumération des motifs	455
1- L'ampleur de l'énumération	455
2- Le caractère limitatif de l'énumération	458
Section 2 - Les modes de détermination du motif de discrimination	462
Sous-section 1 - La pratique extérieure au Québec	464
1- Au Canada	464
2- Aux États-Unis	468
3- En Europe	472
Sous-section 2 - La Charte des droits et libertés	474
CHAPITRE II - LE DOMAINE DE LA DISCRIMINATION	
	480
Section 1 - La protection accordée par l'article 10	480
Sous-section 1 - La portée de la protection	481
1- Son étendue	481
a) Les domaines d'activité	481
b) Les droits et libertés de la personne	485
2- Ses limites	488
Sous-section 2 - Les caractères de la protection	493
1- L'uniformité d'application de l'article 10 aux droits et libertés	493
2- L'autonomie d'application de l'article 10	497

Section 2 - Les personnes protégées par l'article 10	500
Sous-section 1 - La personne physique et la personne morale	501
Sous-section 2 - Le groupe	506
CHAPITRE III - LES CONCEPTIONS GÉNÉRALES DE L'ÉGALITÉ RETENUES PAR LE LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS	512
Section 1 - Quant aux conceptions formelle et matérielle	512
Sous-section 1 - Le choix d'une conception matérielle de l'égalité	512
1- Le statut de la Charte	513
2- La formulation de la norme d'égalité	515
Sous-section 2 - Le champ d'application de l'égalité matérielle	516
1- Le législateur	516
2- Les personnes	518
3- Le gouvernement	519
4- Les tribunaux	521
Section 2 - Quant aux conceptions absolue et relative	522
Sous-section 1 - Le choix explicite d'une conception relative de l'égalité	522
1- Les dérogations absolues	523
2- Les dérogations relatives	524
a) En matière d'emploi	525
b) Les institutions particulières	539
Sous-section 2 - Le choix implicite d'une conception absolue de l'égalité	545
1- La règle	546
2- Les exceptions	553
a) Les droits économiques et sociaux reconnus par la <i>Charte</i>	553
b) Les exceptions inhérentes reconnues par la jurisprudence	557
CONCLUSION	565

INTRODUCTION

Le thème de la projection juridique des droits et libertés individuels revêt au Québec une importance nouvelle et considérable depuis l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ adoptée le 27 juin 1975 et entrée en vigueur un an plus tard². Contrairement à la plupart des pays et, en tout cas, à tous les autres membres de la fédération canadienne³, le législateur québécois avait jusque-là résisté au fort courant universel de protection des droits fondamentaux que les atrocités du second conflit mondial avaient suscité⁴.

Si cette attente devait laisser trop longtemps le citoyen d'ici dans une situation peu enviable⁵, elle eut en revanche le grand

-
1. L.R.Q. 1977, c. C-12. Le cheminement de la *Charte* fut, à ce jour, le suivant: L.Q. 1975, c. 6 mod. par L.Q. 1976, c. 5, par L.Q. 1977, c. 6 et par L.Q. 1978, c. 7.
 2. Soit le 28 juin 1976 par proclamation du Conseil exécutif émise en vertu de l'article 100 de la *Charte*: (1976) 108 *Gazette officielle II*, 3875.
 3. Le Québec fut en effet la dernière province à se doter d'une déclaration des droits et libertés. Les neuf autres y avaient déjà pourvu: *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318 (mod. par S.O. 1971, c. 50, par S.O. 1972, c. 119 et par S.O. 1974, c. 73); *Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65 (mod. par S.M. 1975, c. 42, art. 26, par S.M. 1976, c. 48, par S.M. 1977, c. 46 et par S.M. 1978, c. 43); *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 (refondant quatre lois déjà existantes, savoir: *Saskatchewan Human Rights Commission Act*, S.S. 1972, c. 108; *Saskatchewan Bill of Rights Act*, R.S.S. 1965, c. 378; *Fair Accommodation Practises Act*, R.S.S. 1965, c. 68; *Fair Employment Practises Act*, R.S.S. 1965, c. 293); *Alberta Bill of Rights*, S.A. 1972, c. 1; *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2 (mod. par S.A. 1973, c. 61 et par S.A. 1978, c. 51); *Human Rights Code of British Columbia*, S.B.C. 1973 (2d Session), c. 119 (mod. par S.B.C. 1974, c. 87 et 114); *Loi sur les droits de l'Homme*, L.R.N.B. 1973, c. H-11 (mod. par L.N.B. 1974, c. 20 et par L.N.B. 1976, c. 31); *Human Rights Act*, C.S.N.S. 1979, c. H-24 (refondant S.N.S. 1969, c. 11 et ses modifications ultérieures); *Human Rights Act*, S.P.E.I. 1975, c. 72; *Newfoundland Human Rights Code*, R.S.N. 1970, c. 262 (mod. par S.N. 1973, no 34, par S.N. 1974, nos 57 et 114).
- Quant au législateur fédéral, il a adopté en 1960 la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, App. III qu'il vient de compléter par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33 que le gouvernement a mis en vigueur par proclamation le 1er mars 1978: (1978) *Gazette du Canada I*, 1529. Cette loi est donc la toute dernière venue sur la scène canadienne en matière de droits fondamentaux, si on omet le Nouveau *Code des droits de la personne de la Saskatchewan*, entré en vigueur en août 1979, qui n'est venu en fait que refondre, en les renforçant, quatre lois déjà existantes.
4. Même avant les années '60, réclamait-on une déclaration des droits fondamentaux au Québec, voir E. COLAS, "Les droits de l'Homme et la constitution canadienne", (1958) *R. du B.* 317 ainsi que J.Y. MORIN, "Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec", (1963) 9 *McGill L.J.* 273.
 5. Voir, à ce sujet, l'intéressant article de M. CARON, "Le Code civil québécois: ins-

avantage de nous procurer un document plus complet et mieux fait qu'ailleurs en ce qu'il regroupe de façon ordonnée l'ensemble des droits et libertés de la personne⁶.

Toutefois, si ces derniers jouissent d'une reconnaissance égale dans la *Charte*⁷, tous n'ont pas la même importance. Cette loi, il faut s'en rendre compte, est d'abord et avant tout une loi d'interprétation. Ainsi l'ensemble des droits classiques⁸ de même que les droits économiques et sociaux⁹ doivent-ils céder le pas devant une disposition de n'importe quelle autre loi ordinaire, antérieure ou postérieure, qui leur est clairement contraire. Il en va différemment de l'application régulière de la loi (*due process*), aspect procédural¹⁰, et du principe d'égalité ou de non-discrimination de l'article 10¹¹. Ces deux types de droit ont retenu plus spécialement l'attention du législateur puisqu'il les a fait prévaloir sur toute loi postérieure conflictuelle¹².

En ce qui concerne l'égalité, sa situation particulière nous paraît encore plus significative car, contrairement à l'application régulière de la loi, il s'agit d'un droit qui assure non seulement une protection formelle ou procédurale aux individus, mais également une protection de fond que nous avons qualifiée de "matérielle": il ne suffit donc pas qu'une norme soit appliquée également à tous ceux à qui elle est applicable, il lui faut satisfaire dans son contenu même au principe d'égalité. En outre, ce principe ne s'applique pas seulement à l'encontre de la puissance publique. Il vise également tous ceux qui, administration ou personnes (individuelles, groupées,

trument de protection des droits et libertés de la personne?", (1978) 56 *R. du B. can.* 197. L'auteur met en relief l'état lamentable de la jurisprudence québécoise en matière de droits fondamentaux avant l'adoption de la *Charte des droits et libertés*.

6. Ces droits n'étant pas exhaustivement reconnus cependant, voir *infra*, pp. 494 et ss.

7. Voir *infra*, p. 490.

8. Articles 1 à 8.

9. Articles 39 à 48.

10. Articles 23 à 38.

11. Comme nous l'expliquons plus loin, voir *infra*, pp. 392 et ss., égalité et non-discrimination sont des expressions synonymes.

12. Voir les articles 51 et 52 qui font également entrer sous leur régime spécial le droit au secret professionnel (art. 9) et les droits politiques d'adresser des pétitions à l'Assemblée nationale (art. 21) et de voter (art. 22). L'article 52 se lit d'ailleurs comme suit: "Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce s'appliquer malgré la Charte".

incorporées ou publiques), pourraient, à l'intérieur de certains domaines d'activité, lui porter atteinte¹³.

C'est donc dire la place de choix qu'occupe l'égalité dans la *Charte* québécoise et, du même coup, l'intérêt énorme que peut revêtir l'étude de cette notion. De fait, le principe-clé de la déclaration québécoise des droits, c'est incontestablement celui de l'égalité. Ce faisant, le législateur québécois n'a cependant pas innové. Il n'a au contraire qu'embrassé une préoccupation déjà partagée par l'ensemble des parlements au Canada, lesquels, dans leur quasi-totalité, ont d'ailleurs choisi de s'attaquer, en adoptant leur texte sur les droits fondamentaux, aux seuls problèmes de discrimination¹⁴. Force nous est donc de constater qu'il existe un consensus ou à tout le moins une volonté nouvelle mais bien réelle au Canada de créer un type de société fondée sur des principes égalitaires^{14a}.

Il importe dès lors de définir quelle égalité notre propre législateur a voulu garantir en adoptant la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le présent article a donc pour unique objet d'indiquer le contenu, la portée et les effets de la norme antidiscriminatoire énoncée à l'article 10¹⁵ de cette *Charte*. Les principes d'égalité élaborés au cours des ans par la voie jurisprudentielle en droit administratif ne nous intéressent donc pas ici puisqu'ils constituent en fait un tout autre sujet. Par ailleurs, bien que dans la seconde partie de la *Charte*¹⁶ on ait créé un mécanisme administratif — la Commission des droits de la personne — et prévu des recours judiciaires¹⁷ afin d'assurer la mise en oeuvre du droit à

13. Voir les articles 11 à 20, 49 et 54 et *infra*, pp. 516 et ss.

14. Seules l'Alberta et la Saskatchewan ont adopté un "*Bill of Rights*", voir *supra*, note 3, qui reconnaît certains droits et libertés classiques. Les autres provinces n'ont pas cru bon de le faire, s'en remettant sans doute en cette matière au Parlement fédéral et à sa *Déclaration canadienne des droits*.

14a. Si l'on en croit un sondage d'opinion mené auprès de 2,000 répondants à travers le Canada par la Commission canadienne des droits de la personne en 1979, près de 9 personnes sur 10 (86%) sont favorables à l'adoption de lois visant à interdire la discrimination. Le pourcentage de personnes en faveur de telles lois est le plus élevé en Colombie-Britannique (90%) et le moins élevé dans la région de l'Atlantique (81%). Le Québec se situe au milieu avec un pourcentage de gens favorables de 84%. Voir: COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *La discrimination au Canada, enquête sur la perception, les pratiques et attitudes reliées à la discrimination*, Ottawa, sept. 1979, p. 5.

15. Voir le texte de l'article 10 à la page 448.

16. Articles 57 à 86.

17. Articles 83 et 49.

l'égalité, la matière nous est apparue suffisamment riche concernant les règles de fond de l'égalité pour que nous y consacrons l'ensemble de notre réflexion. Nous laisserons donc à d'autres le soin d'approfondir l'important aspect institutionnel et procédural de notre sujet.

La difficulté intrinsèque d'une recherche sur une notion nouvelle dans notre droit réside évidemment dans un manque de matériaux tant sur le plan jurisprudentiel¹⁸ que doctrinal¹⁹. Il nous fallait pourtant, pour bâtir une réflexion un tant soit peu valable,

18. À ce jour (avril 1980), on ne compte qu'une quinzaine d'arrêts ayant porté principalement ou accessoirement sur la signification de l'article 10 de la *Charte*, soit: *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Racette*, C.S. Montréal, no 500-05-017 718-766, 7 oct. 1976 (j. Vallerand) in (1977) *C. de D.* 183-6; *Gauthier Fullum c. Cité de Pointe-aux-Trembles*, C.S. Montréal, no 500-05-018 775-765 (j. Bisailon), in (1977) *C. de D.* 187-190; *Fountainhead Fun Centres c. Ville de Montréal*, C.S. Montréal, no 05-026 914-778, 7 avril 1978, 31 pp. (j. Gervais); *Commission des droits de la personne c. Aristocrat Apartments Hotel*, (1978) C.S. 1073; *Commission des droits de la personne c. Fédération québécoise de hockey sur glace*, (1978) C.S. 1076; *Fountainhead Fun Centres c. Ville Saint-Laurent*, C.S. Montréal, no 05-026 403-773, 19 fév. 1979, 48 pp. (j. Pager); *Commission des droits de la personne c. Centre hospitalier Saint-Vincent-de-Paul*, C.S. St-François, no 450-05 000856-78, 7 sept. 1978, 4 pp. (j. Tôth); *Commission des droits de la personne c. Bessette*, C.P. St-Hyacinthe (Div. petites créances), no 750-32 001640-781, 19 fév. 1979, 1 p. (j. Bousquet); *Commission des droits de la personne c. Biscuits associés du Canada*, (1979) C.S. 532; *Johnson c. Commission des Affaires sociales*, (1979) C.S. 525; *Association des Gais du Québec c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, C.S. Montréal, no 500-05-010 456-794, 29 nov. 1979, 11 pp. (j. Beauregard); *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne*, C.S. Montréal, no 500-05-016 079-798, 20 déc. 1979, 10 pp. (j. Deslongchamps); *C.D.P. c. Poison*, (1980) 1 C.H.R.R. D/15 (C.P.); *C.D.P. c. Collège d'enseignement général et professionnel Saint-Jean-sur-le-Richelieu*, (1980) 1 C.H.R.R. D/85 (C.S.); *C.D.P. c. Café Tropicana*, (1980) 1 C.H.R.R. D/89 (C.P.).

19. Trois articles traitent du principe d'égalité de l'article 10 de la *Charte*: B. GRENIER, "L'égalité selon la Déclaration canadienne et la Charte québécoise: réflexions à partir de la nouvelle loi sur les jurés", (1977) 18 *C. de D.* 627; W.S. TARNOPOLSKY, "Le contrôle de la discrimination raciale au Canada", (1977) 18 *C. de D.* 663; A. MOREL, "Les libertés publiques", in *Guide d'information en droit*, tome I, Cahier 2, Montréal, S.O.Q.I.J., 1978, 173-212. Si les deux premiers portent plutôt sur le principe d'égalité de la *Déclaration canadienne des droits* et des Chartes de droits provinciales, l'étude du professeur Morel se veut une vulgarisation de l'application des articles 10 à 20 de la *Charte* québécoise et, pour cette raison même, approfondit assez peu le sens de la norme antidiscriminatoire. Deux autres commentaires sur la *Charte* ont bien fait l'objet de publication, mais ils ne sont pas reliés, directement du moins, à la notion d'égalité, voir P. BLACHE, "Les aspects procéduraux de la lutte administrative contre la discrimination et la Charte des droits de la personne", (1976) 17 *C. de D.* 875 et H. BRUN, "La Charte des droits et libertés de la personne: domaine d'application", (1977) 37 *R. du B.* 179.

éviter de verser dans le discours purement spéculatif ou dans la simple analyse exégétique nécessairement incomplète du texte de loi. C'est ainsi, qu'à défaut de mieux, il nous est apparu que la consultation de la pratique extérieure la plus susceptible d'exercer une influence véritable sur la signification que donneront nos tribunaux à l'article 10 de la *Charte* pouvait nous apporter un éclairage utile et judicieux.

À cet égard, la jurisprudence judiciaire sur la *Déclaration canadienne des droits* a dû constituer notre premier point de référence tant par son importance quantitative que pour l'autorité que lui a conférée à quelques reprises la Cour suprême du Canada. Une recherche des plus exhaustives s'imposait donc ici.

Il s'est ensuite développé dans les provinces canadiennes, et plus particulièrement en Ontario, une jurisprudence administrative non négligeable qui porte à peu près exclusivement sur les questions d'égalité et de discrimination et dont il n'aurait pas été permis de ne pas tenir compte. Cette jurisprudence, qui provient des "*Boards of Inquiry*", tribunaux quasi judiciaires possédant un pouvoir décisionnel exécutoire, n'est pas facile d'accès car sa publication dans le *Canadian Human Rights Reporter* est assurée que depuis le mois de janvier 1980. Elle s'est cependant avérée un précieux outil de travail dans l'élaboration de la notion de discrimination et c'est pourquoi nous avons fait l'impossible pour obtenir copie du maximum de ces décisions. Le plaideur comme le chercheur trouveront la plus grande partie de ces dernières aux bureaux de la Commission des droits de la personne à Montréal²⁰. Les lois provinciales prévoyant généralement la possibilité d'un appel aux tribunaux de droit commun, une jurisprudence judiciaire, le plus souvent rapportée, a également pris forme et vient compléter celle des "*Boards*".

Étant donné la grande richesse de leur contenu due sans doute à l'ancienneté du sujet en ce pays, — comparativement aux bribes

20. Grâce à une association créée par la Commission québécoise, l'Association canadienne des commissions de droits de la personne (CASHRA), on retrouve aux bureaux de la Commission une banque des décisions administratives canadiennes en matière de discrimination. Cette banque est malheureusement incomplète puisqu'elle est dépendante de la collaboration souvent défailante des autres commissions canadiennes. Nous aurons tout de même pu consulter quelque 200 décisions ayant émané des divers tribunaux de droits de la personne au Canada entre les années 1970 et 1980 principalement. Le lecteur les identifiera dans cet article par l'abréviation B.I. ou Trib. Droits Pers. selon qu'il s'agira d'une affaire en provenance d'un *Board of Inquiry* provincial ou d'un tribunal des droits de la personne institué en vertu de la nouvelle *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

d'informations livrées parcimonieusement par une jurisprudence canadienne hésitante et effrayée devant la relative nouveauté des questions d'égalité, — il était également indispensable de prendre connaissance des principaux arrêts-clés rendus par la Cour suprême des États-Unis tant en vertu de la clause d'"égale protection de la loi" ("*Equal Protection Clause*") du 14^e Amendement de la Constitution qu'en vertu du *Civil Rights Act*²¹ fédéral de 1964. Quoique fascinante, cette mine d'informations jurisprudentielles n'a cependant pas toujours l'influence qu'elle devrait avoir au Canada²², les tribunaux de notre pays, jaloux de leur indépendance, faisant continuellement valoir de bonnes raisons pour l'écarter.

Enfin, le droit international des droits de l'Homme allait constituer une excellente source de références puisque, de toute évidence, ce sont d'abord les documents internationaux qui ont inspiré le législateur québécois dans l'élaboration de la *Charte* et plus particulièrement dans la formulation du principe d'égalité. Il faut voir, par exemple, pour s'en rendre compte, la *Convention de l'O.I.T. concernant la discrimination en matière d'emploi ou de profession* (1958), la *Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* (1960), la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965), la *Convention européenne des droits de l'Homme* (1950) ou encore la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (1948). Sur le plan jurisprudentiel, c'est la célèbre et classique *affaire relative à certains aspects du régime linguistique en Belgique*²³ qui nous aura surtout servi de guide ici puisqu'elle constitue jusqu'à présent l'un des seuls sinon le seul arrêt concernant le principe d'égalité ou de non-discrimination qui fut

21. C'est sur le titre VII concernant l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi que nous avons surtout porté notre attention, voir: 78 U.S. Stat. 253, mod. par *The Equal Employment Opportunities Act*, 1972, 86 U.S. Stat. 103; par *Public Law 93-608*, 2 janv. 1975; par *Public Law 95-251*, 27 mars 1978 (92 U.S. Stat. 183); et par *Public Law 95-555*, 31 oct. 1978 (92 U.S. Stat. 2076).

22. Voir à ce sujet le commentaire de W.S. TARNOPOLSKY, "A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present One by the Supreme Court of Canada", (1978) *Lectures L.S.U.C.* 161, 177 et ss. Il faut cependant signaler une importante "percée" en Cour suprême du côté de la jurisprudence américaine dans la récente affaire *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, (1979) 2 R.C.S. 435, ayant trait à l'une des dispositions du texte législatif antidiscriminatoire de Colombie-Britannique, voir *supra*, note 3. Si cette "percée" ne fut effectuée que par un seul juge (Dickson), au surplus dissident, elle demeure néanmoins remarquable du seul fait que la référence à la pratique américaine y est faite directement et sans détour.

23. Cour Eur. D.H. (fond), arrêt du 23 juillet 1968.

jamais rendu par une cour internationale²⁴. Nous avons de plus principalement puisé dans le magnifique ouvrage du professeur Marc Bossuyt en ce domaine²⁵. Ces documents jurisprudentiel et doctrinal constitueront avec les textes conventionnels la base de notre documentation en droit international des droits de l'Homme et nous seront d'un précieux secours en particulier lors de l'étude des éléments constitutifs de la notion de discrimination qu'on trouve à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés* (Partie II).

La jurisprudence sur l'égalité étant fort abondante en droit canadien et américain, le lecteur prendra enfin note que c'est davantage à elle que nous avons eu recours, choisissant ainsi de réduire la lecture de la doctrine, non moins nombreuse, à quelques auteurs-clés. On aura compris que la profusion de la documentation nous a contraint de nous en tenir surtout aux deux premières sources du droit: la loi et la jurisprudence.

Cela dit, le présent ouvrage se divise en deux parties. Si la seconde est directement centrée sur le principe d'égalité énoncé à l'article 10 de la *Charte* québécoise et en dégage les divers éléments en autant de chapitres, la première brosse un tableau synthétique des conceptions générales de l'égalité prévalant au Canada, aux États-Unis et, dans une moindre mesure, en droit international des droits de l'Homme. Il s'est avéré nécessaire de procéder de cette façon afin d'établir comment s'est posée concrètement, dans la pratique, la problématique de l'égalité, et afin d'examiner les solutions proposées par la jurisprudence et les législateurs concernés pour la solutionner. Ce n'est qu'une fois cette démarche critique accomplie (Partie I), et qu'après avoir compris et identifié les éléments de la norme québécoise d'égalité ou de non-discrimination (Partie II, chapitres I et II), qu'il nous a été possible de situer le choix de notre propre législateur relativement aux conceptions générales d'égalité évoquées au départ (Partie II, chapitre III).

Si le fruit de notre recherche pouvait contribuer, même modestement, à éclairer le juriste sur la portée véritable du principe d'égalité inscrit à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, nous nous réjouissons d'avoir pleinement atteint nos objectifs.

24. D'autres affaires qui n'ont que partiellement trait à la notion d'égalité ou de non-discrimination ont également été rendues par la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour cette raison même, nous n'y aurons pas eu recours outre mesure.

25. M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p.

MISE AU POINT TERMINOLOGIQUE

Avant d'aller plus loin, il nous faut faire une dernière mise au point concernant la terminologie employée dans notre texte. Nous avons relevé, au seul niveau du langage, au moins trois approches législatives distinctes en matière d'égalité. Si, dans la *Déclaration canadienne* ou dans le 14e Amendement de la Constitution américaine par exemple, on parle d'"égalité devant la loi"²⁶ ou d'"égale protection de la loi"²⁷, en droit provincial canadien, c'est sous l'angle négatif de l'interdiction de la discrimination qu'on abordera la question. Ainsi, la loi ontarienne²⁸ énonce-t-elle à l'article 2:

No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by interposition of another, shall, (a) deny to any person or class of persons the accommodation, services or facilities available in any place to which the public is customarily admitted; or (b) discriminate against any person or class of persons with respect to the accommodations, services or facilities available in any place to which the public is customarily admitted, because of the race, creed, colour, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin of such person or class of persons or of any other person or class of persons.

Le Congrès américain a lui aussi opté pour ce genre de formulation en adoptant le *Civil Rights Act*²⁹. L'article 703 (a) (2) se lit donc comme suit:

It shall be an unlawful employment practice for an employer — (...) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex or national origin.

En droit international comme dans la *Charte québécoise*, on a jugé préférable de mettre en rapport les termes égalité et

26. *Déclaration canadienne des droits*, voir *supra*, note 3, art. 1 b).

27. "No State... shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Il s'agit de l'article 1 du 14e Amendement ajouté en 1868 à la Constitution américaine.

28. Voir *supra*, note 3. Nous avons mis en italique pour mieux les mettre en relief, les mots-clés de cette norme.

29. Voir *supra*, note 21. Il faut noter la variété des termes choisis par le Congrès au lieu et place du mot *discrimination* à l'article 703(a)(2). La nouvelle *Loi canadienne sur les droits de la personne*, voir *supra*, note 3, a d'ailleurs vraisemblablement été inspirée du texte américain. Elle utilise en outre l'expression "*differentiate adversely*" traduite en français par "défavoriser" (voir les articles 5 à 9 de la loi).

discrimination dans la même norme. L'article 1.1 de la *Convention de l'O.I.T. concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*³⁰ (1958) en constitue un bon modèle:

Aux fins de la présente convention, le terme "discrimination" comprend:

- a) toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession.

On définit donc ici le mot "discrimination" et cela consiste essentiellement en une différence de traitement — soit une distinction, exclusion ou préférence — qui a pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement. Voilà une définition tautologique qui nous conduit à l'inévitable conclusion que la discrimination est une atteinte à l'égalité alors que l'égalité résulte de l'absence de discrimination!

Il découle de cette brève revue normative que si les mots égalité et discrimination s'opposent, les expressions non-discrimination et égalité ont une même signification, laquelle reste d'ailleurs à déterminer. Comme le fait remarquer Bossuyt³¹, "... le principe d'égalité (en droit international) se concrétise dans la norme de non-discrimination car c'est par l'application de cette dernière qu'on aboutit à la réalisation du principe d'égalité". Que ce type de norme législative ou constitutionnelle ait été ou non utilisée en droit interne, on constate néanmoins qu'au niveau doctrinal et jurisprudentiel, c'est l'approche plus technique, plus palpable peut-être de la "non-discrimination" qui emporte de plus en plus l'adhésion aujourd'hui, au détriment de l'approche "égalité" d'apparence plus abstraite ou plus philosophique.

Il semble plus facile de déterminer les principaux éléments de la notion de discrimination. Une simple lecture de nos quelques exemples législatifs nous permet en effet d'en avancer au moins trois, soit 1° une différence de traitement, exprimée par les mots distinction, exclusion, limitation, préférence, etc.; 2° un motif

30. Dans la *Convention de l'Unesco concernant la discrimination dans l'enseignement* (1960), on a ajouté le mot "limitation" en plus de ceux qui apparaissent dans l'article 1.1 de celle de l'O.I.T. et dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965), le mot "restriction" fait également partie de la définition du terme discrimination.

31. *Op. cit. supra*, note 25, 38.

illicite³² tel que la race, le sexe, la religion, etc.; 3° un droit ou une liberté, comme la liberté de religion, ou encore un domaine d'activité juridiquement protégé, l'emploi par exemple. Dans cette perspective, l'égalité fait figure d'idéal à atteindre et ne paraît pouvoir se définir vraiment que par la négative: si l'égalité apparaît bien sûr lorsqu'il y a application à tous d'un même traitement, celui-ci ne pourra être obtenu concrètement que par l'élimination de la discrimination. Par ailleurs, on peut se rendre compte ici que seule la discrimination "de droit" se trouve interdite. La discrimination "de fait", c'est-à-dire celle qui se pratique en dehors des droits ou domaines d'activité juridiquement protégés, demeure tout à fait possible et autorisée. Autrement dit, selon notre définition, seule l'égalité "en droit" est garantie contrairement à l'égalité "en fait"³³. Nous aurons de toute façon l'occasion de revenir un peu plus loin sur ces notions.

Quoi qu'il en soit, il demeure certain que les termes égalité et non-discrimination évoquent une même réalité, peu importe la formulation particulière de la norme dans laquelle ils peuvent se situer. Il ne faudra donc pas s'étonner de les voir employés indistinctement au cours de notre étude. Suivant en cela la doctrine et la jurisprudence modernes, c'est le plus souvent, mais non exclusivement toutefois, par la voie de la notion de discrimination que nous découvrirons le sens et la portée du principe d'égalité.

32. Le terme "motif" désigne dans notre étude ce sur quoi est fondée une discrimination (la race, le sexe, etc.) et non pas la raison ou justification d'une discrimination, voir *infra*, p. 450.

33. Ainsi, un groupe d'amis qui, décidant de recruter dans le voisinage des participants afin de former des équipes de balle et de jouer spontanément dans la rue ou sur le terrain de l'un d'eux, exercerait une "discrimination" au sens courant du terme s'il excluait de ses rangs les personnes de sexe féminin. Ce groupe d'amis ne commettrait pourtant pas une discrimination au sens juridique du terme. Voir *infra*, pp. 489-490.

PREMIÈRE PARTIE

LES CONCEPTIONS GÉNÉRALES DE L'ÉGALITÉ EN DROIT CANADIEN, AMÉRICAIN ET INTERNATIONAL

La technique législative généralement retenue en matière de droits fondamentaux consiste à énoncer ou à déclarer ces derniers dans un style des plus lapidaires de façon à ne pas en restreindre la portée. On laisse ainsi aux tribunaux, mieux placés de par la nature empirique de leurs analyses, la tâche d'en révéler peu à peu la signification plus précise à l'occasion de cas particuliers.

En ce qui regarde le droit à l'égalité, la généralité de la norme a posé et pose toujours aux magistrats et aux juristes un problème assez particulier. En effet, quoiqu'il arrive, il demeurera toujours nécessaire, tant pour le législateur que pour les individus entre eux, de faire des distinctions de traitement, qu'elles ne présentent sous la forme d'obligations ou de restrictions particulières pour les uns, ou sous celle d'avantages spécifiques pour d'autres³⁴.

Ce dilemme a soulevé en jurisprudence deux ordres de questions. D'une part, s'est-on demandé, le principe d'égalité n'est-il qu'une simple exigence formelle d'application uniforme de la loi ou, au contraire, une norme matérielle opposable au contenu de la loi. Et, d'autre part, l'égalité constitue-t-elle un droit absolu ou relatif? Existe-t-il des types de différences de traitement ou d'inégalités qui soient "bons" et d'autres "mauvais", (et, en ce cas, quels critères doivent nous guider?), ou bien la discrimination ne doit-elle pas, en soi, être toujours considérée comme inacceptable?

Chacune des réponses à ces deux interrogations implique un choix et entraîne des conséquences de nature différente. Voilà pourquoi nous en traiterons en deux chapitres distincts, quoiqu'il soit impossible, vu leur grande interrelation, d'en dissocier complètement l'étude comme on pourra le constater dès le départ.

34. Ainsi par exemple, l'assistante judiciaire gratuite est un avantage réservé à une tranche déterminée de la population et la négation du droit de vote constitue sans nul doute un type de restriction imposée à certaines catégories de personnes (les juges, les mineurs, les non-citoyens, etc.).

CHAPITRE I

LES CONCEPTIONS FORMELLE ET MATÉRIELLE DE L'ÉGALITÉ

Considérer l'égalité sous l'angle d'une opposition entre ses conceptions formelle et matérielle, c'est distinguer entre l'égalité *dans l'application* de la loi et l'égalité *dans la création* de la loi. Dans ce dernier cas, on se retrouve devant une exigence de fond qui détermine, *a priori*, un contenu auquel tout acte et toute loi doivent répondre. Les auteurs parlent aussi dans ce cas d'égalitarisme³⁵, de contenu substantiel de l'égalité³⁶ ou encore d'égalité *dans la loi*³⁷. Tandis que l'égalité dans l'application de la loi, c'est, en théorie pure, "une notion formelle dont le respect se satisfait de l'existence même de la loi, peu importe son contenu"³⁸. C'est "le principe que les normes doivent être appliquées conformément aux normes" et qu'on appelle aussi égalité *devant la loi*³⁹.

C'est en reliant les conceptions d'égalité absolue et relative à celle de l'égalité formelle et matérielle que s'articule véritablement la problématique de notre sujet⁴⁰. Réduite à sa plus simple expression⁴¹, l'égalité absolue signifie l'interdiction d'opérer quelque distinction que ce soit entre les sujets de droit, alors que

35. J.K. SAMSON, "L'égalité devant la loi et la Cour suprême: égalitarisme ou rule of law?", (1975) 16 *C. de D.* 675, à la p. 678.

36. B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 630.

37. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 190; M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 75; E.A. DRIEDGER, "The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint", (1977) *Ottawa L. Rev.* 303.

38. J.K. SAMSON, *loc. cit. supra*, note 35, 678.

39. H. KELSEN, *op. cit.*; M. BOSSUYT, *op. cit.*, 76; J. RIVERO, "Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français", (1961-62) *XIV Travaux de l'Association Henri Capitant*, 344-351. Ce dernier auteur ajoute une troisième conception: à l'égalité dans la règle et devant la règle, il oppose l'égalité "en dehors" de la règle ou égalité "en soi". Ce concept recoupe la notion d'égalité "en fait" contrairement aux deux premiers qui ne concernent que l'égalité "en droit", voir *supra*, p. 394 et *infra*, pp. 489-490.

40. Sur la problématique de l'égalité, voir au Canada: J.C. SMITH, "Regina v. Drybones and Equality Before the Law", (1971) 49 *R. du B. can.* 163 et A.D. GOLD, "Equality Before the Law", (1973) *C.R.N.S.* 280; du côté américain, voir l'étude classique de J. TUSSMAN et J. TENBROEK, "The Equal Protection of the Laws", (1949) *Calif. L. Rev.* 341.

41. Les notions complexes d'égalité absolue et relative feront l'objet d'une étude plus approfondie au cours du second chapitre, voir *infra*, pp. 416 et ss.

selon une conception relative, l'égalité ne s'oppose qu'aux différences de traitement qui s'avèrent défavorables à certaines personnes ou qui sont injustifiées parce que jugées déraisonnables ou arbitraires. D'où il suit que si l'égalité a un sens matériel et absolu, cela implique que le législateur ne peut plus faire de lois particulières pour aucun groupe de personnes, car pour être conformes à un tel principe, les lois devraient être toujours les mêmes pour tous. Cela, comme le disait le juge Tysoe dans l'une des premières décisions à être rendue au Canada sur l'interprétation de la notion d'égalité devant la loi de la *Déclaration canadienne des droits*⁴², doit être rejeté pour des raisons d'impossibilité pratique⁴³.

D'un autre côté, si on ne donne à l'égalité qu'un sens purement formel, fut-il absolu, on en est réduit à devoir accepter un droit qui se contente de l'application égale ou uniforme de la loi à ceux à qui elle est applicable. Un tel concept est nettement insatisfaisant puisque, comme le disait lui-même le juge Ritchie dans l'affaire *Drybones*⁴⁴, "il faudrait considérer que la loi la plus manifestement discriminatoire envers un groupe ethnique reconnaît à chacun des membres de ce groupe l'égalité devant la loi si elle est également discriminatoire à l'égard de tous les autres membres du même groupe".

Devant un tel dilemme, on s'est tourné, tribunaux américains en tête, vers une acception matérielle mais relative de l'égalité qui consiste à exiger "les mêmes lois pour tous ceux qui se retrouvent dans une situation semblable"⁴⁵. Ainsi, au tournant du siècle dernier, nos voisins du sud affirmaient-ils déjà que "the equal protection of laws is a pledge for equal laws"⁴⁶. Et plus récemment,

42. Voir *supra*, note 3. Ci-après la *Déclaration*.

43. "... I cannot visualize a society in which precisely the same rights, privileges, duties and obligations rest upon everyone regardless of age, ability, characteristics and other things": *R. c. Gonzales*, (1962) 132 C.C.C. 242 (B.C.C.A.).

44. *R. c. Drybones*, (1970) R.C.S. 282, à la p. 297.

45. Nous verrons plus loin les difficultés propres à ce genre d'interprétation, voir *infra*, pp. 431 et ss.

46. *Yick Wo c. Hopkins*, (1886) 118 U.S. 369, in J. TUSSMAN et J. TENBROEK, voir *supra*, note 40, 342. Avant cette décision, ces derniers expliquent comment les tribunaux américains en étaient arrivés à interpréter l'*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement comme étant une simple exigence d'équité administrative ("*administrative fairness*"); ainsi suffisait-il que l'Administration applique la loi sans avoir égard à la race, la couleur ou tout autre motif discriminatoire. Les auteurs expriment également la protection qui était alors accordée sous le 14^e Amendement en parlant de "*fair and equal enforcement of laws*". L'affaire *Yick Wo* serait venue changer le sens de l'égalité de l'*Equal Protection Clause* pour en faire

la Cour européenne des droits de l'Homme s'est, elle aussi, clairement prononcée dans le même sens⁴⁷.

Ces positions claires contrastent évidemment avec celles qu'ont adoptées les tribunaux canadiens et plus particulièrement avec celles de la Cour suprême du Canada qui pratique encore à ce sujet une sorte de valse-hésitation entre la conception très formelle de la *rule of law* et une conception d'égalité matérielle mais relative qui semble prendre lentement forme.

Ces hésitations sont-elles dues aux distinctions théoriques que nous venons d'évoquer entre l'égalité *dans* la loi et l'égalité *devant* la loi, faisant de celle-ci une notion purement formelle? La terminologie utilisée est-elle si importante lorsqu'un législateur veut accorder à la garantie de l'égalité une acception matérielle? Tel n'est pas l'avis d'un auteur⁴⁸ qui, ayant fait une analyse des constitutions de plus d'une centaine de pays, a découvert qu'on y a employé des formules très diversifiées, allant de l'"égalité devant la loi", dans plus de soixante-dix pays, à la "protection égale des droits", les "droits égaux" ou l'"égalité des droits" dans une vingtaine d'autres. Par ailleurs, une vingtaine de pays auraient intégré à leur loi fondamentale une clause antidiscriminatoire spécifique portant sur certains motifs précis, tandis qu'un dernier groupe de vingt pays mentionneraient tant le principe d'égalité que celui de l'interdiction de la discrimination. Comme la plupart des pays ayant fait l'objet de cette étude donneraient à leur principe d'égalité un sens matériel, Bossuyt tire les conclusions suivantes: la terminologie utilisée est sans importance⁴⁹ si ce n'est que toutes ces expressions démontrent qu'on n'a voulu garantir qu'une égalité matérielle "en droit" par opposition à l'égalité "en fait"⁵⁰. Pour le reste, tous visent le même

une exigence de non-discrimination quant au contenu même de la loi. Commentant le passage célèbre précité du juge Matthews, Tussman et Tenbroek déclarent: "This has been frequently cited with approval and has never been challenged by the Court. It is a statement that makes it abundantly clear that the quality of legislation as well as the quality of administration comes within the purview of the clause". Nous verrons plus loin l'évolution de l'approche de la Cour suprême américaine sur ce qui ne fut longtemps qu'une acceptation de principe de l'égalité matérielle. Voir *infra*, pp. 433 à 441.

47. *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, voir *supra*, note 23, 33 à 35; M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 82-83.

48. M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 79 et ss.

49. Cette étude comparative confirme notre analyse terminologique sur l'équivalence des notions d'égalité et de non-discrimination, voir *supra*, pp. 393-394.

50. Sur la notion d'égalité et de discrimination "en droit" et "en fait", voir *supra*, p. 394 et *infra*, pp. 489-490.

but: garantir l'égalité par l'élimination de la discrimination.

En ce qui concerne le droit reconnu à tout individu, dans la *Déclaration canadienne des droits*, "quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe" à "l'égalité devant la loi"⁵¹, il importe dès maintenant de tenter par une analyse sommaire de la jurisprudence pertinente, de saisir lequel des sens formel ou matériel on lui donne aujourd'hui et de déterminer ensuite les causes des hésitations de nos juges à cet égard.

SECTION I

LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS ET LES TERGIVERSATIONS DES TRIBUNAUX

Il ressort de la pratique judiciaire une double tendance face à l'égalité. Une première, prédominante encore aujourd'hui, qui consiste à s'en remettre à une conception très formelle pour toute réponse à la problématique à laquelle ce principe renvoie et une seconde, encore bien timide, si elle existe vraiment, qui favorise une égalité matérielle opposable au contenu de la loi.

Sous-section 1 — La tendance formelle prédominante

Un examen attentif des décisions de la Cour suprême et de celles des tribunaux judiciaires en général jusqu'à l'affaire *Burnshine* nous permet de constater que la conception d'abord matérielle de l'égalité lancée dans *Drybones* fut rapidement récupérée à l'intérieur de la très formelle *rule of law* dans l'affaire *Lavell*, et que si quelques portes paraissent avoir été entr'ouvertes par la suite en faveur d'une conception matérielle plus souple que celle qui avait été énoncée dans *Drybones*, c'est en prenant bien soin de réaffirmer l'applicabilité des traditionnelles conceptions diceyennes sur la notion d'égalité devant la loi.

1- Les arrêts *Drybones* et *Lavell*

L'affaire *Drybones*⁵² fut la première décision de la Cour suprême à donner à la *Déclaration* un effet contraignant sur la législation fédérale et, bien entendu, tant chez les auteurs⁵³ que dans la

51. Voir *supra*, note 3, art. 1 b).

52. Voir *supra*, note 44.

53. Voir par exemple: F.M. AUBURN, (1970) 86 L.Q. Rev. 306; W.F. BOWKER, (1970) 8 *Alta L. Rev.* 409; P. CAVALUZZO, "Judicial Review and the Bill of Rights: *Drybones*

jurisprudence des autres tribunaux⁵⁴, on y vit la consécration d'une acception matérielle et relative de l'égalité. Acception matérielle en ce que la plus haute instance judiciaire avait exercé un contrôle sur le contenu d'une loi fédérale⁵⁵ et l'avait déclarée inopérante parce que contraire à la clause d'égalité devant la loi de la *Déclaration*, et acception relative parce que le juge Ritchie avait bien spécifié que la *ratio* de son jugement était limitée au cas où une loi prévoyait un traitement défavorable ou plus dur pour une catégorie de citoyens que pour les autres en général⁵⁶; il excluait ainsi le cas d'une simple différence de traitement qui n'aurait porté préjudice à quiconque (conception absolue).

Mais la Cour suprême vint infirmer dans l'affaire *Lavell*⁵⁷ l'impression générale qu'elle avait créée quatre ans plus tôt par un

and its aftermath", (1971) 9 *Osgoode Hall L.J.* 511; L.H. LEIGH, "The Indian Act, the Supremacy of Parliament and the Equal Protection of the Laws", (1970) 16 *McGill L.J.* 389; J.N. LYON, "Drybones and Stare Decisis", (1971) 17 *McGill L.J.* 389; H. MARX, "La Déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones: perspectives nouvelles?", (1970) 5 *Thémis* 305; H.W. SILVERMAN, "The Queen v. Drybones: The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights", (1970) 8 *Osgoode Hall L.J.* 599; J.C. SMITH, *loc. cit. supra*, note 40; W.S. TARNOPOLSKY, "The Canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones", (1971) 17 *McGill L.J.* 437.

54. *R. c. Viens*, (1970) 10 C.R.N.S. 363 (Ont. Prov. Ct.); *R. c. Chapman*, (1971) 14 C.R.N.S. 87 (confirmé in (1971) 14 C.R.N.S. 103n); *Lavell c. Procureur général du Canada*, (1971) C.F. 347; *Bédard c. Isaac*, (1972) 22 D.L.R. (3d) 188; *R. c. Pudlock*, (1973) 9 C.C.C. 256 (N.W.T.T.C.); *Re Froman*, (1973) 33 D.L.R. (3d) 676 (Ont. Co. Ct.). Mais voir (rule of law): *Piché c. La Reine*, (1970) 12 C.R.N.S. 102 (Alta S.C.); *R. c. Bradley (No. 2)*, (1973) 23 C.R.N.S. 39 (Ont. S.C.).

55. *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 94.

56. Voir *supra*, note 44, 298: "Je crois utile d'affirmer clairement que ces motifs s'appliquent seulement à un cas où, en vertu des lois du Canada, est réputé infraction punissable en droit, pour une personne, à cause de sa race, un acte que ses concitoyens canadiens qui ne sont pas de cette race peuvent poser sans encourir aucune sanction".

57. *Procureur général du Canada c. Lavell*, (1974) R.C.S. 1349. Sur cette affaire, voir par ex.: D. BOURQUE, "L'égalité selon la Cour suprême", (1977) 18 *C. de D.* 691; H. BRUN, "La décision dans *Lavell* ou les bonds de la Cour suprême", (1973) 14 *C. de D.* 541; F. CHEVRETTE et H. MARX, (1973) 33 *R. du B.* 557; S.A. COHEN, (1974) 39 *Manitoba Bar News* 197; E.A. DRIEDGER, "The Canadian Bill of Rights and the *Lavell* Case: A Possible Solution", (1974) 6 *Ottawa L. Rev.* 635; D. FLEMMING, (1974) *U.N.B.L.J.* 97; B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 627; P.W. HOGG, "The Canadian Bill of Rights — Equality Before the Law — *A.G. Canada v. Lavell*", (1974) 52 *R. du B. can.* 263; R.N. McLAUGHLIN, "The Attorney General of Canada v. *Lavell* and Equality Before the Law", (1973) 21 *Chitty's L.J.* 282; J.K. SAMSON, "La Déclaration canadienne des droits: une interprétation nouvelle?", (1973) 14 *C. de D.* 354; W.S. TARNOPOLSKY, "The Canadian Bill of Rights and the Supreme Court Decisions in *Lavell* and *Burnshine*: a Retreat from *Drybones* to *Dicey*?", (1975) 7 *Ottawa L. Rev.* 1.

retour pour le moins spectaculaire au concept d'égalité très formel de la *rule of law* que l'ancien auteur anglais Dicey lui attribuait, soit celui de "l'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires"⁵⁸. Tentant une modernisation de ce vieux principe, le juge Ritchie exprima l'avis que cela signifiait l'"égalité dans l'administration ou l'application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux du pays"⁵⁹. Ce revirement fut assez inattendu si l'on tient compte du fait que, d'une part, la règle de la *rule of law*, indépendamment de la *Déclaration*, semblait déjà protégée par la *common law* au Canada⁶⁰ et que, d'autre part, le juge Ritchie avait expressément signalé ce fait dans l'affaire *Drybones* et en avait même décrié les conséquences odieuses⁶¹. Quoi qu'il en soit, les tribunaux ordinaires se conformèrent généralement au jugement de la majorité exprimé par le juge Ritchie dans l'affaire *Lavell*⁶².

Quant à l'affaire *Drybones*, il faudra dorénavant la situer à l'intérieur de l'égalité formelle diceyenne. La Cour a, en effet, été suffisamment claire à ce sujet⁶³:

Cependant, la distinction fondamentale entre la présente affaire et l'affaire *Drybones* me paraît être que l'article incriminé dans cette dernière affaire ne pouvait recevoir d'application sans que soit

58. *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, 21 ed., 1950, vol. III, 337 in *Lavell*, *supra*, note précédente, 1365 (j. Ritchie).

59. *Id.*, 1366.

60. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L., 1972, 171. Les auteurs affirment en effet qu'indépendamment de la *Déclaration*, la *rule of law* au sens diceyen du terme est une règle qui fait partie du droit public canadien fédéral et québécois. Voir aussi: R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 1974, 1093; H. KELSEN, *op. cit. supra*, note 37, 190. Ce dernier affirme que l'égalité devant la loi au sens de "la régularité de l'application du droit en général (est) un principe immanent à tout ordre juridique".

61. Voir *supra*, p. 397 et note 44.

62. Seulement quatre juges (Ritchie, Fauteux, Martland et Judson) soutenaient ce point de vue contre quatre autres (Laskin, Abbott, Hall et Spence) qui, fidèles au jugement rendu dans l'affaire *Drybones*, accordaient à l'égalité devant la loi un sens matériel, alors que le juge Pigeon s'abstenait de se prononcer sur ce point précis. Les tribunaux judiciaires en général ont toutefois considéré que l'opinion du juge Ritchie constituait celle de la majorité. Voir: *R. c. Campbell*, (1974) 4 W.W.R. 765 (confirmé in (1975) 3 W.W.R. 593 (B.C.C.A.)); *R. c. Hatchwell*, (1973) 14 C.C.C. (2d) 556 (B.C.C.A.); *Re Regina and M.*, (1974) 2 O.R. (2d) 86 (Ont. High Ct.); *Beaudry c. La Reine*, (1975) C.A. 829; *R. c. Scheller*, (1975) C.T.C. 601 (C.F.).

63. Voir *supra*, note 57, 1372. Les italiques sont de nous.

déniée à un groupe racial l'égalité de traitement dans l'administration et l'application de la loi devant les tribunaux ordinaires du pays...

Bien sûr, la Cour avait alors déclaré inopérante une disposition législative de fond, mais ce contrôle du contenu de la loi par la voie indirecte, pour ainsi dire, de son application est en même temps tellement réduit par le juge Ritchie qu'il fait à toutes fins utiles de l'affaire *Drybones* un cas d'espèce. Ce juge confine en effet l'examen judiciaire du texte législatif aux seuls cas où il prévoirait, comme dans *Drybones*, une infraction et une sanction pour un groupe de personnes et non pour les autres en général. Un tel cas est évidemment des plus restrictifs et ne s'est d'ailleurs jamais présenté. Par ailleurs, en intégrant une décision qui a exercé un contrôle sur le contenu d'une loi à la règle de la *rule of law*, la Cour suprême se trouve à s'éloigner de la théorie pure de l'égalité formelle.

2- Les arrêts Burnshine, Canard et Prata

L'affaire *Burnshine*⁶⁴ est surtout connue pour avoir lancé la notion d'"objectif fédéral régulier". On oublie souvent que la majeure partie, en fait la quasi-totalité du jugement Martland⁶⁵, fut consacrée à l'entérinement des positions déjà adoptées par cette Cour dans l'affaire *Lavell*. Ce n'est en effet qu'en toute dernière page d'une opinion qui en contenait une douzaine que le juge se permit d'indiquer laconiquement que le requérant aurait pu avoir gain de cause s'il avait fait la preuve que le législateur n'avait pas poursuivi, en adoptant sa loi, "l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier"⁶⁶. La Cour n'en ouvrait pas moins la porte à une conception matérielle et relative de l'égalité devant la loi, puisqu'elle laissait entendre qu'il était possible de déclarer inopérante une loi contraire à la *Déclaration* dans la mesure où le ou les objectif(s) poursuivi(s) par le législateur étai(en)t jugé(s) "irrégulier(s)". Et par le fait même, elle optait pour la reconnaissance des deux conceptions formelle et matérielle, de l'égalité devant la loi⁶⁷.

64. *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693.

65. *Id.*, 700-707.

66. *Id.*, 707-708.

67. On peut lire sur l'affaire *Burnshine*: D. BOURQUE, *loc. cit. supra*, note 57; W.E. CONKLIN et G.A. FERGUSON, "The Burnshine Affair: Whatever Happened to Drybones and Equality Before the Law?", (1974) 9 *Chitty's L.J.* 303; B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19; R.S. STORREY, (1976) 34 *U. Tor. Fac. L. Rev.* 264. Les divergences de vue entre ces auteurs sur la signification de la nouvelle expression "objectif fédéral régulier" du juge Martland sont grandes. Ainsi, par exemple, dans

Dans les deux décisions qui suivirent, soit les affaires *Prata*⁶⁸ et *Canard*⁶⁹ d'ailleurs rendues le même jour⁷⁰, la Cour suprême confirmera dans l'ensemble, la coexistence des conceptions formelle et matérielle, mais elle ne nous instruira pas davantage sur le sens véritable et la portée de la nouvelle notion d'"objectif fédéral régulier". En effet, dans l'affaire *Prata*, le juge Martland se contenta de répéter, presque mot pour mot ce qu'il avait énoncé dans *Burnshine* alors que dans *Canard*, il est pratiquement impossible d'en dégager une opinion vraiment majoritaire tellement les avis sont partagés et fondés sur des considérations étrangères les unes aux autres⁷¹. La difficulté de cette décision, comme des décisions *Drybones* et *Lavell*, réside dans le fait qu'on y traite, parallèlement à la question du concept d'égalité devant la loi, du statut de la *Déclaration vis-à-vis du pouvoir de légiférer sur les "Indiens et les terres réservées aux Indiens"* qu'accorde l'article 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*⁷² au Parlement fédéral. Nous renvoyons tout de même les lecteurs intéressés à la recherche de la "véritable" *ratio* de ce jugement aux commentaires des quelques auteurs qui ont tenté d'en donner une interprétation cohérente⁷³. Compte tenu du fait que la Cour suprême vient de rendre une décision unanime sur la question dans l'affaire *Bliss*⁷⁴, nous n'estimons pas nécessaire de faire l'analyse des différentes opinions

le même numéro des Cahiers de Droit, deux auteurs, D. Bourque et B. Grenier, s'emploient-ils à échaffauder des thèses contraires, le premier favorisant la *rule of law* et le second un concept matériel et relatif de l'égalité...! Cela n'a rien d'étonnant en vérité: le manque d'explication de la part du juge Martland de son expression consacrée devait nécessairement donner lieu à une foule d'opinions spéculatives.

68. *Prata c. Ministère de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, (1976) 1 R.C.S. 376.

69. *Procureur général du Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170.

70. Le 28 janvier 1975.

71. "I am driven to the conclusion after a review of all these authorities that there is no accepted definition of "equality before the law" (...) *Drybones* provides an illustration, the other cases limit the breadth of the expression but not in a manner determinative here". Telle est la conclusion révélatrice d'un juge albertain dans une affaire récente, *R. c. Mackay*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 214 (Alta Dist. Ct.), sur laquelle nous reviendrons plus loin, voir *infra*, p. 405.

72. S.R.C. 1970, app. II.

73. D. BOURQUE, *loc. cit. supra*, note 57; H. BRUN, "De *Drybones* à *Lavell* à *Canard*: les joies du tango judiciaire"; (1975) 53 R. du B. can. 795; D.W. ELLIOT, "Canard: A Triad Returns"; (1975) 25 *U. Tor. L.J.* 317; B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19; D. KRIGER, (1976) *Ottawa L. Rev.* 662; D. PHILLIPS, (1975) 13 *Osgoode Hall L.J.* 368; J.K. SAMSON, *loc. cit. supra*, note 35.

74. Voir *infra*, note 87.

émises dans cet arrêt *Canard*. Cette entreprise serait nécessairement trop longue et, tout compte fait, plutôt oiseuse.

Jusqu'ici donc, par le mutisme de la Cour dans *Prata* et sa confusion dans *Canard*, on peut conclure que l'affaire *Burnshine*, qui a surtout confirmé les positions de la Cour en faveur de l'égalité formelle, en constitue toujours l'opinion majoritaire.

Sous-section 2 — Une nouvelle tendance matérielle?

Le nouveau critère d'analyse proposé par le juge Martland dans l'affaire *Burnshine*, à savoir celui d'"objectif fédéral régulier" équivaut-il vraiment au contrôle du contenu de la loi? En d'autres termes, sommes-nous vraiment en présence d'une conception matérielle de l'égalité? L'étude des décisions ultérieures à cette affaire au niveau des tribunaux judiciaires en général, puis de l'affaire *Bliss* en Cour suprême nous apporte plus de précisions à ce sujet, bien qu'aucune certitude ne puisse s'en dégager.

1- Les tribunaux judiciaires en général depuis *Burnshine*

On peut classer les décisions de ces tribunaux en trois groupes distincts. Dans le premier, correspondant à la conception purement formelle de l'égalité, c'est-à-dire à la *rule of law*, on ne retrouve que trois affaires, dont l'une de la Cour d'appel du Québec⁷⁵.

Dans un second groupe peuvent être placés les arrêts ayant attribué à l'égalité devant la loi un sens à la fois formel et matériel par la voie d'une conception "raisonnabiliste" ou relative de l'égalité⁷⁶.

Puis un troisième et dernier groupe de décisions plus nombreuses et plus récentes, est constitué de celles qui ont entièrement délaissé la *rule of law* ou sens formel de l'égalité devant

75. *Beaudry c. La Reine et R. c. Scheller*, voir *supra*, note 62; *Bruce c. Raynett*, (1979) 2 C.F. 697, 715-716. Le retour direct à la *rule of law* dans cette dernière et récente affaire laisse le lecteur pantois. C'est le moins qu'on puisse dire.

76. *R. c. Campbell*, voir *supra*, note 62; *Re Juvenile Delinquents Act*, (1975) 29 C.C.C. (2d) 439 (Ont. Prov. Ct.); *Re Mackay and R.*, (1977) 36 C.C.C. 252 (C.F.); *Marchak c. Procureur général du Canada*, (1980) 1 C.F. 3. Ces décisions s'appuient toutes sur *Burnshine*. On peut faire entrer dans ce groupe deux autres arrêts, même s'ils sont antérieurs à *Burnshine*, car on en est arrivé aux mêmes conclusions: *R. c. Hatchwell*, voir *supra*, note 62; *Prata c. Ministère de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, (1972) C.F. 1405 (voir les notes du juge Jaccett).

la loi pour adopter uniquement une conception matérielle et relative de l'égalité⁷⁷.

Une conclusion très évidente se dégage de ces décisions: la conception matérielle de l'égalité prend sa justification de l'ouverture créée par le juge Martland dans l'affaire *Burnshine* lorsqu'il a laissé entendre qu'une loi pouvait être déclarée discriminatoire et inopérante si elle ne poursuivait pas l'accomplissement d'un "objectif fédéral régulier". Cette prise de position fut nettement perçue chez les juges des tribunaux judiciaires en général comme signifiant l'examen des objectifs spécifiques d'une loi ou de l'une de ses dispositions, c'est-à-dire de son contenu indépendamment de son application. D'autre part, dans toutes ces décisions sauf une, soit l'affaire *Mackay*⁷⁸, on s'est servi du critère proposé par le juge Martland pour confirmer la validité de la loi et non pour la rendre sans effet. En ce sens, il est permis de penser que cette conception soi-disant matérielle de l'égalité semble plutôt factice.

Toutefois l'affaire *Mackay* est venue modifier quelque peu cette impression. En effet, placé devant le cas de l'article 2 de la *Loi sur les jeunes délinquants*⁷⁹, qui prévoyait que le terme "enfant" pouvait être défini différemment par le Gouverneur général en conseil selon qu'il s'agissait de garçons ou de filles, le juge Stevenson en a conclu qu'une telle disposition était contraire à l'égalité devant la loi et discriminatoire en raison du sexe. Et pour la première fois au Canada, on a alors posé la question sous la forme d'un rapport entre d'une part, une distinction fondée sur le sexe et, d'autre part, l'objectif visé par la loi, lequel était la réhabilitation des jeunes délinquants. Ayant déterminé qu'il n'y avait pas de relation *raisonnable* entre une telle différence de traitement et le but précité, le juge en arriva à la conclusion ci-dessus évoquée.

Quoiqu'un tel résultat n'ait pas été obtenu dans deux affaires subséquentes de la Cour fédérale, soit les affaires *Bliss*⁸⁰ et *Germain*

77. *Re Dubrule and the Queen*, (1974) 19 C.C.C. (2d) 104 (N.W.T.S.C.); *R. c. Krenn*, (1975) 27 C.C.C. (2d) 168 (B.C.S.C.); *Re Proulx and the Queen*, (1975) 27 C.C.C. (2d) 44 (Ont. Prov. Ct.); *McCann c. Regina*, (1976) 1 C.F. 570; *R. c. Mackay*, voir *supra*, note 71; *R. c. Davis* (No. 2), (1977) 35 C.C.C. (2d) 464 (Alta C.A.); *R. c. Odgers*, (1978) 37 C.C.C. (2d) 554 (Alta C.A.); *Procureur général du Canada c. Bliss*, (1978) 1 C.F. 209; *Re Germain and Malouin*, (1978) 80 D.L.R. (3d) 659 (C.F.); *C.U.P.W. c. P.g. du Canada*, (1978) 93 D.L.R. (3d) 148 (C.F.); *Ayala c. La Reine*, (1979) 97 D.L.R. (3d) 663 (C.F.).

78. Voir *supra*, note 71.

79. S.R.C. 1970, c. J-3.

80. Voir *supra*, note 77.

*and Malouin*⁸¹, il faut noter que celles-ci se situent dans la foulée du jugement *Stevenson* puisqu'elles reprennent un critère d'analyse presque similaire à celui que ce dernier avait énoncé, avec la nuance que le rapport exigé entre la différence de traitement et l'objectif de la loi en est un de pertinence ("*relevancy*") ou de logique et non de simple "raisonnabilité"⁸².

Par ailleurs, ce critère d'analyse sera fortement allégé par le juge Pratte dans l'affaire *Bliss*. Celui-ci a clairement indiqué en effet qu'il n'était pas question pour les tribunaux de porter un jugement de valeur sur les objectifs poursuivis par le législateur lors de l'adoption d'une loi⁸³. Une fois les objectifs déterminés cependant, le tribunal ne devra considérer qu'il y a discrimination ou inégalité devant la loi que si le législateur n'a pas fait preuve de logique ou de pertinence dans ses catégorisations. Ainsi aux prises avec une disposition législative⁸⁴ qui établit une distinction qui a pour effet de priver une femme ayant accouché, et du régime spécial de prestations de grossesse, et du régime général de prestations ordinaires⁸⁵,

81. *Ibid.*

82. Le juge Pratte affirme en effet, pour la majorité, dans *Bliss*, voir *supra*, note 77, 214: "Là où la loi crée des distinctions entre les personnes de façon à les traiter différemment, ces distinctions peuvent être pertinentes ou impertinentes. Une distinction est pertinente s'il existe un lien logique entre son fondement et les conséquences qui en découlent; une distinction est non pertinente si ce lien logique est inexistant". Cette citation est reprise intégralement dans *Re Germain and Malouin*, voir *supra*, note 77, 667.

83. La Cour fédérale s'est d'ailleurs spécifiquement appuyée sur cette partie du jugement *Bliss* pour rejeter des plaintes de lois discriminatoires dans les trois affaires subséquentes où elle a eu à étudier la question de la conformité de la loi à l'article 1 b) de la *Déclaration*. Voir: *C.U.P.W. c. P.g. du Canada* et *Ayala c. La Reine*, *supra*, note 77; *Marchak c. P.g. du Canada*, *supra*, note 76.

84. *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, arts 30 et 46.

85. Madame *Bliss* fut en effet empêchée de jouir de toute prestation parce que, même si elle remplissait les conditions générales exigées des prestataires ordinaires — c'est-à-dire les hommes et les femmes non enceintes — elle ne remplissait pas les conditions plus onéreuses applicables aux prestataires sous le régime spécial de grossesse pour lequel il fallait avoir exercé "un emploi assurable pendant au moins dix semaines au cours de la période de vingt semaines immédiatement antérieure à la trentième semaine précédant la date présumée de son accouchement" (art. 30). Quelques jours après la naissance de son enfant, elle était capable de travailler et disponible à cette fin mais elle ne put trouver d'emploi. C'est ainsi qu'on lui refusa même les prestations ordinaires puisque l'art. 46 de ladite loi excluait la femme ayant accouché du régime ordinaire pendant une période maximale de quinze semaines commençant huit semaines avant la date présumée de l'accouchement se terminant six semaines après cette date.

le juge Pratte écarte-t-il comme suit toute possibilité d'atteinte à l'égalité devant la loi⁸⁶:

On peut penser de cette décision qu'elle est malavisée ("unwise") mais, néanmoins, on ne peut dire qu'elle repose sur des considérations non pertinentes; il s'ensuit qu'à mon avis, la loi qui donne suite à sa décision a été "adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier" (voir *Prata* (...) à la page 382) et n'enfreint le droit de personne à "l'égalité devant la loi".

C'est dans ce contexte d'abandon progressif de la *rule of law* pour l'adoption d'un sens plus matériel de l'égalité devant la loi par les tribunaux ordinaires que la Cour suprême s'est très récemment prononcée sur le sujet à l'occasion de l'appel de Madame Stella Bliss du jugement Pratte de la Cour d'appel fédérale⁸⁷. Contrairement au fouillis juridique qu'avaient créé de multiples opinions divergentes dans l'affaire *Canard*, la Cour suprême a vraisemblablement tenté cette fois-ci, dans un jugement unanime rendu par le juge Ritchie, de faire un effort de clarté et de concision⁸⁸.

2- La Cour suprême et l'affaire Bliss⁸⁹

En premier lieu, il y a ici réaffirmation du principe de la *rule of law* ou égalité formelle tel que Ritchie l'avait énoncé dans l'affaire *Lavell* et que le juge Martland l'avait confirmé dans *Burnshine*, suivant lequel une loi pourrait être déclarée sans effet, mais à la condition qu'elle prévoit un traitement défavorable ou plus dur pour une personne ou une catégorie de personnes *au stade de l'application de la loi*⁹⁰. De cette façon, la Cour ne voit aucune inégalité devant la

86. Voir *supra*, note 77, 216. Les "considérations pertinentes" ayant servi de fondement au législateur pour opérer la distinction que l'on sait auraient été, suivant le juge Pratte, que la grossesse résulte ordinairement d'un acte volontaire contrairement aux autres situations de chômage et que "le Parlement a probablement jugé souhaitable que les femmes enceintes s'abstiennent de travailler pendant quatorze semaines à l'occasion de leur accouchement"... *Id.*, 215.

87. *Bliss c. Procureur général du Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183.

88. À noter cependant: la non-participation du juge Laskin à cette décision; le compte de ce jugement unanime est de 7-0.

89. Voir *supra*, note 87.

90. L'un des aspects du sens matériel de l'égalité se retrouve ici en ce qu'il y a possibilité de contrôle du contenu de la loi, puisque la Cour dit qu'elle pourrait la rendre inopérante. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné, voir *supra*, p. 402, ce contrôle est illusoire et, de toute façon, l'égalité matérielle impose ce contrôle du contenu au moment de la *création* du droit et non pas *a posteriori*, c'est-à-dire au

loi dans le cas de l'exclusion des femmes enceintes du régime ordinaire de prestations d'assurance-chômage puisque cette différence de traitement s'inscrit dans le cadre d'un autre régime spécifique qui ne les pénaliserait pas, comme c'était le cas pour *Drybones* mais, au contraire, semblerait plus avantageux pour cette catégorie de personnes, et pour laquelle il a bien fallu déterminer des conditions d'admissibilité particulières⁹¹. C'est pourquoi le juge conclut⁹²:

En outre, l'application des restrictions imposées par l'art. 46 n'entraîne pas, à mon avis, la négation du principe d'égalité de traitement dans l'administration et l'application de la loi devant les tribunaux ordinaires du pays, comme c'était le cas dans l'affaire *Drybones*.

Dans un deuxième temps, le juge Ritchie est bien forcé de considérer ce qu'il appelle le "nouveau test" du juge Pratte selon lequel l'égalité devant la loi signifie qu'une loi ne peut opérer de distinctions que si elles s'avèrent "pertinentes", c'est-à-dire qu'elles ont une relation logique avec l'objectif visé par le législateur ou les justifications qui constituent le "fondement" sur lequel ce dernier s'est appuyé pour adopter une loi ou l'une de ses dispositions. On accepte, et c'est une première au niveau de la Cour suprême, de considérer cette façon d'aborder l'égalité devant la loi en relevant, d'une part, l'une des raisons qui avaient été soulevées devant le juge-arbitre de la Commission d'assurance-chômage pour justifier la disposition contestée⁹³ et en affirmant, d'autre part, que cela est "pertinent" avec la différence de traitement opérée par le législateur en l'espèce⁹⁴:

Dans ses motifs de jugement en première instance, le juge Collier mentionne que l'on avait pris pour acquis avant 1971 "qu'au cours de la période de huit semaines avant l'accouchement et de six

stade de l'application du droit, voir *supra*, p. 396. On aura noté par ailleurs que le juge Ritchie consacre, comme il l'avait fait dans *Lavell*, l'intégration de sa *ratio* dans *Drybones* au principe formel de la *rule of law*.

91. Il faut noter ici que tant la Cour d'appel fédérale que la Cour suprême ont abordé cette affaire en écartant la discrimination fondée sur le sexe. À ces deux niveaux, contrairement à celui de première instance — le juge-arbitre de la Commission d'assurance-chômage — on a estimé que la seule inégalité possible en l'espèce était fondée sur l'état de grossesse et que cela était distinct d'une inégalité fondée sur le sexe. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet important aspect de la question dans la seconde Partie de cet article, voir *infra*, pp. 477-478.

92. Voir *supra*, note 87, 192. Les italiques sont de nous.

93. Voir *supra*, note 84.

94. Voir *supra*, note 87, 193.

semaines après, les femmes n'étaient en général pas capables de travailler", et que pour mettre en oeuvre sa politique visant à encourager les femmes à profiter des prestations de grossesse prévues à l'art. 30, le Parlement, par l'art. 46, empêche toutes celles qui ne se prévalent pas de ces prestations, ou ne peuvent le faire, de bénéficier de l'assurance-chômage pendant la période définie dans cet article.

Quoi que l'on puisse penser de la sagesse de cette disposition, on ne peut douter à mon avis que la période mentionnée à l'art. 46 est pertinente pour déterminer les conditions auxquelles les femmes enceintes ont droit aux prestations dans le cadre de la législation sur l'assurance-chômage adoptée dans la poursuite d'un objectif fédéral valide, soit s'acquitter de la responsabilité imposée au Parlement par le par. 91 (2A) de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique.

Dans ce passage-clé, on peut observer la nette distinction opérée par la Cour entre les notions d'"objectif fédéral régulier"⁹⁵ et d'"égalité devant la loi". Alors que la première semble se résumer à l'exercice d'une compétence constitutionnelle, la seconde comprend dorénavant deux volets: le volet formel ou *rule of law* tel que Ritchie l'avait explicité dans l'affaire *Lavell* et dans lequel s'inscrit d'ailleurs l'affaire *Drybones*⁹⁶, et le volet matériel qu'il a emprunté du juge Pratte au niveau de la Cour d'appel fédérale dans la même affaire⁹⁷.

Lorsqu'on y regarde de plus près, il y a cependant lieu de douter très fortement de l'authenticité de la conception d'égalité matérielle énoncée dans cette affaire *Bliss*. En effet, comme s'il était inquiet des rebondissements que sa décision pourrait créer dans l'avenir, le juge Ritchie en réduit la portée à l'extrême et d'au moins trois façons.

D'abord, comme l'avait annoncé le juge Pratte, il n'est pas question pour les tribunaux, avec ce nouveau critère de la "pertinence", de porter un jugement de valeur sur les objectifs ou le fondement même d'une loi ou de l'une de ses dispositions, car il s'agit de la sagesse de cette dernière et cela relève du pouvoir législatif. Le législateur ayant toujours une "bonne" raison à invoquer lorsqu'il

95. Si dans cet extrait du jugement Ritchie, il est question d'"objectif fédéral valide" au lieu d'"objectif fédéral régulier", l'expression anglaise équivalente est demeurée la même, soit "valid federal objective". Il faut évidemment déplorer ce glissement récent dans la traduction d'une expression aujourd'hui consacrée.

96. Voir *supra*, pp. 401-402.

97. Le juge Pratte avait cependant explicitement rejeté le volet formel de la *rule of law*, voir *supra*, note 77, 215.

adopte une loi et celle-ci constituant le moyen choisi pour l'accomplissement de ses objectifs, il est difficile d'imaginer un cas où un tribunal pourrait déclarer une loi contraire au principe d'égalité devant la loi parce qu'elle établit une relation de moyens et de fins non pertinente⁹⁸.

D'autre part, la Cour suprême se montre toujours réticente à accorder un sens matériel à l'égalité devant la loi en reprenant les hésitations qu'elle avait elle-même exprimées dans l'affaire *Curr*⁹⁹ par la voie du juge Laskin sur la question de l'effet contraignant de la *Déclaration* vis-à-vis d'une loi validement adoptée par le Parlement fédéral en vertu d'un pouvoir qui lui est conféré par la Constitution¹⁰⁰.

Le juge rappelle enfin que la loi jouit, en plus, d'une présomption de validité et cite à cet effet l'extrait du jugement de Martland dans l'arrêt *Burnshine*¹⁰¹ dans lequel ce dernier avait rejeté les prétentions de l'appelant parce qu'il avait failli à faire la preuve que le législateur ne poursuivait pas l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier en édictant sa loi.

* * *

Bref, à côté d'une égalité formelle diceyenne toujours présente mais que les tribunaux judiciaires en général ont eu tendance à mettre de côté depuis l'introduction de la notion d'"objectif fédéral

98. L'affaire *R. c. Mackay*, voir *supra*, note 71, serait-elle ce cas? Cette affaire d'une cour de district de l'Alberta a de toute façon été portée en appel. Le juge Stevenson a pu déclarer une absence de relation raisonnable car il en est resté à l'objectif général de la loi, soit la réhabilitation des jeunes. Si la Cour suprême devait être saisie de ce cas, il lui suffirait de considérer les objectifs spécifiques du législateur dans l'établissement de sa différence de traitement fondée sur le sexe et la validité de la loi serait facilement confirmée. C'est exactement ce qui s'est produit, en tout cas, dans une affaire subséquente de la Cour fédérale, soit *C.U.P.W. c. P.g. du Canada*, voir *supra*, note 77. Le juge Walsh a en effet déclaré, en se basant sur l'affaire *Bliss*, que le parlement peut toujours faire une loi particulière pour un groupe de personnes dans la mesure où il a "a valid specific purpose affecting that (group) only" (cf. p. 153).

99. *Curr c. La Reine*, (1972) R.C.S. 889, 899.

100. Voir *supra*, note 87, 193 et *infra*, p. 413. Il appert toutefois que le juge Laskin n'a hésité dans l'affaire *Curr* que parce qu'il était plutôt question de la très vague norme de "due process of law". La meilleure preuve en est d'ailleurs que lorsqu'il fut confronté avec la norme d'égalité devant la loi dans l'affaire *Canard*, il n'a pas craint de prôner un contrôle sur le contenu de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens et des règlements sur les successions des Indiens* "en considérant le but visé par la loi", voir *supra*, note 69, 179-180.

101. *Id.*, 194.

régulier” dans l’arrêt *Burnshine*, la Cour suprême consent aujourd’hui, sous la pression exercée par ces derniers, et malgré son conservatisme en la matière, à ouvrir une porte à la conception matérielle de l’égalité pour définir l’“égalité devant la loi” reconnue à l’article premier de la *Déclaration canadienne des droits*. Mais compte tenu des obstacles pratiquement insurmontables qu’on a posés à son application concrète dans l’affaire *Bliss*¹⁰², il serait présomptueux de prétendre qu’il y a eu plus qu’une simple acceptation de principe de cette conception. D’ailleurs, le nouveau critère de la “relation pertinente” pouvant théoriquement conduire au contrôle du contenu d’une mesure législative, n’a été utilisé en l’espèce que pour confirmer la validité de la *Loi sur l’assurance-chômage*¹⁰³ et des distinctions qu’elle opérait. Selon toute probabilité, les tribunaux ne s’en serviront dans l’avenir que pour faire de même avec les autres lois contestées du Parlement fédéral: c’est, en tout cas, comme nous le verrons plus loin¹⁰⁴, ce qui s’est produit aux États-Unis au cours de la longue période durant laquelle les tribunaux ont adopté une approche similaire caractérisée par une attitude de retenue judiciaire extrême vis-à-vis du législateur, laquelle se traduisait principalement par un jeu de présomptions favorisant la validité de la loi.

SECTION 2

LES CAUSES DES TERGIVERSATIONS DES TRIBUNAUX

Nous avons déjà dit¹⁰⁵ qu’en général, les pays qui ont incorporé à leur constitution nationale une clause reconnaissant le droit à l’égalité ou à la non-discrimination, ont donné à ce droit une acceptation matérielle, peu importe sa formulation. Au Canada, comme nous venons de le voir, la jurisprudence hésite encore à accorder un tel sens au droit garanti à l’article 1 b) de la *Déclaration*. Ces hésitations sont dues, selon nous, à deux causes majeures: le statut de la *Déclaration* et la formulation de la norme d’égalité.

Sous-section 1 — Le statut de la *Déclaration*

Au premier chef, ce qui différencie la *Déclaration canadienne des droits* de celles de plusieurs autres pays, c’est son caractère non

102. *Id.*, 193-4.

103. Voir *supra*, note 84.

104. Voir *infra*, pp. 433 et ss.

105. Voir *supra*, p. 397.

constitutionnel. Dans un régime de suprématie parlementaire comme le nôtre, on comprend l'effet non contraignant d'une simple loi comme la *Déclaration* sur la législation postérieure ou spéciale. Pour remédier à cette carence de protection, on y a donc introduit à l'article 2 une clause¹⁰⁶ qui devait normalement assurer la primauté de la *Déclaration* sur toute autre loi du Parlement fédéral. Le manque de clarté et de fermeté¹⁰⁷ dans le libellé de cette clause de préséance entraîna comme conséquence fâcheuse qu'il nous fallut attendre une bonne dizaine d'années, soit jusqu'à l'affaire *Drybones*¹⁰⁸, avant que la Cour suprême n'ose déclarer que, quoique non constitutionnelle, la *Déclaration* avait préséance sur toute loi fédérale validement adoptée, fut-elle antérieure ou postérieure à elle, générale ou spéciale. Et encore, cette prise de position en apparence claire et définitive s'avère-t-elle plutôt précaire puisque la Cour suprême, ou l'un de ses juges, est souvent revenue sur cette question¹⁰⁹, à telle enseigne que dans sa toute dernière décision¹¹⁰, elle rappelle encore ses réticences à déclarer une disposition législative inopé-

106. "Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression..."

107. Voir à ce sujet l'étonnant article de E.A. DRIEDGER, *loc. cit. supra*, note 37, qui déclare que s'il avait à refaire la *Déclaration*, il n'hésiterait pas à la reformuler exactement de la même façon, car selon lui, tout y est clairement énoncé, y compris la clause de préséance. Même si Driedger avait raison sur le fond de la question, il oublie les tâtonnements interminables de la pratique qui prouvent hors de tout doute qu'en droit, il ne suffit pas d'avoir raison! Voir en ce sens: F. CHEVRETTE et H. MARX, "Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques", (1979) 20 *C. de D.* 95, 106 et leur note 46 et W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 22, 161.

108. Voir *supra*, note 44, 293. C'est le juge Ritchie, pour la majorité, qui donne à la *Déclaration* le pouvoir de rendre inopérante une loi fédérale qui lui est contraire en se basant sur l'opinion dissidente du juge Cartwright dans l'affaire *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, (1963) R.C.S. 651, qui rejetait l'opinion du juge Davey dans l'affaire *R. c. Gonzales*, *supra*, note 43. Or le juge Cartwright, également dissident dans *Drybones*, exprime l'avis qu'il s'était trompé dans *Robertson et Rosetanni* et que c'est le juge Davey qui avait eu raison! (Cf. p. 287). Par ailleurs, dans une seule cause avant *Drybones*, soit *Richards c. Côté*, (1962) 40 W.W.R. 340 (Sask. Dist. Ct.) un juge a-t-il affirmé que la *Déclaration* devait prévaloir sur toute législation fédérale en cas de conflit.

109. Le juge Pigeon, par exemple, qui exprima son désaccord dans l'affaire *Drybones* sur cette question, a toujours maintenu son point de vue. Ainsi se contente-t-il, dans l'affaire *Canard*, *supra*, note 69, 193, de renvoyer à ses propres notes dans *Drybones*.

110. *Bliss c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 100 et texte correspondant.

rante au nom d'un conflit avec la *Déclaration*, en citant l'opinion du juge Laskin à cet effet dans l'affaire *Curr*¹¹¹:

Il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la Constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*.

Le caractère non constitutionnel de la *Déclaration* jumelé à une clause de préséance ambiguë constitue donc la première cause des hésitations des tribunaux canadiens sur le sens formel ou matériel à donner à l'égalité, mais ce n'est pas la seule.

Sous-section 2 — La formulation de la norme d'égalité

Bien que la formulation de la norme d'égalité ou de non-discrimination ait semblé peu importante dans la plupart des pays qui en ont adopté une¹¹², il n'en est pas de même avec celle de la *Déclaration canadienne*¹¹³ qui, comme nous l'avons vu, a causé et cause toujours à nos tribunaux des problèmes d'interprétation qui les font hésiter sur le choix des conceptions d'égalité. Ces difficultés semblent avoir été résolues comme suit.

En premier lieu, on a dissocié le paragraphe introductif de l'article 1 du droit reconnu à l'alinéa b), ce qui a eu pour effet de créer deux normes distinctes, soit une forme antidiscriminatoire spécifique dans le premier cas et une autre générale d'égalité dans le second cas. On a ensuite déterminé que seule cette dernière était dotée d'une existence indépendante. L'une des formes énumérées de discrimination au paragraphe introductif ne peut donc pas constituer, à elle seule, une raison suffisante pour déclarer une loi fédérale sans effet, mais elle fournit une "norme supplémentaire"

111. Voir *supra*, notes 99 et 100.

112. Voir *supra*, p. 398.

113. Art. 1: "Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe (...)

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi".

que cette dernière doit respecter¹¹⁴. C'est le juge Ritchie qui, dans l'affaire *Lavell*, fait valoir ce point de vue, lequel ne souffrira aucun démenti par la suite, bien au contraire¹¹⁵:

On a souligné au nom des intimés que les dispositions de l'art. 12, par. (1), al. b) de la *Loi sur les Indiens* constituent une "discrimination en raison du sexe" et que l'article pourrait être déclaré inopérant pour ce seul motif, même si semblable discrimination n'avait pas pour effet d'enfreindre un des droits et libertés spécifiquement garantis par l'art. 1 de la *Déclaration*.

Je ne trouve aucun fondement à cette prétention dans l'arrêt *Curr* (...) Nulle part dans la *Déclaration des droits* trouvons-nous des termes prévoyant que les lois du Canada doivent s'interpréter sans discrimination à moins que cette discrimination ne comporte un déni de l'un des droits et libertés garantis, mais lorsque, comme dans l'affaire *La Reine c. Drybones*, le déni de l'un des droits énumérés se produit en raison d'une discrimination, alors, comme l'a dit M. le juge Laskin, la discrimination fournit une "norme supplémentaire" que la législation doit respecter.

Cette distinction, étrange à première vue¹¹⁶, entre les notions de "discrimination" et d'"inégalité devant la loi" devait permettre aux tribunaux de faire la démarche logique suivante. D'abord, ce qui est sans nul doute louable, on s'est trouvé à élargir considérablement la portée de la norme d'égalité, en établissant le caractère purement

114. On peut lire à ce sujet: F. CHEVRETTE et H. MARX, *loc. cit. supra*, note 57, à la p. 558; E.A. DRIEDGER, *loc. cit. supra*, note 37, à la p. 305; B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 36, aux pp. 632-633; I.F. KELLY, "The Bill of Rights, The Indian Act, and Equality Before the Law: the Needs for, and the Development of a "Reasonableness" Test", (1974) 2 *Queen's L.J.* 151, aux pp. 157 à 161; J.C. SMITH, *loc. cit. supra*, note 40, à la p. 168; W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 57, aux pp. 18 à 20. Tous ces auteurs interprètent la jurisprudence à peu près dans le même sens que celui que nous avons indiqué sauf Tarnopolsky pour qui ni la clause antidiscriminatoire du paragraphe introductif de l'art. 1, ni celle de l'égalité devant la loi de l'alinéa b) n'ont d'existence indépendante; pour lui, ces deux normes sont juxtaposées et c'est la première qui donne à la seconde son sens matériel ou égalitariste. À l'opposé, Chevrette et Marx interprètent au moment où elle fut rendue l'opinion du juge Laskin dans l'affaire *Curr*, voir *supra*, note 81, pour conclure que les deux normes avaient dès lors une force indépendante ou cumulative.

115. Voir *supra*, note 57, 1363-1364. Voir aussi: *Curr c. La Reine*, *supra*, note 99, 896 (j. Laskin); *R. c. Burnshine*, *supra*, note 64, 693, 700 (j. Martland) 716 (j. Laskin); *P.g. du Canada c. Canard*, *supra*, note 69, 170, 209-210 (j. Beetz). Voir également au niveau des tribunaux ordinaires: *R. c. Pudlock*, *supra*, note 54, 256 (N.W.T.T.C.); *R. c. M.*, *supra*, note 62, 86 (Ont. High Ct.); *Re Dubrule*, *supra*, note 77, 104 (N.W.T.S.C.).

116. Nous avons dit, en effet, que les concepts d'égalité et de non-discrimination constituent les deux facettes d'une même réalité, voir *supra*, p. 394.

indicatif de l'énumération des motifs de discrimination du paragraphe introductif autrement confinée à la race, l'origine nationale, la couleur, la religion et le sexe¹¹⁷. Cette prise de position eut cependant pour effet simultané de confronter directement les tribunaux avec la problématique de l'égalité: celle-ci, dès lors, pouvait-elle impliquer qu'il devenait interdit au législateur (conception matérielle) d'opérer toute espèce de catégorisation ou de différence de traitement dans l'élaboration de ses politiques (conception absolue)? En d'autres termes, la loi devait-elle être toujours la même pour tous, sans égard aux caractéristiques propres à chacun? Bien sûr, nous l'avons vu, la jurisprudence a répondu par la négative à cette interrogation. Ce qui étonne, toutefois, c'est son insistance à affirmer, en les dissociant, le caractère indépendant de la norme d'"égalité devant la loi" et celui de "supplémentaire" de la norme antidiscriminatoire. C'est que, ce faisant, il devenait loisible aux tribunaux, acculés au pied du mur, de vider de son sens la norme d'égalité énoncée dans la *Déclaration* et d'éviter ainsi de faire des faux pas dont les conséquences imprévisibles auraient pu s'avérer désastreuses. Il suffisait en effet de faire référence aux règles traditionnelles de la *common law* sur la notion identiquement formulée d'"égalité devant la loi" et de s'y retrancher confortablement. L'extrait suivant des notes du juge Tysoe dans l'affaire *Gonzales*¹¹⁸ de la Cour d'appel de Colombie-Britannique est extrêmement révélateur à cet égard:

Coming now to s. 1 (b) of the *Canadian Bill of Rights*. The meaning of the word "equality" is well known. In my opinion, the word "before" in the expression "equality before the law", in the sense in which that expression is used in s. 1 (b) means "in the presence of". It seems to me this is the key to the correct interpretation of the expression and makes it clear that "equality before the law" has nothing to do with the application of the law equally to everyone and equal laws for everyone in the sense for which appellant's counsel contends, namely, the same laws for all persons, but to the position occupied by persons to whom a law relates or extends.

117. Les décisions suivantes ont ainsi traité d'inégalité à partir de motifs de discrimination non énumérés: *R. c. Pudlock*, voir *supra*, note 54 (la situation géographique); *R. c. M.*, voir *supra*, note 62 (l'âge); *R. c. Burnshine*, voir *supra*, note 64 (l'âge et la situation géographique); *Bliss c. Procureur général du Canada*, voir *supra*, note 87 (la grossesse et le sexe); *R. c. O.*, (1972) 6 C.C.C. (2d) 285 (B.C.S.C.) (l'âge et la situation géographique); *R. c. Davis* (No. 2), voir *supra*, note 77 (l'âge et la situation géographique). Voir aussi dans le même sens: J. HUCKER, (1975) 53 *R. du B. can.* 810, 816; I.F. KELLY, *loc. cit. supra*, note 114, 154-156; W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 53, 457.

118. Voir *supra*, note 43, à la p. 243.

They shall be entitled to have the law as it exists applied equally and without fear or favour to all persons to whom it relates or extends.

Comme cette décision, qui fut la première en importance à être rendue sur le sens et la portée de la norme d'égalité, survint à peine deux ans après l'adoption de la *Déclaration*, on pouvait, jusqu'à un certain point, comprendre ce réflexe judiciaire d'extrême prudence devant l'inconnu. Il est toutefois des plus décevants de constater qu'une douzaine d'années après cette décision, soit après le court intermède de l'affaire *Drybones*, la Cour suprême ne put trouver mieux, en réponse à la problématique fondamentale de l'égalité, que de se rabattre sur les mêmes conceptions vieillottes et inadaptées de la très formelle *rule of law* qu'avait jadis énoncées Dicey.

Fort heureusement, une certaine lueur d'espoir point à l'horizon. Depuis l'affaire *Burnshine*, les tribunaux semblent opter graduellement pour une conception plus matérielle de l'égalité. Quoique très relative, elle interdirait au législateur d'opérer des différences de traitement jugées déraisonnables, impertinentes ou arbitraires. Si cette tendance, bien sûr timide, devait se confirmer, elle démontrerait, conformément à l'analyse comparative des constitutions nationales de Bossuyt¹¹⁹, que la formulation de la norme d'égalité n'a que peu d'importance et qu'en tout état de cause, l'égalité juridique n'a vraiment de sens et ne peut constituer une protection efficace contre les pratiques discriminatoires qu'envisagée sous l'angle d'une conception matérielle.

CHAPITRE II

LES CONCEPTIONS ABSOLUE ET RELATIVE DE L'ÉGALITÉ

L'analyse des conceptions formelle et matérielle de l'égalité nous a permis de fixer le choix possible entre l'égalité en tant que norme opposable au contenu de la loi et l'égalité comme simple exigence d'une application uniforme de la loi¹²⁰.

Cela étant posé, il nous faut maintenant tenter de répondre à une seconde interrogation non moins importante: l'égalité est-elle, en soi, un droit absolu ou relatif? En d'autres termes, plus imagés peut-être, la discrimination ne peut-elle être que mauvaise en soi et,

119. Voir *supra*, p. 398.

120. Voir *supra*, p. 396.

dès lors, toujours inacceptable ou, au contraire, existe-t-il de la "bonne" et de la "mauvaise" discrimination? Dans la pratique, le second élément de cette alternative a été envisagé sous deux aspects différents si bien qu'il nous a fallu reformuler notre problème. Ainsi devons-nous plutôt nous demander si, selon une conception absolue, la seule constatation d'un traitement différentiel suffit pour conclure à discrimination ou si, selon une conception relative, une distinction doit être préalablement qualifiée de "défavorable" à quelque individu ou groupe d'individus ou encore d'"injustifiée" pour en arriver à la même conclusion? (Et en ce dernier cas, quels critères doivent nous guider?)

Cette distinction cruciale entre conceptions absolue et relative de l'égalité en est une de nature bien sûr. C'est à expliciter le fondement, le sens et les effets de chacune d'elles, dans une démarche critique, que sera consacré ce deuxième chapitre.

SECTION I

L'INTERDICTION ABSOLUE DE LA DISCRIMINATION

Sous-section 1 — Le contenu

Si, comme nous l'avons déjà dit¹²¹, la discrimination consiste en une différence de traitement fondée sur un certain motif et affectant un droit ou domaine d'activité juridiquement protégé, l'interdiction absolue de la discrimination pourrait d'abord signifier que toute espèce de distinction — fondée sur quelque motif que ce fut ou concernant quelque droit — entre les individus est prohibée. Aucun tribunal ni aucun auteur n'a jamais accepté cette façon extrême de considérer l'égalité, puisqu'il est impossible de concevoir une société où tous auraient exactement les mêmes droits, obligations et responsabilités quelles que soient leurs aptitudes particulières ou caractéristiques propres¹²².

Un auteur canadien¹²³ a cependant développé une conception d'égalité absolue en vertu de laquelle toute distinction allant à l'encontre du respect de la dignité de la personne humaine, mais uniquement celle-là, doit être considérée comme absolument interdite. Ainsi, la "dignité de la personne humaine" (*"human*

121. Voir *supra*, pp. 393-394.

122. Voir *supra*, p. 397 et note 43.

123. W.E. CONKLIN, "The Utilitarian Theory of Equality Before the Law", (1976) 8 *Ottawa L. Rev.* 485, aux pages 503 et ss.

dignity”) devient-elle le critère d’évaluation de tout acte, de toute loi. Et c’est à partir de ce critère, selon lui, que les tribunaux doivent déterminer les motifs de discrimination et les droits fondamentaux de l’individu, dans le cas de normes générales d’égalité comme l’*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement de la Constitution américaine¹²⁴. Ainsi, une catégorisation fondée sur la race, la couleur, l’origine ethnique ou nationale, le sexe ou la religion, apparaît-elle à cet auteur comme étant discriminatoire de façon inhérente, puisqu’elle irait en soi à l’encontre de la “dignité de la personne humaine”. Par ailleurs, un droit fondamental consiste en celui qui s’avère nécessaire au développement de la personne humaine et au respect de sa dignité. Les droits à la vie, à la liberté d’expression, pour ne citer que ceux-là, seraient alors protégés contre toute atteinte. Et il suffirait qu’un motif discriminatoire soit utilisé ou encore qu’un droit fondamental soit brimé de quelque façon pour que l’interdiction s’applique¹²⁵.

Cette conception de l’égalité est évidemment basée sur la doctrine classique de la tradition de pensée libérale¹²⁶ selon laquelle la personne humaine ayant une valeur intrinsèque, elle possède des droits et libertés naturels, lesquels sont fondamentaux, absolus, inhérents à sa qualité d’être humain et, par conséquent transcendants, c’est-à-dire préexistants au pouvoir¹²⁷. Dans cette

124. *Id.*, 512: “The notion of respect for human dignity does provide an articulated standard for determining an “inherently discriminatory” classification and the “fundamentalness” of a right. Classifications that discriminate on the basis of race, national origin, colour, religion or sex violate the human dignity of the members of that class. A fundamental right, under this conception, would be one that is an essential condition for the fulfilment of the democratic norm of human dignity”.

125. *Id.*, 513. L’approche de l’auteur est directement calquée sur celle des tribunaux américains appelée “suspect classification doctrine”, laquelle est effectivement constituée de l’un OU l’autre de ces deux volets, soit celui de l’*“individuous discrimination”* et celui du *“fundamental interest”*. Voir *infra*, pp. 435 et ss. et note 202.

126. *Id.*, 504-507; J RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, Thémis, 1973, 68-69, 94 et ss.

127. J. RIVERO, voir note précédente, pp. 451 et ss., explique comment, en contrepartie, l’analyse marxiste exclut la théorie des droits “naturels inhérents à une hypothétique nature humaine: “Le Marxisme est un matérialisme. Dès lors l’existence d’une “nature de l’homme”, transcendante, arbitraire et métaphysique, se heurte nécessairement à son refus, dans la mesure où elle échappe à toute constatation scientifique. De plus, le marxisme est un matérialisme historique. Il considère que l’homme et la société sont, à chaque moment, le reflet et le produit de l’histoire et du mouvement dialectique qui l’anime. Dans cette perspective, l’existence de droits permanents, donnés une fois pour toutes, et soustraits au mouvement de l’histoire est évidemment inacceptable. Comme tout l’appareil juridique, les “droits de l’homme” ne sont que le reflet des infrastructures

perspective, le bien-être général ou l'intérêt public ne sauraient en aucun cas être invoqués pour justifier une mesure législative par exemple qui limiterait de quelque façon un droit qualifié de "fondamental", puisque c'est la dignité de l'individu qui doit constituer le seul critère d'évaluation d'un acte, et non le bien-être ou l'intérêt de la collectivité¹²⁸. Il suffit donc, dans chaque cas, d'examiner les conséquences réelles ou logiques de tel acte ou de telle disposition législative pour déterminer si un droit "fondamental" ou encore un motif prohibé de différenciation est mis en cause de quelque façon. Dans l'affirmative, point n'est besoin que le traitement différentiel repéré ait quelque effet défavorable sur une ou plusieurs personnes car il constitue en soi une atteinte à la dignité de l'individu et, par le fait même, une pratique nécessairement discriminatoire. Par ailleurs, les objectifs ou justifications de l'auteur d'une telle pratique, sauf s'ils concernent d'autres droits fondamentaux, sont inadmissibles puisque totalement impertinents¹²⁹.

Dans le cas où le législateur a adopté une loi anti-discriminatoire dans laquelle il a lui-même énuméré les motifs de discrimination, de façon limitative ou indicative, de même que les droits ou intérêts fondamentaux de la personne, toute différence de traitement fondée sur l'un de ces motifs est dès lors nécessairement discriminatoire ("*inherently discriminatory*")¹³⁰. Quant aux droits

économiques, l'expression du pouvoir de la classe dirigeante, et le moyen pour elle d'imposer sa domination aux classes exploitées. (...) (Mais) si la liberté n'est pas, à ses yeux, une donnée inhérente à une hypothétique nature humaine, elle n'en est pas moins une valeur, et une valeur d'un prix infini. Mais c'est une valeur à conquérir. (...) La liberté n'est donc pas au point de départ des sociétés, dans l'"état de nature", mais au point d'arrivée: non un bien à préserver, mais une valeur à conquérir".

128. "Whereas the utilitarian assumes that the ultimate norm is the community's welfare, the democrat starts from the assumption that the human personality is of intrinsic worth, of absolute value, and, therefore, that each personality is equally worthy of human respect and human dignity. The latter norm arises because one is a member of the "gens humana", not because one is a citizen of the sovereign secular state, which, after all, is a relatively recent European idea". W.E. CONKLIN, *loc. cit.*, 504.

129. *Id.*, 514.

130. Les auteurs américains J. TUSSMAN et J. TENBROEK, *loc. cit. supra*, note 40, 353-356, relèvent cette doctrine aux États-Unis, sous le vocable de "*forbidden classification doctrine*". Ils ne mentionnent que deux causes, soit les affaires *Edwards c. California*, (1941) 314 U.S. 160 et *Kotch c. Pilot Comm'rs*, (1947) 330 U.S. 552, 565 (opinion dissidente du juge Rutledge), dans lesquelles la Cour suprême aurait abordé cette façon de voir, mais dans le cadre du 14^e Amendement, lequel n'est qu'une norme générale non énumérative de motifs. Cette doctrine ne

garantis, il va de soi qu'aucune atteinte ne peut en être tolérée.

Appliquant cette conception absolue de l'égalité à la *Déclaration canadienne des droits*, le même auteur estime¹³¹ que les tribunaux auraient dû conclure à discrimination en raison du sexe dans l'affaire *Lavell*¹³² puisque l'article 12 (1) (b) de la *Loi sur les Indiens*¹³³ faisait une distinction entre une personne de sexe masculin et une autre de sexe féminin dans une question relevant du statut d'Indien. La même décision aurait dû être rendue dans l'affaire *Burnshine*¹³⁴, car si une distinction selon l'âge n'est pas prohibée spécifiquement par la *Déclaration*, il y a eu accroc au droit fondamental à la liberté envers les jeunes de 17 à 22 ans résidant en Colombie-Britannique.

Sous-section 2 — La critique

Notre première remarque concernant cette conception de l'égalité ou de la non-discrimination s'attache à son fondement même. Conklin a élaboré sa théorie en associant nécessairement la notion de "dignité de la personne humaine" à des valeurs essentiellement individualistes de liberté absolue¹³⁵. Ce faisant, l'auteur met complètement de côté une importante évolution des mentalités au XXI^{ème} siècle en matière de droits et libertés de la personne, laquelle place désormais ces derniers en relation avec le bien-être commun et général. Au laisser-aller que commandait la tradition libérale s'est substituée, sous l'influence principalement des idées marxistes, mais également d'une pensée sociale chrétienne, et tout autant au nom de la "dignité de la personne humaine", la notion d'interventionnisme étatique au service des libertés afin d'en assurer le libre exercice à tous en pleine égalité¹³⁶.

semble pas avoir été suivie jusqu'ici, au profit de celles de la discrimination "injustifiée" et de la "catégorisation suspecte", voir *infra*, pp. 435 et ss.

131. W.E. CONKLIN, *loc. cit.*, 514-515.

132. Voir *supra*, note 57.

133. Voir *supra*, note 55.

134. Voir *supra*, note 64.

135. "D'ailleurs le jeu de la liberté, qui permet à chacun, à partir des mêmes droits, de parvenir à des situations de fait différentes, proscriit toute aspiration à une égalité concrète. (...) Aussi se dessine une société libérale, individualiste et concurrentielle, où chacun joue sa chance, à partir de la base des mêmes droits...". J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 60-61.

136. "La conception libérale a profondément évolué: des droits contre l'État aux droits liés à une action gouvernementale positive, du statut négatif au statut positif de l'individu. Elle a perdu tout fondement doctrinal. On rejoint ce que M. Vedel a

Aucun droit ou liberté de la personne ne saurait être absolu dès lors, non plus d'ailleurs que le droit à l'égalité ou à la non-discrimination. Ils sont tous limités par le bien-être général, au même titre que celui-ci se trouve simultanément limité par ceux-là¹³⁷.

La seconde carence sérieuse de cette conception de l'égalité, réside dans son irréalisme évident. En faisant équivaloir de façon simpliste l'égalité de traitement à l'identité de traitement, on en arrive à des situations absurdes car, dans certains cas, une distinction fondée sur un motif tel que la race, l'origine ethnique ou le sexe peut s'avérer non seulement légitime mais nécessaire¹³⁸. Il peut arriver en effet qu'une stricte identité de traitement résulte en une discrimination. Ainsi, en jurisprudence administrative, un tribunal ("*Board of Inquiry*") de Colombie-Britannique a-t-il répondu à juste titre comme suit à un employeur qui se contentait d'offrir exactement les mêmes services de pension à ses employés, obligeant par là les femmes à partager douches et toilettes avec les hommes¹³⁹:

The position Lornex from the outset was that it could not be discriminatory against Jean Tharp because it was offering her precisely the same accommodation that it offered every other employee at the campsite. In other words, it was contented that there can be no discrimination where everyone receives identical treatment. We reject that contention. It is a fundamentally important notion that identical treatment does not necessarily mean equal treatment or the absence of discrimination.

La Cour suprême américaine a également démontré clairement que l'égalité exigeait beaucoup plus qu'une simple identité de

appelé un "socialisme individualiste" qui refuse ce qui pourrait limiter la liberté mais qui appelle l'intervention de l'État pour la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels". Y. MADIOT, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, Paris, Masson, 1976, p. 56, in COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Mémoire concernant le projet de loi no 1 sur la langue française au Québec*, 6 juin 1977, p. 6.

137. *Ibid.*; J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 94 et ss.

138. Pensons par exemple au cas d'un restaurateur qui veut offrir au public une cuisine étrangère dans une ambiance appropriée. Est-il discriminatoire dès lors pour le propriétaire de n'embaucher que des serveurs de telle origine ethnique ou de telle race correspondant au caractère exotique de son établissement? Une réponse négative est clairement donnée dans certaines lois qui ont prévu que ce genre de pratique peut être exceptionnellement autorisé. Ce sont les clauses dites de "*bona fide occupational qualifications*" (BFOQ) que nous étudierons plus loin, voir *infra*, pp. 525 et ss. Mais quelle réponse donner à notre interrogation lorsque la norme antidiscriminatoire est générale et sans clause d'exception expresse de type BFOQ?

139. *Tharp c. Lornex Mining Corporation*, (1975) B.I. 13 (C.-B.).

traitement. Ainsi, dans un cas où la Cour d'appel avait estimé que le fait, pour une école, de ne pas donner à des étudiants d'origine chinoise des cours supplémentaires de langue anglaise ne constituait pas de la discrimination parce que ces derniers étaient traités de la même façon que tous les autres, le juge Douglas a-t-il rétorqué pour le tribunal de dernière instance que si la loi californienne obligeait les écoles à fournir aux élèves les outils nécessaires qui leur assurent la maîtrise de la langue anglaise, "(u)nder the state-imposed standards there is no equality of treatment *merely* by providing students the same facilities, text books, teachers and curriculum; for students who do not understand English are effectively foreclosed from any meaningful education"¹⁴⁰.

Enfin, si la conception absolue de l'égalité a l'avantage d'éliminer les traitements privilégiés, elle offre en revanche le sérieux inconvénient d'interdire les distinctions qui visent à corriger une situation inégalitaire afin de favoriser un meilleur équilibre social et qui sont connues sous divers vocables comme ceux de "discrimination positive" ou "inversée" ou d'"action corrective"^{140a}.

Néanmoins, le législateur peut, par la formulation de sa norme antidiscriminatoire et de l'ensemble de sa loi, indiquer qu'il désire donner un caractère plus absolu à certains droits. Certains éléments-clés nous laissent percevoir une telle intention. Ainsi, lorsque les motifs de discrimination sont énumérés limitativement¹⁴¹, et qu'il en est de même des droits garantis. Et lorsqu'en plus, un législateur identifie au sein de la loi les cas où exceptionnellement, une distinction fondée sur l'un des motifs prohibés est per-

140. *Lau c. Nichols*, (1974) S.Ct. 786, à la p. 788.

140a. Il existe depuis un certain temps déjà des programmes de "discrimination positive" aux États-Unis dans le secteur de l'emploi. Il s'agit des "*affirmation action programs*" définis comme suit dans le *Black's Law Dictionary*, 1979, 5th ed., 55: "Employment programs required by federal statute and regulation designed to remedy discriminatory practices in hiring minority group members; i.e. designed to eliminate existing and continuing discrimination, to remedy lingering effect of past discrimination, and to create systems and procedures to prevent future discrimination; commonly based on population percentages of minority groups in a particular area. Factors considered are race, color, sex, creed and age". De tels programmes ont toutefois été jugés contraire à l'*Equal Protection Clause* de la Constitution et au titre VI du *Civil Rights Act* dans le secteur de l'éducation. Voir *infra*, note 167 et pp. 437-438.

141. Le caractère limitatif ou indicatif de l'énumération des motifs est, comme nous le verrons lors de l'étude de la *Charte québécoise*, voir *infra*, pp. 547-548, un élément déterminant du choix d'une conception absolue ou relative du principe d'égalité ou de non-discrimination.

mise, nous verrons¹⁴² qu'il faut interpréter la norme antidiscriminatoire restrictivement, c'est-à-dire selon une conception plus absolue. Notons immédiatement que la législation la plus récente en matière de droits de la personne, soit plus particulièrement celle des années soixante jusqu'à nos jours, répond de plus en plus à ces critères. La législation provinciale au Canada¹⁴³, de même que la nouvelle *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁴⁴ et le *Civil Rights Act, 1964*¹⁴⁵ du Congrès américain en sont de bons exemples. Manifestement, on veut enrayer de façon énergique certaines formes de discrimination. On veut passer des principes aux mesures concrètes en matière d'égalité. Mais si cela implique une interprétation trop "absolutiste" de la norme antidiscriminatoire, le risque est grand d'aboutir avec d'autres inégalités tout aussi inacceptables que celles que l'on voulait combattre au départ. Dès lors, est-ce dans une conception plus relative de l'égalité que se trouve la solution à ce problème?

SECTION 2

L'INTERDICTION RELATIVE DE LA DISCRIMINATION

Devant l'impossibilité apparente d'appliquer une conception de l'égalité qui soit absolue, les tribunaux ont élaboré de nouvelles définitions plus souples de la discrimination. On déclare ici que cette dernière ne saurait être qu'une différence de traitement "défavorable" envers quelqu'un; là on estime que seule une distinction "injustifiée" en constitue une définition réaliste. Nous verrons donc successivement ce que signifient ces deux façons fort différentes d'aborder l'égalité.

Sous-section 1 — La différence de traitement "défavorable"

1- Le contenu

C'est la jurisprudence administrative découlant des lois antidiscriminatoires provinciales qui nous fournit les meilleurs exemples de cette façon de voir la discrimination. Elle consiste à dire qu'une différence de traitement ne peut être prohibée que lorsque, dans les faits, elle s'avère plus mauvaise, désavantageuse ou

142. Voir *infra*, pp. 522 et ss.

143. Voir *supra*, note 3.

144. *Ibid.*

145. Voir *supra*, note 21.

défavorable à une personne ou à un groupe de personnes, lui causant ainsi un préjudice moral, voire matériel. Il n'y a que cette sorte de distinction qui peut être considérée discriminatoire selon cette conception, car elle est la seule à constituer par ses conséquences tangibles un affront à la "dignité de la personne humaine", ce qui n'est assurément pas le cas de toute distinction quelle qu'elle soit. Les tribunaux administratifs utilisent de multiples expressions pour qualifier ce type de traitement différentiel. On le dit par exemple "less favourable" ou "unfavourable"¹⁴⁶, "against"¹⁴⁷, "offensive"¹⁴⁸ ou produisant des "adverse consequences"¹⁴⁹, ou encore plaçant un groupe de personnes dans une situation pire ("worse position") que les autres¹⁵⁰.

On a également adopté cette définition dans quelques décisions judiciaires sur la *Déclaration canadienne des droits*. L'arrêt de base à ce sujet est bien sûr *Drybones*¹⁵¹, avec son critère de "traitement plus sévère" ou "plus dur" ("harsher treatment"). On a aussi soutenu qu'une inégalité devant la loi n'apparaissait que lorsqu'une mesure plaçait une catégorie de personnes dans une situation désavantageuse¹⁵² par rapport au public en général ou encore qu'elle créait une incapacité pour un et non pour d'autres¹⁵³. Il est d'ailleurs fort intéressant de noter que le plus récent arrêt de la Cour suprême portant sur la clause d'égalité de la *Déclaration*, l'affaire *Bliss*¹⁵⁴, a entériné ce point de vue quoique dans le seul cadre de l'égalité formelle¹⁵⁵. La Cour suprême a, en effet, refusé de voir dans la *Loi sur*

146. *Simms c. Ford Motor Company of Canada*, (1970) B.I. 18 (Ont.); *Payne c. Sheraton Summit Hotel*, (1975) B.I. 2 (Alb.).

147. *Mackay c. Dominion Fruit Division of Westfair Foods*, (1974) B.I. 13 (Alb.).

148. *Re Calgary and Calgary Board of Education*, (1976) 57 D.L.R. (3d) 746 (Alb. S.C. — en appel de *Schmidt c. Calgary Board of Education*, (1975) B.I.).

149. *Payne c. Sheraton Summit Hotel*, voir *supra*, note 146, 4; *Gadowsky c. School Committee of the County of Two Hills*, (1979) B.I. 8 (Alb.).

150. *Jahn c. Johnstone*, (1977) B.I. 16 (Ont.).

151. Voir *supra*, note 44 et p. 400.

152. Cf. arrêts, note 54 et plus particulièrement l'opinion de M. le juge Thurlow en Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Lavell*.

153. Ce point de vue a été particulièrement soutenu dans les jugements dissidents de Laskin dans *Lavell*, voir *supra*, note 57, 1375 et dans *Canard*, voir *supra*, note 69, 183 et repris par Beetz dans ce même arrêt, à la page 209.

154. Voir *supra*, note 87.

155. Sur le plan matériel, la Cour s'est tournée vers une définition qui donne à l'inégalité le sens d'un traitement injustifié, voir *supra*, pp. 404 et ss.

*l'assurance-chômage*¹⁵⁶ quelque inégalité envers les femmes enceintes, puisqu'à ses yeux, elle se trouve en fait à leur accorder des avantages et non pas à les traiter plus durement.

La seconde caractéristique essentielle de cette définition de la discrimination la rapproche de la conception absolue. Elle réside dans le fait de n'accepter aucune forme de raisons pouvant servir à justifier le traitement différentiel. Le respect de la "dignité de la personne humaine" est donc ici également, placé au-dessus de toute autre considération. On recherchera dès lors les effets concrets d'une mesure, ses conséquences réelles sur une personne ou un groupe de personnes et cela suffira pour conclure à discrimination interdite si on y décèle un aspect défavorable¹⁵⁷.

Enfin, le dernier trait distinctif de cette définition de la discrimination consiste à ne pas y inclure le traitement préférentiel ou privilégié¹⁵⁸: une faveur faite à quelqu'un n'implique pas

156. Voir *supra*, note 84.

157. I.A. HUNTER, principal défenseur de cette thèse en droit provincial canadien, explique en effet, dans un article intitulé: "Human Rights Legislation in Canada: Its Origin, Development and Interpretation", (1976) 15 *Univ. of Western Ontario L. Rev.* 21, à la p. 33: "Discrimination means treating people differently because of their race, colour, sex, etc., as a result of which the complainant suffer adverse consequences or a serious affront to dignity; the motive for the discriminatory treatment, whether occasioned by economic or social considerations and whether those considerations are soundly or fallaciously based, is irrelevant, except possibly in mitigation of the penalty". La grande majorité des décisions administratives entérinent cette approche, soit implicitement, soit, comme dans les cas suivants, explicitement: *Plante c. Metro. Supper Club*, (1972) B.I. 6 (Ont.); *Hayes c. Central Hydraulic Co.*, (1973) B.I. 5-6 (Alb.); *Shack c. London Drive-Ur-Self*, (1974) B.I. 12 (Ont.); *Segrave c. Zeller's Ltd.*, (1975) B.I. 7-8 (Ont.); *McBean c. Village of Plaster Rock*, (1975) B.I. 5 (N.-B.); *Human Rights Commission c. Board of Yorkton Regional High School*, (1976) B.I. 7-9 (Sask.), confirmé en appel *in* (1976) W.W.R. 149; *Naugler c. New-Brunswick Liquor Corporation*, (1976) B.I. 13-14 (N.-B.); *Wilkinson c. Huber*, (1976) B.I. 5 (Ont.); *Jahn c. Johnstone*, voir *supra*, note 150, 13 (Ont.); *Hawkes c. Brown's Ornamental Iron Works of Belleville*, (1977) B.I. 15-17 (Ont.); *Gadowsky c. School Committee of the County of Two Hills*, voir *supra*, note 149, 8 (Alb.).

158. L'affaire *Mackay c. Dominion Fruit Division*, voir *supra*, note 147, 12-13, fait clairement voir cet aspect d'une telle conception de la discrimination: "The finding of discrimination based on sex in this instance does not mean that it is discrimination in every instance where Company retirement policy is different for men than it is for women. To be a breach of the Human Rights Act discrimination based on sex must be "against" an employee. It is conceivable that it may be "for" the employee, especially if it results in benefits that come with retirement. (...) While women should have the opportunity to work as long as men earlier retirement may be in their interest in which case it would not be discriminatory under the Statute".

nécessairement un désavantage pour les autres. C'est du moins ce que soutient Tarnopolsky¹⁵⁹:

...on peut (...) prétendre que toute action en faveur d'un groupe implique des désavantages pour un autre groupe. Bien que cette affirmation puisse être fondée dans certains cas (...) où (...) l'acte incriminé atteint négativement une personne ou un groupe de personnes, (...) elle ne pose cependant aucune difficulté dans l'immense majorité des cas.

2- La critique

Pour bien comprendre cette définition de la discrimination, il faut en connaître les fondements. Tout d'abord, c'est à la phraséologie des normes antidiscriminatoires des lois provinciales qu'on se réfère¹⁶⁰. Ce sont des termes comme "*discriminate against*", "*adversely affect*", "*deny*", "*restrict*"¹⁶¹, qui indiqueraient, par leur négativisme commun, que seules les distinctions causant un préjudice sont visées par le législateur. En second lieu, on s'est demandé quels étaient les objectifs poursuivis par les législateurs dans leurs lois sur les droits de la personne, quel était le "malaise" à enrayer¹⁶². C'est par cette voie qu'on en est arrivé à dire que seules les distinctions constituant des "affronts à la dignité de la personne humaine" sont contraires à la loi, et non pas toutes les différences de traitement en soi. Tous les préambules de Charte des droits et libertés font, en effet, référence à la dignité de l'individu et servent d'appui à l'identification de cet objectif¹⁶³.

159. *Loc. cit. supra*, note 19, p. 679.

160. En ce qui concerne la *Déclaration*, on cherche en vain quelque fondement articulé tant dans l'affaire *Drybones* que dans les affaires qui suivirent pour appuyer cette thèse. Dans *Drybones*, il semble qu'on ait simplement voulu régler un cas d'espèce en faisant ressortir l'inefficacité flagrante de la très formelle *rule of law* diceyenne pour combattre la discrimination. Voir *supra*, p. 397.

161. Voir nos exemples de normes antidiscriminatoires, *supra*, pp. 392 et 393.

162. Cette démarche est bien sûr inspirée de la règle d'interprétation connue en anglais sous le nom de "*mischief rule*". Cf. E.A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, 1ère édition, Toronto, Butterworths, 1974, p. 62.

163. "When one considers the preamble of the Individual's Rights Protection Act with its emphasis on the "dignity" of the individual, it seems to me that the mischief which the Legislature is seeking to remedy by s. 3 of the Individual's Rights Protection Act is the affront to human dignity, the insult to or the wounding of the spirit of the individual by the use of derogatory or offensive exclusions or restrictions or other morally discreditable acts based on race or religion or the other factors mentioned in the Act": *Schmidt c. Calgary Board of Education*, voir *supra*, note 148. 3 (opinion de M.R.H. Barron), confirmé en appel, voir *supra*, note 148, et dans *Payne c. Sheraton Summit Hotel*, voir *supra*, note 149, 4.

Si cette définition bénéficie de l'avantage d'être épargnée du côté absurde d'une conception absolue de l'égalité faisant équivaloir l'égalité de traitement à l'*identité* de traitement et qu'ainsi, elle n'interdit pas ce que Hunter appelle la discrimination "bénigne"¹⁶⁴, elle ne présente pas moins des faiblesses évidentes.

En premier lieu, la distinction opérée entre un avantage (permis) et un désavantage (interdit) est purement factice et peut empêcher l'implantation de véritables mesures sociales ayant pour but de corriger des inégalités de fait, qu'elles soient ou non de type "discrimination positive". Ainsi, même s'il est possible d'imaginer des cas où un "avantage" accordé à quelqu'un peut ne pas créer de désavantage ou de préjudice (moral ou matériel) aux autres, la simple logique nous indique que "... ce qui est une exclusion, limitation, restriction pour l'un, est une préférence pour l'autre. Tout dépend de l'optique sous laquelle on voit la différence de traitement. En effet, celui qui profite d'une distinction, parlera d'une préférence, celui qui en souffre d'une exclusion, d'une limitation ou restriction"¹⁶⁵. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas retenu dans l'*"affaire linguistique belge"*¹⁶⁶ la théorie des "rigueurs" et des "faveurs" que soutenait la Commission européenne des droits de l'Homme. En matière de "discrimination positive", le caractère artificiel de cette théorie a également été clairement confirmé dans deux affaires récentes, l'une californienne¹⁶⁷ et l'autre albertaine^{167a}. Les mesures

164. Il s'agit de cas comme celui du propriétaire d'un cabaret qui, pour augmenter sa clientèle, exempte les femmes du prix d'entrée alors que les hommes doivent l'acquitter au coût de \$1.50! Le cas type à cet effet est celui de *Payne c. Sheraton Summit Hotel*, voir *supra*, note 149. La commission avait alors conclu à discrimination fondée sur le sexe. Affirmant qu'une telle mesure n'est pas une atteinte à la dignité de l'individu (voir citation de la note précédente), le "*Board of Inquiry*" a renversé la décision de la Commission et a exclu ce genre de distinction de la notion de discrimination de la loi albertaine.

165. M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 34.

166. Voir *supra*, note 23, 29 (théorie de la Commission), 34 (décision de la Cour).

167. *Regents of University of California c. Bakke*, (1978) 98 S.Ct. 2733. Alors que l'Université, soutenue par l'État de Californie, prétendait que sa politique de préférence à l'égard de certaines minorités ethniques et raciales visait, entre autres, à corriger une discrimination historique dont les conséquences actuelles étaient l'exclusion des membres de ces communautés de la faculté de médecine, la Cour suprême a rejeté cette argumentation en donnant ainsi raison à Bakke qui invoquait spécifiquement que la préférence faite aux personnes de certaines minorités, par voie de places réservées à la faculté (quotas), constituait une discrimination, c'est-à-dire une exclusion, ou encore un traitement défavorable envers les autres, soit tous ceux qui ne jouissaient pas de cet avantage ou préférence.

“correctives de discrimination” se voient donc limitées au cas où les avantages accordés à des groupes défavorisés sur le plan socio-économique ne sont pas perçus comme constituant un préjudice ou un désavantage envers ceux qui n’en jouissent pas. Fait supplémentaire à noter ici, le privilège échappe au principe de non-

La Cour suprême a rendu une autre décision, soit *United Steelworkers c. Weber*, (1979) 99 S. Ct. 2721, dans laquelle elle affirme, contrairement à ce qu’elle avait énoncé dans *Bakke*, que la politique de préférence d’un employeur réservant 50% des nouveaux emplois aux personnes de race noire “does not unnecessarily trammel the interests of the white employees”, *id.*, 2730. Comme la politique ne bloque pas tous les postes aux blancs, mais seulement la moitié, et qu’elle constitue une mesure temporaire visant à éliminer un déséquilibre racial manifeste dans le personnel de cette entreprise, la Cour suprême en déduit cette fois que la “faveur” faite aux noirs ne cause pas de préjudice ou de rigueur aux blancs, *ibid.* En réalité, si le plus haut tribunal américain semble avoir changé d’avis aujourd’hui, c’est pour une raison bien particulière: la politique contestée n’émanait pas de l’État, comme ce fut le cas dans *Bakke*, mais bien un employeur sur une base volontaire. Or, en ce cas, l’article 703 (j) du *Civil Rights Act* donne explicitement ouverture aux mesures de discrimination positive car s’il stipule que le titre VII ne doit pas être interprété comme requérant d’un employeur une telle mesure, il ne spécifie pas, ce qui paraît conforme aux intentions du Congrès lors de l’adoption de ladite loi, que celle-ci ne doit pas être interprétée comme permettant une telle mesure:

The section (703(j)) provides that nothing contained in title VII “shall be interpreted to require any employer... to grant preferential treatment... to any group because of the race... of such... group on account of” a de facto racial imbalance in the employer’s work force. The section does not state that “nothing in title VII shall be interpreted to permit” voluntary affirmative efforts to correct racial imbalances. The natural inference is that Congress chose not to forbid all voluntary race-conscious affirmative action. *Id.*, 2729.

C’est donc pour des raisons de texte tout à fait particulières que la Cour suprême a déclaré possible la discrimination positive ici. L’affaire *Weber* ne contredit donc rien l’affaire *Bakke* qui conserve toute sa portée comme règle générale.

- 167a. *Bloedel c. Board of Governors of the University of Calgary*, (1980) B.I. (Alb.) 30 pp. (M. Hill). Dans cette affaire qui ressemble étrangement à l’affaire *Bakke*, l’Université de Calgary avait décidé d’offrir un cours d’administration aux autochtones en vertu d’un programme spécial appelé “*Special Support Services*”, lequel était d’ailleurs subventionné par le Ministère fédéral des Affaires indiennes. Cette politique visait évidemment à permettre aux autochtones d’avoir accès à ce genre de cours dont ils ont toujours été exclus pour des raisons historiques de sous-développement, et les critères d’admission, moins sévères que pour les cours réguliers, tenaient compte de cette réalité. Une étudiante non indienne dont le dossier académique justifiait l’admission au cours d’administration offert aux autochtones s’en vit refuser l’accès et porta plainte, alléguant que cette préférence faite aux Indiens constituait une discrimination fondée sur la race. Le tribunal lui donna raison, précisant que l’*Individual Rights Protection Act*, voir *supra*, note 3, ne contenait aucune disposition permettant l’établissement de programmes d’“*affirmation action*”. (Cf. pp. 394-395.)

discrimination, ce qui ne plaide pas en faveur d'une conception substantielle de l'égalité¹⁶⁸.

En second lieu, cette définition de la discrimination est fondée sur une exégèse douteuse des lois antidiscriminatoires provinciales. Tirer d'expressions comme "*discriminate against*" l'interprétation que les notions de "préférence" ou de "privilège" ne sont pas visées par l'interdiction de la discrimination, c'est interpréter une norme en faisant abstraction de l'ensemble de la loi. Or, suivant une règle d'interprétation bien établie au Canada¹⁶⁹, lorsque le sens d'une norme n'apparaît pas clairement à sa simple lecture, c'est dans l'ensemble du texte de loi et de ses diverses dispositions qu'il faut d'abord tenter d'en dégager une interprétation. Ainsi, si la plupart des textes provinciaux utilisent des termes généraux lorsqu'ils interdisent certains actes discriminatoires, la plupart également se montrent beaucoup plus explicites dans leurs clauses d'exception ayant pour but de permettre des "exclusions, restrictions ou préférences" dans le cas de qualités exigées de bonne foi pour un emploi par exemple¹⁷⁰. Si le législateur se voit obligé de spécifier à l'intérieur de certaines exceptions particulières quand et à quelles conditions une préférence ne constitue pas un traitement discriminatoire, nécessairement et *a contrario*, c'est qu'il prohibe ce genre de pratique dans sa norme antidiscriminatoire générale. La Cour d'appel de Colombie-Britannique s'est d'ailleurs trouvée à confirmer cette réalité en affirmant que la discrimination consiste en une "distinction in favour of or against" malgré l'absence des mots "*in favour of*" dans la norme antidiscriminatoire de cette province^{170a}.

168. J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 60, affirme que "la notion de privilège (c'est-à-dire étymologiquement: de loi privée, propre à certains seulement) est bannie" d'une norme d'égalité. À cet égard, notons l'article 3.3 de la *Loi fondamentale du 23 mai 1949* de la République fédérale d'Allemagne: "Nul ne doit être ni désavantagé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de son pays et de son origine, de ses croyances, de ses opinions politiques ou religieuses."

169. Il s'agit ici de la "*Golden Rule of Interpretation*". Voir E.A. DRIEDGER, *op. cit. supra*, note 162, 27 et ss.

170. Voir: *Ontario Human Rights Code*, art. 4 (6); *Human Rights Act (Man.)*, art. 6 (6); *Saskatchewan Human Rights Code*, art. 16 (7); *Individual's Rights Protection Act (Alb.)*, art. 6 (3); *Human Rights Act (I.-P.-E.)*, art. 14 (1) (d); *Newfoundland Human Rights Code*, art. 9 (1); *Loi sur les droits de l'Homme (N.-B.)*, art. 3 (5), 4 (4) et 5 (2). Voir *supra*, note 3.

170a. *Heerspink c. Insurance Corp. of B.C.*, (1979) 91 D.L.R. (3d) 520, 525. Voir aussi: *Gawne c. Chapman*, (1979) B.I. 3 (C.-B.). *Muccilli c. Ed's Warehouse Restaurant*, (1979) B.I. 4 (Ont.).

En conclusion, nous croyons que cette définition de la discrimination, qui est celle qu'on retient surtout dans le langage courant¹⁷¹, contient de très sérieuses lacunes. Toutefois, on ne saurait la rejeter catégoriquement du revers de la main, car en plus d'être soutenue par Hunter et Tarnopolsky, deux juristes influents dans le domaine des droits et libertés de la personne au Canada, elle a actuellement cours en jurisprudence administrative provinciale. Ce choix peut s'expliquer, selon nous, — et cela vaut aussi pour la conception absolue de l'égalité — de deux façons principales¹⁷². D'abord, les lois provinciales¹⁷³ énumèrent exhaustivement les motifs de discrimination ainsi que les secteurs d'activité à l'intérieur desquels de telles distinctions sont interdites; ensuite, ces normes antidiscriminatoires ne forment pas une contrainte matérielle opposable au contenu de la législation ordinaire. Cette définition semble en effet convenir assez bien dans le cas d'atteintes à l'égalité de nature privée puisqu'elle ferme la porte aux mille et une justifications que réussissent toujours à formuler les individus et qui, par ailleurs, ont très rarement à voir avec des considérations d'intérêt public. Cependant, elle peut s'avérer totalement inadéquate en matière de discrimination législative si le législateur n'a pas prévu, dans le texte de sa loi sur les droits et libertés, soit une clause de dérogation expresse, soit la reconnaissance de certains droits socio-économiques qui lui permettent d'adopter librement des mesures à portée sociale visant à protéger certains groupes ethniques, linguistiques ou raciaux par exemple, parce qu'il les juge défavorisés ou exploités par d'autres éléments plus forts de la société. En ce cas, les personnes non visées par la mesure protectrice pourraient-elles parfois se prétendre victimes de discrimination, puisque exclues des avantages conférés à certains par le législateur, elles se trouveraient traitées "plus durement" par lui.

Quoi qu'il en soit, ce type de conception relative de l'égalité nous paraît en voie de régression dans la jurisprudence de la Cour suprême portant sur la *Déclaration*. On ne l'invoque plus, en effet, qu'en matière d'égalité formelle. En ce qui concerne l'égalité

171. *Le Petit Robert*, Paris, 1972, 490, retient ainsi cette définition du mot discrimination: "le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal".

172. Nous reviendrons de façon beaucoup plus complète sur cette double explication lors de l'étude plus spécifique de la *Charte* québécoise et de sa norme d'égalité, voir Partie II, chapitre III.

173. Sauf celle de Colombie-Britannique, *The Human Rights Code of British Columbia*, dans les secteurs des services publics (art. 3) et de l'emploi (arts 8 et 9), et celle de l'Alberta, *The Individual's Rights Protection Act*, dans les secteurs des services publics (art. 3) et du logement (art. 4). Voir *supra*, note 3.

matérielle, elle s'oriente peu à peu, comme nous l'avons démontré¹⁷⁴, vers une conception encore plus relative de la discrimination, adhérant progressivement aux théories de la discrimination "injustifiée". Il convient donc maintenant de nous pencher sur ces théories.

Sous-section 2 — La différence de traitement "injustifiée"

1- Le contenu

Définir la discrimination comme étant une distinction injustifiée, c'est poser qu'une atteinte à l'égalité de traitement consiste dans l'absence de justification raisonnable de cette distinction. Qu'il s'agisse d'un traitement différentiel favorable ou défavorable, cela importe peu *a priori*: au-delà de cet aspect secondaire, il faut déterminer si tel acte ou telle mesure qui opère une catégorisation entre des individus est justifiée à l'aide de certains critères précis à élaborer. Si tel n'est pas le cas, la distinction est alors jugée arbitraire, déraisonnable ou illégitime, selon les goûts¹⁷⁵, et partant, discriminatoire. Il saute aux yeux qu'une telle définition amène les tribunaux à porter des jugements de valeur sur le contenu d'une loi. Dans quelle mesure ces derniers ont-ils accepté d'assumer un tel rôle de nature législative et de quelle façon?

La Cour européenne des droits de l'Homme a tenté de répondre à cette double interrogation dans l'*affaire linguistique belge*^{175a} comme suit:

Il importe donc de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative bien entendu à l'exercice de l'un des droits et libertés reconnus, contrevient ou non à l'article 14. À ce sujet, la Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit

174. Voir *supra*, pp. 404 et ss.

175. Les auteurs et la jurisprudence de droit interne comme international utilisent les expressions les plus diverses pour qualifier cette autre conception relative de l'égalité ou de la non-discrimination. On peut ajouter aux trois expressions citées dans notre texte, celles-ci: "irrelevant", "irrational", "invidious", "abusive", "unjust" ou "unwarranted". Ce sont les américains qui sont les plus prolifiques à cet égard. Néanmoins, il nous est apparu que tous ces qualificatifs ne faisaient qu'indiquer l'effet d'une distinction discriminatoire dont la cause commune était l'absence de justification raisonnable. Voilà pourquoi nous parlerons plutôt ici de différence de traitement injustifiée.

175a. Voir *supra*, note 23, à la p. 34.

s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Pour cette Cour internationale, la justification "objective et raisonnable" d'une distinction s'apprécie donc au regard de deux critères: 1) le but poursuivi doit être légitime; 2) les moyens employés doivent être proportionnels au but visé.

Ce passage-clé de la décision ne nous instruit pas toutefois sur ce qui nous importe le plus, à savoir comment doit s'évaluer le rapport de proportionnalité moyens-fin. On constate simplement qu'en appliquant les deux critères énoncés ci-dessus, le haut tribunal conclut à l'absence de violation du principe de non-discrimination pour cinq des six questions qui lui avaient été soumises. En revanche, il décréta que le régime linguistique distinct qui prévalait en matière scolaire pour six communes de la région immédiate de Bruxelles^{175b} ne se justifiait pas, se bornant à répéter, après analyse des faits, que "la mesure litigieuse ne respect(ait) pas entièrement, dans le chef de la plupart des requérants et de leurs enfants, le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"^{175c}.

C'est donc en nous tournant du côté de la jurisprudence américaine, abondante et relativement étoffée, que nous avons trouvé des éléments de réponse plus satisfaisants à notre double question: rien de plus normal d'ailleurs, puisque les questions d'égalité leur sont posées depuis plus d'un siècle, alors qu'au Canada et en droit international des droits de l'Homme, le sujet est vraiment trop nouveau pour qu'on y trouve quelque élément de réponse vraiment substantiel.

Pour donner une portée et un sens précis à une notion aussi subjective que celle de la "justification raisonnable" et lui trouver des critères opératoires judiciairement, donc les plus objectifs possibles, les tribunaux américains ont développé avec le temps trois types d'approche, lesquels correspondent à l'intensité du

175b. Nous expliciterons de façon plus détaillée les faits pertinents de cette affaire un peu plus loin, voir *infra*, p. 473.

175c. Voir *supra*, note 23, à la p. 70.

contrôle qu'ils ont voulu exercer sur la loi. Ce sont respectivement: l'examen minimal, l'examen rigoureux et l'examen intermédiaire¹⁷⁶.

Si ces approches diffèrent sensiblement les unes des autres, elles sont cependant toutes fondées sur le même principe téléologique suivant lequel toute norme, toute règle est nécessairement imposée par l'être humain pour atteindre certaines fins¹⁷⁷. Dès lors, une loi ou un texte réglementaire sont toujours conçus selon un schème de pensée qui met en rapport un moyen et une fin. Le moyen étant ici la différence de traitement opérée et la fin, les objectifs visés par le législateur, il s'agira pour les tribunaux d'évaluer ces deux éléments et de les mettre en rapport pour vérifier s'ils sont vraiment reliés. Dans la négative, une distinction ou catégorisation sera déclarée injustifiée et, dès lors, discriminatoire.

a) L'examen minimal¹⁷⁸

En vertu de cette première approche traditionnelle, les tribunaux commencent par identifier le motif ("*trait*") d'une catégorisation (en anglais: "*classification*", c'est-à-dire une différence de traitement établie à partir d'un motif¹⁷⁹). Dans le 14^e Amendement en effet, on ne trouve aucune énumération de motifs dont l'emploi serait *a priori* interdit; il appartient donc aux tribunaux de les déterminer dans chaque cas à partir du texte de loi¹⁸⁰. Ensuite, ces derniers essaient de dégager les objectifs du

176. On peut lire sur cette question: W.E. CONKLIN, *loc. cit. supra*, note 123; "Equal Protection in Transition: An Analysis and a Proposal", (1973) *Fordham L. Rev.* 605 (article non signé); G. GUNTHER, "The Supreme Court 1971 Term — Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", (1972) 86 *Harv. L. Rev.* 1; J.F. SHAMAN, "The Rule of Reasonableness in Constitutional Adjudication: Toward the End of Irresponsible Judicial Review and the Establishment of a Viable Theory of the Equal Protection Clause", (1975) 2 *Hastings Const. Law Quart.* 153; J. TUSSMAN et J. TENDROEK, *loc. cit. supra*, note 40.

177. J.C. SMITH, *loc. cit. supra*, note 40, 178.

178. Les arrêts suivants illustrent bien les différentes facettes de cette première approche: *Lindsley c. Natural Carbonic Gas*, (1911) 31 S.Ct. 337; *McGowan c. Maryland*, (1961) 81 S.Ct. 1101; *McDonald c. Board of Election Commissioners*, (1969) 89 S.Ct. 1404; *Dandridge c. Williams*, (1970) 90 S.Ct. 1153; *Jefferson c. Hackney*, (1972) 92 S.Ct. 1724; *Frontiero c. Richardson*, (1973) 93 S.Ct. 1764; *Cleveland Board of Education c. Laflour*, (1974) 94 S.Ct. 791; *Foley c. Connelie*, (1978) 98 S.Ct. 1067.

179. Sur la signification du terme "motif" dans notre texte, voir *infra*, p. 450.

180. J. TUSSMAN et J. TENBROEK, *loc. cit. supra*, note 40, ont proposé dans leur célèbre article une façon de déterminer le "motif" discriminatoire par les règles d'"*under-inclusiveness*" et d'"*over-inclusiveness*" selon lesquelles, respective-

législateur, lesquels devront être légitimes et reliés à l'intérêt public: il doit en effet s'agir, selon l'expression consacrée, de "*legitimate state interests*". Enfin, on vérifie l'existence d'une relation rationnelle entre le ou les objectifs et la catégorisation. C'est surtout en fonction de cette troisième étape de la démarche jurisprudentielle qu'on parle d'examen minimal ou même d'absence d'examen judiciaire¹⁸¹, puisque le juge ne considérera qu'il y a atteinte à l'égalité que s'il y a absence *totale et évidente* de relation rationnelle entre les moyens utilisés et la fin visée¹⁸²:

(The classification) must bear some rational relationship to a legitimate state end and will be set aside as violative of the Equal Protection Clause only if based on reasons *totally unrelated* to the pursuit of that goal.

Or, il faut ajouter à cela que la loi jouit d'une présomption de constitutionnalité¹⁸³. Le fardeau de prouver l'irrationalité de la relation motifs-objectifs repose donc entièrement sur les épaules de celui qui prétend avoir été victime de discrimination et, il va sans dire, il s'avère extrêmement lourd sinon impossible¹⁸⁴ à relever. À preuve, depuis 1940, on n'a déclaré une loi contraire au principe d'égalité du 14^e Amendement à l'aide de cet "examen minimal" que dans une seule et unique affaire¹⁸⁵.

ment, une loi n'établit pas une catégorisation justifiée si, eu égard à ses objectifs propres, elle ne touche pas toutes les personnes qu'elle devrait toucher (*under-inclusiveness*), elle en vise plus (*over-inclusiveness*) qu'elle ne devrait le faire ou encore elle s'adresse à des gens non concernés tout en laissant d'autres de côté (*over + under-inclusiveness*).

181. G. GUNTHER, *loc. cit. supra*, note 176, 8, 19; J.F. SHAMAN, *loc. cit. supra*, note 176, 160.

182. *McDonald c. Board of Election Commissioners*, voir *supra*, note 178, 809. Dans *McGowan c. Maryland*, voir *supra*, note 178, 1194, la Cour a exigé la preuve que la différence de traitement soit "*obviously arbitrary*", et dans *Frontiero c. Richardson*, voir *supra*, note 178, 1768, le juge Brennan parlera de la nécessité d'une catégorisation "*patently arbitrary*".

183. Voir par exemple: *Jefferson c. Hackney*, *supra*, note 178, à la page 1733: "... The state may have concluded that the aged and infirm are the least able of the categorical grant recipients..." (Les italiques sont de nous).

184. J.F. SHAMAN, *loc. cit. supra*, note 176, 153, fait ressortir clairement l'impossibilité de relever un tel fardeau:
"... the Court will not declare legislation to be unconstitutional unless it is shown to be clearly unreasonable. According to this doctrine, which might be referred to as the Rule of Reasonableness, the Court will presume that legislation is constitutional until its constitutionality can be demonstrated *beyond all reasonable doubt*". (Les italiques sont de nous).

185. *Morey c. Doud*, (1957) 77 S.Ct. 1344.

Ce qui caractérise cette approche, c'est donc son absence de rigueur due à une attitude judiciaire de respect absolu du domaine de la compétence législative. Ainsi, si les objectifs de la loi n'ont pas été explicitement énoncés, on prendra pour acquis ceux qui pourront être invoqués par le gouvernement ou on en imaginera pour ensuite en vérifier la rationalité en fonction de la différence de traitement objet du litige. Par conséquent, jamais on ne s'interrogera sur la sagesse, sur le bien-fondé, c'est-à-dire sur le fonds ou la valeur de ces objectifs eu égard aux faits et circonstances spécifiques de la loi contestée. On ne se demandera pas non plus si le moyen employé par le législateur, soit la distinction contestée, était le meilleur ou encore s'il était nécessaire pour atteindre l'objectif énoncé ou présumé de la loi. Cela, estime-t-on non sans raison, relève de la politique. Par ailleurs, il suffira qu'il y ait une relation rationnelle, c'est-à-dire que la différence de traitement ne soit pas "complètement impertinente" ("*wholly irrelevant*")¹⁸⁶ par rapport à l'objectif énoncé ou présumé. Cela, évidemment, donne une marge de manoeuvre extrêmement large au législateur¹⁸⁷. Si large en fait qu'on peut se demander à juste titre si l'égalité au sens matériel, en tant que norme opposable au contenu de la loi, existe encore ou si elle n'est pas plutôt réduite à un principe théorique sans aucun effet contraignant sur la législation¹⁸⁸.

On aura reconnu ici, presque en tout point, la position de la Cour suprême du Canada sur la *Déclaration* telle que confirmée par le juge Ritchie dans la récente affaire *Bliss*¹⁸⁹.

b) L'examen rigoureux¹⁹⁰

C'est vraisemblablement vers le milieu des années cinquante¹⁹¹

186. *McGowan c. Maryland*, voir *supra*, note 178, 1105.

187. On a ainsi insisté sur la "grande discrétion" que doit posséder le législateur dans la conception des lois, ce qui a amené la validation de mesures "étapistes": "... The Equal Protection does not require that a State must choose between attacking every aspect of a problem or not attacking the problem at all..." a dit la Cour suprême dans l'affaire *Lindsley c. Natural Carbonic Gas*, voir *supra*, note 178, 337. Voir aussi au même effet: *Geduldig c. Aiello*, (1974) 94 S.Ct. 2485, à la p. 2491.

188. Voir *supra*, note 181 et texte correspondant.

189. Voir *supra*, pp. 407 à 413.

190. En sus des autorités mentionnées à la note 176, on peut lire sur cette approche judiciaire: "Developments in the Law — Equal Protection", (1969) 82 *Harv. L. Rev.* 1065; "The Evolution of Equal Protection — Education, Municipal Services and Wealth", (1972) 7 *Harv. Civ. Rights — Civ. Lib. L. Rev.* 103 (article non signé).

191. *Brown c. Board of Education of Topeka*, (1954) 74 S.Ct. 686, mettant fin à la ségrégation raciale en milieu scolaire et à la théorie de l'égalité dans la séparation dite

que la Cour suprême des États-Unis sortit de sa torpeur et, pour remédier aux faiblesses évidentes de son approche traditionnelle de l'examen judiciaire minimal de la législation qui, comme nous venons de le souligner, donnait en fait carte blanche au législateur dans l'établissement de ses catégorisations et lui ouvrait la porte aux mesures les plus manifestement discriminatoires, elle établit un autre critère d'analyse, extrêmement rigoureux cette fois et expression, selon les auteurs, d'un "*suspect classification doctrine*", d'un "*strict judicial scrutiny*" ou encore d'une "*active review*".

Ainsi, lorsqu'une mesure établit une différence de traitement dite "suspecte" ("*a suspect classification*"), à savoir une distinction fondée sur un motif tel que l'ascendance¹⁹², la race ou la couleur¹⁹³, l'origine nationale¹⁹⁴ ou encore si une mesure porte atteinte à des droits ou intérêts fondamentaux ("*fundamental interests*") de l'individu, comme la liberté de mouvement ("*right to travel*")¹⁹⁵, les droits judiciaires¹⁹⁶ ou le droit de voter¹⁹⁷, cela entraîne les conséquences suivantes: d'abord, la présomption pratiquement irréfutable qui jouait en faveur du législateur avec l'approche traditionnelle, se retourne contre lui et au moins d'aussi forte façon; le gouvernement se voit donc obligé de supporter le fardeau de prouver la constitutionnalité, c'est-à-dire le caractère non discriminatoire de sa loi¹⁹⁸. Ensuite, la relation exigée entre la différence de traitement ou le moyen employé et le but visé par la loi n'en sera plus une de simple rationalité ou de raisonnable; il faudra plutôt démontrer qu'il était absolument *nécessaire*¹⁹⁹ d'utiliser ce moyen et non un autre pour atteindre les objectifs désirés. Enfin, le législateur devra faire la preuve que les objectifs

"separate but equal" qui la sous-tendait, est sans nul doute le cas resté le plus célèbre de l'application de l'examen judiciaire rigoureux de la Cour suprême.

192. *Graham c. Richardson*, (1971) 91 S.Ct. 1848.

193. *McLaughlin c. Florida*, (1964) 85 S.Ct. 283; *Loving c. Virginia*, (1967) 87 S.Ct. 1817.

194. *Oyama c. California*, (1948) 68 S.Ct. 269; *Hernandez c. Texas*, (1954) 74 S.Ct. 667.

195. *Shapiro c. Thompson*, (1969) 89 S.Ct. 1322, à la p. 1340.

196. *Griffin c. Illinois*, (1956) 76 S.Ct. 585; *Williams c. Illinois*, (1970) 90 S.Ct. 2018.

197. *Reynold c. Simms*, (1964) 84 S.Ct. 1362; *Harper c. Virginia State Board of Elections*, (1966) 86 S.Ct. 1079; *Dunn c. Blumstein*, (1972) 92 S.Ct. 995.

198. *Shapiro c. Thompson*, voir *supra*, note 195, 1352-1353.

199. *In Re Griffiths*, (1973) S.Ct. 851, à la p. 2855: "... in order to justify the use of suspect classifications, a state must show that its purpose or interest is both constitutionally permissible and substantial, and that its use of the classification is *necessary* (...) to the accomplishment of its purpose or the safeguarding of its interest". (Les italiques sont de nous).

qu'il poursuit constituent des "*compelling state interests*"²⁰⁰, ce que nous pourrions traduire librement par des questions pressantes ou impérieuses d'intérêt public supérieur²⁰¹; aucun objectif ne sera présumé comme c'était le cas avec l'approche traditionnelle, chacun devra être clairement identifié, prouvé et soumis à l'examen de la Cour qui en évaluera le bien-fondé et la valeur²⁰². En d'autres termes, toute différence de traitement fondée sur l'un des motifs "suspects" ou portant atteinte à un droit ou à un intérêt fondamental de l'individu est *a priori* considérée comme injuste en soi, c'est-à-dire injustifiée parce que déraisonnable, arbitraire ou illégitime. Bref, un critère de moralité vient indéniablement sous-tendre, sinon se substituer à celui de la rationalité avec cette deuxième approche judiciaire²⁰³.

La Cour suprême américaine nous a d'ailleurs fourni un autre exemple de l'application de l'examen judiciaire rigoureux avec la récente et fameuse affaire *Bakke*²⁰⁴ dont il convient ici de dire quelques mots. Dans cet arrêt, le juge Powell, rendant le jugement majoritaire, a scrupuleusement passé en revue chacun des quatre objectifs avancés par l'État de Californie et l'Université du même nom pour justifier le traitement préférentiel fondé sur des motifs "suspects" tels que la race et l'origine nationale ou ethnique qui était

200. *Kahn c. Shevin*, (1974) 94 S.Ct. 1734, à la p. 1738 (M. le juge Brennan réclamant dans sa dissidence l'approche judiciaire rigoureuse dans le cas de catégorisations fondées sur le motif sexuel): "The Court is not (...) free to sustain the statute on the ground that it rationally promotes legitimate governmental interests; rather, such suspect classifications can be sustained only when the State bears the burden of demonstrating that the challenged legislation serves *overriding or compelling interests* that cannot be achieved by a more carefully tailored legislative classification or by the use of feasible, less drastic means". (Les italiques sont de nous).

201. Ainsi des justifications telles que l'efficacité administrative ou l'économie des fonds publics seront jugées impertinentes: *Stanley c. Illinois*, (1972) 92 S.Ct. 1208, à la p. 1272: "The Constitution recognizes higher values than speed and efficacy"; voir aussi: *Shapiro c. Thompson*, *supra*, note 195; *Frontiero c. Richardson*, *supra*, note 178, 1772; *Schlesinger c. Ballard*, (1975) 95 S.Ct. 573, 577; *Craig c. Boren*, (1976) 97 S.Ct. 451, 457.

202. W.E. CONKLIN, *loc. cit. supra*, note 123, 509: "... the suspect doctrine demanded a purity of legislative motive free from hate, prejudice, vengeance, hostility, favoritism or partiality". D'ailleurs, poussée à la limite, cette approche rigoureuse se confond avec la conception absolue de l'égalité élaborée par CONKLIN, voir *supra*, p. 418 et note 125.

203. *Ibid*; J.F. SHAMAN, *loc. cit. supra*, note 176, 160.

204. *Regents of University of California c. Bakke*, voir *supra*, note 167, 2733.

accordé à un certain nombre de candidats aux études de médecine²⁰⁵. Le magistrat a rejeté tous ces objectifs pour insuffisance de preuve spécifique, à l'exception du dernier qui consistait à vouloir obtenir et offrir un milieu éducatif plus riche par la diversité ethnique du corps étudiant²⁰⁶. Passant ensuite à la relation entre les moyens utilisés et la fin visée, lesquels devaient être "*necessary to promote this interest*"²⁰⁷, il déclara que l'utilisation de "quotas", soit d'un nombre fixe de places réservées aux étudiants de certaines minorités n'était pas le *seul* moyen mis à la disposition de l'Université pour assurer la réalisation dudit objectif. Une telle politique, fondée sur les seules considérations raciales et ethniques, constituait donc une atteinte injustifiée au droit à l'égalité²⁰⁸. Citant en exemple l'Université Harvard, le juge conclut qu'une politique d'admission considérant tous les candidats les uns par rapport aux autres, en fonction de l'ensemble de leurs diverses qualités, comme leurs talents personnels, leurs expériences d'études ou de travail antérieures, leur provenance sociale ou l'origine nationale, pouvait se justifier eu égard à un objectif de pluralisme en milieu universitaire. Ainsi, dans la mesure où chacun des candidats ne serait pas évalué uniquement comme membre d'un groupe donné, ethnique ou autre, leur droit à l'égalité ou à la non-discrimination serait sauvegardé²⁰⁹.

Bref, autant la première approche était souple, constituant une validation automatique de toute législation, autant cette seconde

205. La faculté de Médecine avait en effet deux régimes d'admission séparés; le "*special admissions program*" et le "*general admissions*", avec évaluateurs et critères d'admissibilité propres à chacun. Le régime "spécial" fixait à 16 sur 100 (8 sur 50 avant 1973) le nombre de places réservées exclusivement aux étudiants faisant partie d'un "*minority group*", soit les Noirs, les hispanophones, les Asiatiques et les Amérindiens. Des candidats de race blanche postulant annuellement en vertu du régime "spécial", soit de 20% à 50% de ses dossiers, aucun n'avait jamais reçu d'offre d'admission.

206. Les quatre objectifs soumis étaient les suivants: 1° "Reducing the historic deficit of traditionally disfavored minorities in medical schools and the medical profession"; 2° "Countering the effects of societal discrimination"; 3° "Increasing the number of physicians who will practise in communities currently underserved"; 4° "Obtaining the educational benefits that flow from an ethnically diverse student body". *Id.*, 2757.

207. *Id.*, 2761.

208. *Ibid.* Notons ici que la requête de Bakke fut intentée pour atteinte tant au principe général d'égalité du 14^e Amendement de la Constitution qu'à celui de l'article 601 (titre VI) du *Civil Rights Act*, voir *supra*, note 21, lequel constitue plutôt une norme antidiscriminatoire spécifique. Toutefois, le juge Powell a affirmé pour la Cour que l'article 601 n'ajoutait rien au principe d'égalité du 14^e Amendement et que, par conséquent, les mêmes règles devaient s'appliquer. Cf. pp. 2745-2746.

209. *Id.*, 2763.

approche est dure, signant impitoyablement l'inconstitutionnalité et le caractère discriminatoire de toutes les lois ou mesures qui font l'objet de son examen²¹⁰. Ces deux types de contrôle judiciaire existent toujours, la Cour suprême appliquant l'un ou l'autre selon qu'une "catégorisation suspecte" ou un "droit fondamental" est ou non en jeu. Ils forment, selon l'expression consacrée des auteurs américains, l'approche à deux paliers du haut tribunal ("*two-tiered approach*").

c) L'examen intermédiaire

Au tournant de la dernière décennie émergea aux États-Unis une troisième approche judiciaire eu égard aux exigences de "justification raisonnable"²¹¹. Elle se situe quelque part entre les examens minimal et rigoureux et paraît remplacer le premier, par trop flexible, tout en laissant le second intact pour les cas où se trouvent impliqués soit un "droit ou intérêt fondamental", soit une "catégorisation suspecte".

Au lieu d'un rapport simplement "rationnel" ou à l'opposé "de nécessité (absolue)" entre la catégorisation (ou la différence de traitement) et les objectifs visés par une disposition législative ou un autre type de mesure, l'examen intermédiaire exige de cette relation

210. Aucun arrêt de la Cour suprême n'a reconnu en effet la validité d'une mesure ayant dû passer au crible de son examen rigoureux, ce qui a fait dire au juge en chef Burger dans *Dunn c. Blumstein*, voir *supra*, note 197, 1013: "So far as I am aware, no State law has ever satisfied this sumingly insurmountable standard, and I doubt one never will, for it demands nothing less than perfection". L'affaire *Bakke* est venue confirmer une fois de plus l'opinion du juge en chef.

211. Cette approche fut d'abord lancée dans une vieille affaire, *Royster Guano Co. c. Commonwealth of Virginia*, (1920) 40 S.Ct. 560, mais ce n'est qu'en 1971 que la Cour suprême s'en servit effectivement pour déclarer inconstitutionnelles, ou dépourvues de justification raisonnable, certaines lois. Les auteurs situent à l'intérieur de l'examen intermédiaire les arrêts suivants: *Reed c. Reed*, (1971) 92 S.Ct. 251; *Weber c. Aetna Casualty & Surety Cy.*, (1972) 92 S.Ct. 1400; *Eisenstadt c. Baird*, (1972) 92 S.Ct. 1029; *Lindsey c. Normet*, (1972) 92 S.Ct. 862; *James c. Strange*, (1972) 92 S.Ct. 2027; *Jackson c. Indiana*, (1972) 92 S.Ct. 1845; *San Antonio Independent School Dist. c. Rodriguez*, (1973) 93 S.Ct. 1278; *Frontiero c. Richardson*, voir *supra*, note 178. Nous croyons toutefois que l'inclusion de cette dernière affaire dans l'approche intermédiaire est fort discutable. Selon nous, il conviendrait mieux de la classer avec les arrêts ayant utilisé l'examen rigoureux, voir *infra*, note 218. Par ailleurs, on peut ajouter sans crainte de se tromper comme faisant partie de l'examen intermédiaire la liste suivante d'arrêts rendus plus récemment en Cour suprême: *Weinberger c. Wiesenfeld*, (1975) 95 S.Ct. 1225; *Stanton c. Stanton*, (1975) 95 S.Ct. 1373; *Craig c. Boren*, voir *supra*, note 201; *Califano c. Goldfarb*, (1977) 97 S.Ct. 1021. Soulignons que ces quatre arrêts ont tous porté sur des cas de discrimination fondée sur le sexe.

qu'elle soit "claire et tangible"²¹²:

The classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a *fair and substantial relation* to the object of the legislation, so that all persons similarly situated shall be treated alike.

Voilà le véritable trait distinctif de cette nouvelle approche. Mais comme elle se situe directement dans la foulée de la première (examen minimal), il est fort difficile d'en détacher des caractéristiques ou conséquences propres. Ainsi, la loi jouit-elle toujours d'une présomption de validité? On ne saurait encore répondre avec certitude à cette question. À première vue, le critère de base précité fait retomber sur l'État le fardeau de prouver la "présence" d'une relation tangible entre la catégorisation contestée et ses objectifs, contrairement à la preuve d'"absence" de relation rationnelle exigée de la victime dans le cadre de l'examen minimal²¹³. En outre, bien que la Cour suprême se soit montrée vacillante au début²¹⁴, elle nous paraît aujourd'hui vouloir s'orienter nettement en ce sens puisque dans les quatre plus récents arrêts où elle a utilisé l'examen intermédiaire²¹⁵, elle en a profité pour déclarer le caractère inconstitutionnel et discriminatoire des mesures législatives contestées.

Quant aux objectifs eux-mêmes, si le plus haut tribunal américain se garde bien, en principe, d'en évaluer la valeur ou la "sagesse"²¹⁶, chasse-gardée du pouvoir législatif, il opère avec

212. *Royster Guano Co. c. Commonwealth of Virginia*, voir note précédente, 562 (les italiques sont de nous). Cette formulation est reprise en toute lettre dans chacun des cas où on a déclaré une loi inconstitutionnelle sans avoir eu recours aux critères de l'examen rigoureux. Dans *Weber c. Aetna Casualty*, voir note précédente, le juge Powell utilisera de plus l'expression "*significant relationship*" pour marquer sa volonté d'imposer un contrôle judiciaire plus rigoureux que la simple "*rational relationship*" de l'examen minimal traditionnel.

213. C'est du moins l'avis d'un commentateur, voir "The Equal Protection in Transition...", *supra*, note 176, 615.

214. Si, par exemple, dans l'affaire *Reed c. Reed*, voir *supra*, note 211, le juge Burger applique sans aucun doute l'approche intermédiaire telle que définie dans *Guano*, il rappellera, conformément à la règle de l'examen minimal traditionnelle, que les différences de traitement ne sont une atteinte à l'égalité de protection des lois que si elles sont "*wholly unrelated to the subject of that statute*" (p. 76). Nous savons que la preuve de l'absence de ladite relation incombe à la victime-requérante dès lors et non à l'État, voir *supra*, p. 434.

215. Voir *supra*, note 211 *in fine*.

216. Il s'agit d'un énoncé de principe, car on va très loin dans l'analyse des objectifs dans *Reed*, *Eisendstat* et *Frontiero*, voir *supra*, note 211, par exemple. On trouve dans *Eisendstat* en particulier une excellente illustration de la frontière fort ténue

l'approche intermédiaire un examen beaucoup plus sérieux lorsqu'il s'agit d'en faire l'identification précise qu'avec l'approche traditionnelle (examen minimal). Ainsi, on ne suppléera plus au manque d'imagination du gouvernement en proposant des objectifs qui pourraient être plus ou moins reliés à la différence de traitement en question²¹⁷. Seuls seront considérés ceux qui ont fait l'objet d'une preuve ou qui ressortent clairement du texte législatif. Par ailleurs, il suffira que ces objectifs soient légitimes (au sens de "*legitimate state interests*") et non point pressants ou impérieux (au sens de "*compelling or overriding state interests*")²¹⁸.

Bref, cette nouvelle approche, contrairement aux deux premières, est toute en nuance. Aucun jeu de présomption quasiment irréfutable ne semble, *a priori*, lui donner un caractère absolu dans un sens ou dans l'autre. Si on pratique toujours une politique de retenue judiciaire à l'égard du champ de compétence relevant du pouvoir législatif, on exige en revanche une meilleure preuve de la relation motifs-objectifs: les différences de traitement doivent avoir un lien "clair et tangible" avec les objectifs poursuivis. Signalons, en terminant, que cet examen de type intermédiaire est surtout utilisé en matière de discrimination sexuelle²¹⁹.

2- La critique

La conception relative de l'égalité qui a donné à la discrimination le sens d'une différence de traitement injustifiée tire son origine comme nous l'avons déjà expliqué²²⁰, de la double nécessité d'une part, de conserver à ce droit un sens matériel sans pour autant tomber dans l'absurde d'une conception absolue qui nous forcerait à revenir au sens purement formel de l'égalité et, d'autre part, de procurer aux tribunaux des critères

qu'il peut y avoir entre le processus soi-disant "objectif" de recherche de l'objectif d'une mesure et le jugement de valeur "subjectif" d'un objectif donné. Le juge Brennan rejette dans cette affaire l'un des buts que lui soumet le gouvernement parce qu'il ne peut "raisonnablement concevoir" que le Législateur pouvait entretenir une telle visée: "... we cannot agree that the deterrence of premarital sex may reasonably be regarded as the purpose of the Massachusetts Law" dit-il à la p. 448.

217. *Royster Guano*, voir *supra*, note 211, 562: "but no ground is suggested, nor can we conceive of any..."

218. L'affaire *Frontiero*, voir *supra*, note 211, fait exception à cette règle car le juge Brennan exigera une preuve de "*compelling state interests*" et estimera que des contraintes administratives répondent pas aux normes de l'examen rigoureux.

219. Voir *supra*, note 211 *in fine*.

220. Voir *supra*, pp. 396 et ss.

d'évaluation plus complets et moins artificiels que le simple effet "défavorable" ou "préjudiciable" d'une mesure sur quelqu'un. Le législateur doit pouvoir prévoir un traitement différent pour des personnes ou des groupes de personnes placés dans des situations différentes afin de répondre aux véritables besoins dans la société, lesquels varient d'une région à l'autre et d'un groupe à l'autre. L'égalité ne saurait équivaloir en effet au "traitement égal de gens placés dans des situations différentes"²²¹.

Nous avons vu cependant que chacune des approches devant permettre aux tribunaux de mettre concrètement en application cette dernière conception relative de l'égalité comportait sa part de difficultés propres. Entre une trop grande retenue judiciaire donnant feu vert à n'importe quelle mesure, législative ou autre, même la plus manifestement discriminatoire, et un activisme judiciaire excessif interdisant toute espèce de distinction quant à certains motifs ou en rapport avec certains droits ou intérêts fondamentaux, une troisième voie du juste milieu semble se dégager, bien qu'elle n'élimine pas les deux autres. Cependant, ces trois approches, de même que celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, et, partant, cette définition même de l'égalité, amènent deux critiques fondamentales d'un ordre plus général.

Tout d'abord, la notion de "justification raisonnable" est extrêmement subjective: rien n'est objectivement raisonnable. Derrière des façades comme les critères de rationalité se cachent, nous l'avons vu, des critères plus ou moins avoués de moralité et, par conséquent, une définition de la discrimination nécessairement très "élastique" — les trois approches américaines en témoignent éloquentement — qui, bien sûr, peut être la source de jugements arbitraires²²².

Ce premier problème en fait ressurgir un second tout aussi fondamental qui lui est intimement lié: dans le contexte d'une conception matérielle de l'égalité, c'est donc dire de la nécessité d'un contrôle judiciaire réel sur le contenu de la loi, jusqu'où ce dernier

221. J. TUSSMAN et J. TENBROEK, *loc. cit. supra*, note 40, 344: "The essence of that doctrine can be stated with deceptive simplicity. The Constitution does not require that things different in fact be treated in law as though they were the same. But it does require, in its concern for equality, that those who are similarly situated be similarly treated".

222. En ce sens, voir: W.E. CONKLIN, *loc. cit. supra*, note 123, 498; J.C. SMITH, *loc. cit. supra*, note 40, 174. On trouve peu d'auteurs qui mettent en relief cette facette négative de la réalité d'un contrôle judiciaire accru. Au Canada comme aux États-Unis, cela se comprend dans la mesure où ce contrôle est encore souvent, par l'application de l'examen judiciaire minimal traditionnel, à peu près inexistant.

peut-il aller sans soulever le spectre du “gouvernement des juges” (ou “*judicial-legislating*”)?²²³ Car nous n’en sommes plus ici au simple contrôle des effets d’une mesure. Au-delà de ces derniers, l’exigence d’une “justification raisonnable” à une différence de traitement signifie la recherche et l’évaluation des véritables objectifs du législateur, voire de ses intentions, bien au-delà du simple texte de loi, c’est-à-dire dans l’analyse même des faits sociaux qui sont présentés au juge comme éléments justificateurs de la distinction opérée. Cette exigence implique également un jugement de valeur sur l’ordre des moyens pris par un législateur pour atteindre ses objectifs. Sans ces deux éléments, on l’a vu avec l’approche de l’examen minimal en particulier, l’égalité est un principe si relatif qu’il se résume à un droit purement théorique.

De toute évidence, on fait face dès lors à une intrusion bien réelle du pouvoir judiciaire dans un domaine de compétence essentiellement législative. Il ne faut pas s’y tromper en effet, même la troisième approche, d’apparence respectueuse de la juridiction parlementaire, implique le double jugement de valeur que nous venons d’évoquer²²⁴. On peut arguer que ce transfert de pouvoir est dû aux États-Unis à l’inscription du droit à l’“*Equal Protection of the Laws*” dans la Constitution et qu’au Canada, cela n’est guère différent avec la *Déclaration* puisque le Parlement, en y incluant une clause la faisant prévaloir sur toute loi fédérale, a indiqué clairement son intention de confier aux tribunaux un rôle législatif en matière de libertés publiques. Outre que cette argumentation soit mal reçue par la Cour suprême du Canada²²⁵, l’octroi d’un rôle aussi

223. Sur cette question, voir: G.A. BEAUDOIN, “La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux”, (1975) 53 *R. du B. can.* 617; W.F. BOWKER, *loc. cit. supra*, note 53, 418; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 60, 286; “Equal Protection in Transition...”, voir *supra*, note 176, 620-622, 630; B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 651, 661; G. GUNTHER, *loc. cit. supra*, note 176, 21; I.F. KELLY, *loc. cit. supra*, note 114, 180; J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 206; J.F. SHAMAN, *loc. cit. supra*, note 176, 154-155; W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 57, 22; J. TUSSMAN et J. TENBROEK, *loc. cit. supra*, note 40, 365-366; J. WOEHLING, “Entre la retenue judiciaire et l’activisme judiciaire: le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux”, (1975) 10 *R.J.T.* 514 et ss. Voir aussi dans une plus large perspective que les seuls droits fondamentaux: F. CHEVRETTE, “Le rôle de la Cour suprême et l’équilibre constitutionnel global des pouvoirs aux États-Unis”, (1977) 12 *R.J.T.* 341.

224. “To describe the new equal protection approach in a manner which suggests that its application is neutral and valueless is to ignore its reality in an attempt to objectify the work of the Court”. “The Equal Protection in Transition...”, voir *supra*, note 176, 637.

225. Cette Cour pousse en effet le principe de la suprématie parlementaire à un point tel qu’elle hésite encore à croire que le législateur ait pu vraiment se lier pour l’avenir

authentiquement législatif au pouvoir judiciaire est une arme à deux tranchants. Si une protection maximale est ainsi assurée à l'individu contre les "abus de démocratie" que constituent des politiques discriminatoires, en revanche on se trouve, ce qui est difficilement acceptable en régime démocratique, à permettre à un organe non élu, donc non responsable ni devant le peuple, ni devant le parlement, ni devant le gouvernement, de mettre en échec les mesures d'un autre organe, lequel possède pleinement cette légitimité que lui accorde le suffrage populaire. Cela nous paraît d'autant plus inquiétant que les juges ne jouent jamais qu'un rôle négatif²²⁶ en matière sociale — ils ne peuvent qu'empêcher une réforme — et que rien ne prouve qu'ils seront plus favorables à promouvoir le principe d'égalité que le législateur: dans le dur combat que se livrent aujourd'hui les droits à la liberté et à l'égalité, on peut redouter que les juges, hommes d'un âge certain, d'une appartenance sociale le plus souvent privilégiée et conservatrice, et formés dans une tradition juridique plus individualiste que sociale, se montrent moins ouverts que les élus en matière d'égalitarisme dans l'approche qu'ils auront des problèmes sociaux, politiques ou économiques. Cela, d'ailleurs, a été amplement démontré aux États-Unis où, à l'époque du "New Deal" du président Roosevelt, l'interventionnisme de la Cour suprême par la voie de la "Due Process Clause" du 14^e Amendement a eu pour effet de bloquer

en insérant dans la *Déclaration* une clause ayant pour but de la faire prévaloir sur toute loi qu'il a pu ou pourrait adopter à l'avenir. Sauf l'affaire *Drybones*, qui apparaît nettement comme un cas d'espèce, nous avons vu au chapitre précédent le caractère sacré qu'attache la Cour au principe de la suprématie de la loi, ou "rule of law". Elle donne à l'égalité devant la loi un sens tellement relatif que cela constitue une absence de contrôle de la législation, à toutes fins utiles. La *Déclaration*, quoiqu'en ait pu dire le juge Laskin dans l'affaire *Hogan c. La Reine*, (1975) 2 R.C.S. 594, à la p. 597 ou dans l'affaire *Miller et Cockriell c. La Reine*, (1977) 2 R.C.S. 680, à la p. 690, n'est un document ni constitutionnel ni quasi constitutionnel. À preuve la confirmation que la majorité des juges de la Cour suprême a donné dans cette dernière affaire *Miller*, de l'argumentation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en vertu de laquelle les articles 214 et 218 du Code Criminel, adoptés en 1973, l'emportaient sur la *Déclaration* puisque, selon les règles d'interprétation ordinaires, lesdits articles faisaient partie d'une loi spéciale et postérieure à une loi générale et antérieure que constitue la *Déclaration* et que, d'autre part, si le Parlement n'a pas utilisé la clause nonobstante pour adopter lesdits articles, c'est qu'il estimait que cette loi était conforme à la *Déclaration*! Voir sur cet arrêt: H. BRUN, "Fait la D.C.D.: l'arrêt Miller et la peine de mort", (1977) 18 C. de D. 567; K. LIPPEL, "In the Light of the Recent Supreme Court Judgment: Regina c. Miller & Cockriell!", (1977) 12 R.J.T. 355.

226. Sauf possiblement aux États-Unis où, comme l'expose F. CHEVRETTE, *loc. cit. supra*, note 223, 353, les tribunaux assument, pour des raisons qui leur sont propres, un rôle carrément législatif. Voir *infra*, note 604.

plusieurs mesures à portée sociale ou économique approuvées par le Congrès pour remédier alors aux graves problèmes qu'avait engendrés la Crise²²⁷. Cela a été également démontré en France dans deux importantes décisions du Conseil constitutionnel ayant porté sur la liberté d'association et sur le caractère soi-disant discriminatoire de certaines mesures fiscales²²⁸.

Et que dire de la récente affaire *Bakke*²²⁹, aux États-Unis, par laquelle un programme éminemment progressiste de l'Université de Californie, soutenu d'ailleurs par l'État, fut à toutes fins utiles réduit à néant parce qu'on y a remis en question non seulement la rationalité des moyens pris pour atteindre les fins visées, mais encore les moyens et les fins elles-mêmes. Ainsi le premier objectif de l'Université qui visait à réduire un déséquilibre numérique jouant historiquement au détriment de certaines minorités défavorisées à la faculté de médecine et dans la profession médicale²³⁰ a-t-il été rejeté par la Cour suprême qui a dû, pour ce faire, substituer son propre jugement de valeur à celui qu'avait porté l'Université dans l'élaboration de sa politique d'admission²³¹:

If petitioners purpose is to assure within its student body some special percentage of a particular group merely because of its race or ethnic origin, such a preferential purpose must be rejected not as

227. "(A) round 1899, the Court began to strike down legislation on the ground that it violated "substantive" due process. By incorporating an out-moded *laisser-faire* economic policy into the requirements of substantive due process, the Court invalidated many remedial statutes that were designed to regulate wages, prices and working conditions. With the onset of the depression, the Court by a slim majority continued to combine economic fundamentalism and due process of law to strike down both State and federal legislation that had been enacted to ameliorate the urgent conditions of the depression". J.F. SHAMAN, *loc. cit. supra*, note 176, 158; F. CHEVRETTE, *loc. cit. supra*, note 223, 346, fait cependant voir que si l'activisme judiciaire de la Cour suprême a eu des effets négatifs aux États-Unis jusque vers le milieu des années '30, cela lui a permis, vingt ans plus tard, de suppléer au pouvoir politique en matière de réforme sociale: "Mais ce sur quoi il faut surtout insister, c'est le fait que l'activisme de la "Warren Court" (...) a pris racine dans des domaines où le pouvoir politique (...) avait négligé d'agir depuis longtemps ou était incapable d'agir, étant dans bien des cas, un pouvoir "bloqué". Ces domaines furent au premier chef ceux de l'égalité raciale, du droit de vote et des garanties de procédure criminelle". On retrouve les arrêts auxquels fait référence l'auteur aux notes 167, 172 et 173.

228. Il s'agit des décisions du 16 juillet 1971 (liberté d'association) et du 27 décembre 1973 (taxation d'office) que rapporte et commente abondamment en ce sens J. WOEHRLING, *loc. cit. supra*, note 223, 528.

229. Voir *supra*, note 167.

230. *Id.*, 2757. Voir les quatre objectifs de l'Université, *supra*, note 206.

231. *Ibid.*

insubstantial but as facially invalid. Preferring members of any group for no reason other than race or ethnic origin is discrimination for its own sake.

Le dilemme est donc complet et semble *a priori* pratiquement insoluble: s'il y a contrôle de la valeur des objectifs ou même des moyens choisis par l'État pour les réaliser, il en résulte inéluctablement un danger d'arbitraire judiciaire; sans ce contrôle, le citoyen se retrouve sans aucune protection contre l'arbitraire législatif. Dans le cadre d'une telle conception relative de l'égalité, le choix des moyens de combattre la discrimination apparaît donc purement négatif: entre deux maux, il faut choisir le moindre.

Au Canada, cependant, notre régime de suprématie parlementaire permet de résoudre ce dilemme, mais paradoxalement, nous empêche de bénéficier des avantages de la solution apportée. Comme on le sait, en effet, le principe d'égalité ne fait pas partie en ce pays d'une Constitution se situant au-dessus de l'organe législatif. Dès lors, le Parlement peut inclure dans sa loi antidiscriminatoire une clause de préséance, comme dans la *Déclaration*, et s'il estime que le contrôle judiciaire d'une loi fut si rigoureux dans un cas d'espèce qu'il constitua à toutes fins utiles une usurpation du pouvoir législatif, il lui suffit de réadopter la loi déclarée sans effet parce que discriminatoire en précisant qu'elle s'applique "nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*". Par ailleurs, compte tenu des débats passionnés que peut soulever tant en Chambre que dans l'opinion publique une disposition expressément dérogoratoire à une déclaration de droits fondamentaux, une telle éventualité ne risque pas de surgir très souvent et encore, uniquement lorsque le judiciaire a fait une erreur d'interprétation flagrante en se montrant soit beaucoup trop libéral, soit excessivement conservateur. Dans un tel contexte, le judiciaire peut donc sans problème réel exercer un rôle législatif par un examen ou une réévaluation rigoureuse des mesures adoptées par le parlement, puisqu'en dernière analyse, celui-ci conserve toujours sa suprématie. Mais cela ne signifie pas automatiquement que le citoyen se retrouve sans protection vis-à-vis du pouvoir politique, car la force de l'opinion publique et l'opposition parlementaire exercent sur lui un contrôle naturel dont l'efficacité ne peut vraiment faire de doute en présence d'enjeux aussi importants. Bref, sur le plan théorique, ni l'arbitraire judiciaire, ni l'arbitraire législatif ne peuvent vraiment avoir libre cours au Canada²³².

232. "As a compromise between English parliamentary and American judicial supremacy in this field the Canadian position may turn out to be better than either":

Malheureusement, la théorie n'a reçu aucune application pratique au Canada. Les tribunaux estiment en effet, à tort ou à raison, que la notion même de "suprématie de la loi" ou de *rule of law* les empêche, sauf en matière constitutionnelle, et malgré qu'une disposition législative leur commande de le faire, d'exercer quelque contrôle sur le contenu de la loi qui équivaldrait de près ou de loin à du "judicial-legislating". Cela s'est traduit par l'adhésion à une conception d'abord formelle et ensuite matérielle mais des plus relatives de l'égalité avec la *Déclaration*, lesquelles rendent possible l'adoption des mesures législatives les plus carrément discriminatoires avec la bénédiction du pouvoir judiciaire comme le démontre à satiété la jurisprudence canadienne, et plus particulièrement la célèbre mais combien triste affaire *Lavell*²³³, en matière d'égalité formelle, et l'affaire *Bliss*²³⁴ avec une conception matérielle mais relative de l'égalité.

* * * *

L'expérience internationale, américaine et canadienne en matière de conceptions générales de l'égalité n'apporte pas, c'est le moins qu'on puisse dire, de solutions miracles au juriste québécois. Chacune des options présentées procède presque toujours, sauf pour ce qui est peut-être de la conception formelle de l'égalité, des intentions les plus généreuses. On cherche, tant du côté judiciaire que doctrinal, à donner au principe d'égalité la plus large interprétation possible. Pourtant, on se bute continuellement à toutes sortes d'embûches dont le moindre n'est pas le respect des autres droits fondamentaux et surtout, du plus traditionnel droit à la liberté.

Quoi qu'il en soit, il convient maintenant de nous tourner, dans une seconde Partie, vers l'étude de la *Charte* québécoise et de son principe d'égalité énoncé à l'article 10 afin de pouvoir dégager les principaux éléments qui nous permettront de situer les conceptions générales de l'égalité retenues par le législateur québécois.

LEDERMAN, "Concerning a Bill of Rights for Canada and Ontario", étude faite par l'Ontario Advisory Committee on Confederation, *Confederation Challenge*, (1967) 280-281, in G.A. BEAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 223, 713-714. Voir aussi: D.B. FOWLER, "The Canadian Bill of Rights — A Compromise Between Parliamentary and Judicial Supremacy", (1973) 21 *Am. J. of Comp. L.* 712.

233. Voir *supra*, note 57.

234. Voir *supra*, note 87.

SECONDE PARTIE

LA NORME ANTIDISCRIMINATOIRE DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Après avoir déclaré au deuxième paragraphe de son préambule que:

... tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi,

la *Charte des droits et libertés de la personne*²³⁵ énonce de façon plus articulée, dans l'une des dispositions de fond de son premier chapitre, soit l'article 10, le principe d'égalité suivant:

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Cette norme a été vraisemblablement calquée sur celle de l'article 1 a) de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*²³⁶ que la *Charte* a abrogée en entrant en vigueur^{236a}. En effet, cette disposition législative donnait de la discrimination la définition suivante:

a) "discrimination": toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de professions; (...)

Or, comme cette définition était elle-même une copie conforme²³⁷ de l'article 1.1 de la *Convention de l'O.I.T. concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession de 1958*²³⁸, l'influence du droit international dans la formulation du principe d'égalité ou de non-discrimination de la *Charte* ne fait évidemment aucun

235. Voir *supra*, note 1.

236. S.R.Q. 1964, c. 142.

236a. *Charte*, article 91.

237. Le motif d'opinion politique en moins.

238. Voir *supra*, p. 393.

doute. On s'aperçoit ainsi qu'avec l'article 10 de la *Charte*, comme en droit international, "... le principe d'égalité se concrétise dans la norme de non-discrimination, car c'est par l'application de cette dernière qu'on aboutit à la réalisation du principe d'égalité"²³⁹.

Il importe dès lors de dégager les éléments constitutifs de la discrimination. Nous avons vu, en effet, la confusion qui régnait autour du choix des conceptions générales de l'égalité. Cette confusion, croyons-nous, témoigne de l'imprécision dont souffre la notion de discrimination en jurisprudence comme en doctrine.

Les éléments essentiels d'une discrimination selon les termes mêmes de l'article 10 seraient les suivants: d'abord, une différence de traitement, soit une "distinction, exclusion ou préférence"; ensuite, un motif²⁴⁰ tel que la race, le sexe, etc.; et enfin, un droit ou liberté comme la liberté de religion ou d'association²⁴¹ ou encore un domaine d'activité protégé par la *Charte*, comme l'emploi²⁴² ou la publicité²⁴³. Il ne sera toutefois pas utile de retenir la différence de traitement en tant qu'élément distinct car, s'il va de soi qu'une discrimination ne peut désigner autre chose qu'une comparaison de traitement entre diverses personnes ou divers groupes de personnes, la notion de différence de traitement est en elle-même parfaitement neutre. Pour qu'une "distinction, exclusion ou préférence" soit une discrimination, il faut pouvoir identifier le motif sur lequel elle se fonde et le droit dans le cadre duquel elle se pratique.

Ainsi, dans un premier chapitre, examinerons-nous en quoi consiste un motif de discrimination, quels sont ceux que l'article 10 énumère par rapport aux autres lois canadiennes antidiscriminatoires, quelle est leur fonction compte tenu du caractère limitatif ou indicatif de leur énumération et enfin, lesquels des critères objectifs ou subjectifs doivent servir à déterminer leur présence dans un acte donné. Suivra ensuite dans un deuxième chapitre l'analyse du domaine de la discrimination. Nous aurons alors l'occasion de voir d'une part quels droits et libertés sont visés par la protection accordée par l'article 10 et, d'autre part, qui, des personnes physiques, morales ou des groupes, peut bénéficier de cette protection et à quelles conditions.

239. M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 31 et texte correspondant.

240. Sur le sens du mot "motif" et de l'expression "motif de discrimination", voir *infra*, p. 450.

241. *Charte*, art. 3.

242. *Id.*, arts 16 à 19.

243. *Id.*, art. 11.

Les deux premiers chapitres nous ayant permis de mieux circonscrire la notion de discrimination prohibée par le principe d'égalité de l'article 10, il deviendra dès lors vraiment possible dans un troisième et dernier chapitre de tenter de déterminer lesquelles des conceptions formelle ou matérielle de l'égalité d'une part, et absolue ou relative d'autre part, le législateur a implicitement ou explicitement préférées, pour quelles raisons et dans quelle mesure. Nous verrons en outre qui se trouve obligé de respecter le principe d'égalité.

Nous avons voulu adopter dans cette seconde partie la démarche la plus pragmatique possible. Ce faisant, la tâche du juriste comme du juge aux prises avec l'examen de la conformité d'un acte au principe d'égalité pourra, du moins l'espérons-nous, s'en trouver facilitée. Et si, bien sûr, notre analyse est surtout fondée sur les quelques décisions québécoises qui ont été rendues jusqu'à présent de même que sur la jurisprudence la plus pertinente au Canada et aux États-Unis, celle de droit international, étant donné la grande ressemblance des textes antidiscriminatoires de ce secteur avec la norme québécoise prendra ici, comme on pourra s'en rendre compte, une importance beaucoup plus considérable que dans la première Partie.

CHAPITRE I

LES MOTIFS DE DISCRIMINATION

Après avoir dégagé quelques traits généraux se rapportant à la notion même du motif de discrimination ainsi qu'à l'ampleur et au caractère limitatif de l'énumération contenue à l'article 10, nous tenterons de dégager les modes possibles de détermination du motif dans une perspective comparée.

SECTION I

TRAITS GÉNÉRAUX

Sous-section 1 — La notion de motif de discrimination

L'étude de la notion de motif de discrimination requiert d'abord une mise au point de nature terminologique. Par "motif", nous n'entendons pas ici les raisons, mobiles ou justifications de l'auteur d'une différence de traitement discriminatoire, mais ce sur quoi une discrimination peut être fondée. Le motif est donc l'équivalent du mot "*ground*" ou "*factor*" en anglais et non pas du mot "*motive*". Nous avons préféré le terme "motif" car, même s'il paraît source de confusion au départ, c'est celui qui emporte l'adhésion dans les

textes législatifs les plus récents: on le retrouve ainsi dans la seule loi canadienne qui en fait expressément mention²⁴⁴. D'aucuns utilisent le mot "critère" pour désigner le motif. Nous croyons, avec Bossuyt²⁴⁵, que ce terme est plus approprié pour indiquer les éléments nous permettant de conclure à une discrimination. À cet égard, il y a similitude de sens avec le terme anglais "criteria".

Cela étant dit, en quoi consiste exactement un motif de discrimination? Autrement dit, quand un motif de distinction devient-il discriminatoire et pourquoi? Un coup d'oeil sur les diverses normes antidiscriminatoires des lois canadiennes en matière de droits fondamentaux²⁴⁶ — y compris la *Charte* québécoise — nous aidera à apporter une plus juste réponse à cette question. Ainsi est-il possible d'y dénombrer une dizaine de types différents de motifs de discrimination²⁴⁷: 1) la race ou la couleur, 2) la religion ou les croyances, 3) l'origine ethnique ou nationale, 4) le sexe et l'orientation sexuelle, 5) l'origine ou la condition sociale, 6) les convictions politiques, 7) la langue, 8) l'âge, 9) l'état civil ou la situation de famille et 10) le handicap physique. Nous avons vu en outre, lors de l'étude du choix entre les conceptions formelle et matérielle de l'égalité sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*, que la jurisprudence avait accepté de considérer comme motifs de discrimination l'âge et la situation géographique, motifs non inclus dans l'article 1 de la *Déclaration*²⁴⁸.

Comme première observation, à la suite de notre petit examen législatif, on peut constater qu'un motif de discrimination désigne d'abord tout simplement une caractéristique propre à un individu. Contrairement à ce qui est parfois véhiculé²⁴⁹, il ne s'agit donc pas

244. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, voir *supra*, note 3, art. 3. Cet article traduit l'expression "prohibited grounds of discrimination" par "motifs de distinction illicite". Le mot discrimination nous paraissant parfaitement clair en français, nous n'avons pas cru bon de retenir l'expression "distinction illicite" du texte fédéral, d'autant plus que la *Charte* ne l'utilise pas, lui préférant plutôt le terme "discrimination".

245. *Op. cit. supra*, note 25, 41.

246. Voir *supra*, note 3.

247. Voir schéma I, *infra*, p. 456.

248. Voir *supra*, note 117 et texte correspondant.

249. J.C. SMITH, *loc. cit. supra*, note 40, 182-183, semble suggérer un sens restrictif au motif: "It is only a law which has one of its conditions a limitation solely in terms of a property determined at or by birth, which a person neither can choose nor change, which offends the principle of equality before the law". Voir aussi: *University of Saskatchewan c. Saskatchewan Human Rights Commission*, (1976) 3 W.W.R. 385, à la p. 389. Dans *R. c. Lavoie*, (1971) 16 D.L.R. (3d) 647, aux pp. 652-653 (B.C.Co.Ct.),

d'une caractéristique immuable, permanente ou innée. Il serait difficile de prétendre en effet que les convictions politiques, la religion, la langue ou l'état civil par exemple ne peuvent *jamais* faire l'objet de changement.

Toutefois, et c'est notre deuxième observation, le motif de discrimination consiste ici en une "caractéristique ou manifestation essentielle"^{249a} de la personne. Elle doit fortement imprégner la personnalité d'un individu, soit de façon inhérente (ex.: la race ou le sexe), soit par suite de l'exercice libre ou forcé d'un choix fondamental (ex.: la religion ou les convictions politiques).

Troisième et dernière observation, si le motif est un trait distinctif de la personne, celui-ci ne lui appartient pas en exclusivité. Au contraire, il relie l'individu à un groupe social dont les membres sont justement susceptibles d'être davantage victimes de discrimination en raison même du fait qu'ils partagent ce trait distinctif commun²⁵⁰. En d'autres termes, le motif de discrimination est une caractéristique à la fois personnelle et collective. Il distingue une personne des autres tout en la rattachant à un groupe, à une catégorie de personnes ou à une collectivité²⁵¹.

confirmé in 23 D.L.R. (3d) 364 (B.C.C.A.), le juge Schultz exprime l'avis que le statut de prostituée ne peut constituer un motif de discrimination car il n'est pas inné comme le sexe ou la race et qu'il s'acquiert volontairement. Dans une affaire québécoise, *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Racette*, voir *supra*, note 18, in (1977) C. de D. 183, le juge Vallerand est tenté de commettre la même erreur en disant en p. 185: "... il y a loin de cette mode vestimentaire (motif du port de la barbe) aux caractéristiques et manifestations essentielles et souvent immuables de la personne que sont la race, le sexe, la foi ou les allégeances politiques..."

249a. *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Racette*, voir note précédente.

250. Une importante et assez récente décision administrative de Colombie-Britannique, *Bremer c. Board of School Trustees*, (1977) B.I. 5-6, donne du motif la définition suivante: "... a collection of individuals bound by a differentiative characteristic which distinguishes members of the group from others in society (... and) which attracts to them prejudicial discriminatory conduct". Cette définition est d'ailleurs celle qu'on en donne généralement dans cette province, voir v.g.: *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, (1975) B.I.; *Human Rights Commission c. College of Physicians*, (1976) B.I.; *Oram c. Pho*, (1976) B.I.; *Jefferson c. Baldwin*, (1976) B.I.; *H.W. c. Kroff*, (1976) B.I. *Foster c. B.C. Forest Products*, (1979) B.I., confirmé in S.C. Vancouver, no A791119, 9 oct. 1979, 14 pp. (juge en chef); *Gawne c. Chapman*, (1979) B.I.; *Heerspink c. Insurance Corp. of B.C.*, voir *supra*, note 170a (B.C.C.A.).

251. Ce groupe de personnes peut être, sur le plan numérique, minoritaire ou majoritaire dans une juridiction donnée, cela importe peu. Ainsi par exemple, les femmes

Par conséquent, un tel motif de distinction devient discriminatoire parce qu'il résulterait d'une différence de traitement fondée sur lui, soit l'exclusion pure et simple ou la préférence d'une personne — et, nécessairement, de tout le groupe possédant le même attribut — à cause de ce qu'elle est, c'est-à-dire noire, femme, algérienne, chômeuse, etc., soit l'obligation de renoncer à certains de ses choix fondamentaux, comme sa religion, ses convictions politiques ou sa langue²⁵².

Comme par ailleurs, le motif de discrimination consiste en un attribut distinctif à la fois personnel et "catégoriel", cela implique qu'il est discriminatoire et interdit de catégoriser les gens à partir de généralisations dont le fondement repose sur un tel attribut ou un tel motif: le principe d'égalité exprimé sous la forme d'une norme de non-discrimination partout au Canada signifie dès lors au premier chef l'interdiction d'effectuer certains types de différences de traitement sur la base de préjugés ou de stéréotypes entretenus à l'endroit des membres de certains groupes^{252a}; il commande le droit strict, pour chaque personne, d'être évaluée uniquement à partir de critères pertinents, comme ses qualités et compétences propres, par opposition à des considérations impertinentes comme ses caractéristiques distinctives essentielles reconnues pour cette raison même par la loi ou la jurisprudence comme étant des motifs de discrimination²⁵³. En ce sens, exclure une jeune fille d'une équipe de hockey

sont-elles protégées dans la Charte contre la discrimination fondée sur le sexe alors qu'elles forment plus de la moitié de la population québécoise. Voir *infra*, p. 510.

252. La langue a en fait un caractère ambivalent: au sens restreint du terme, elle signifie la langue maternelle d'un individu, alors qu'au sens le plus large il s'agit de la langue d'usage ou de communication habituelle. À défaut de définition législative ou jurisprudentielle, il est fort intéressant de consulter *Le Petit Robert*, Paris, 1972, aux mots "langue", "francophone", "anglophone" et "bilingue" et de constater la confusion qui règne autour de ces notions. Au sens le plus restrictif, la langue n'est pas un "choix" de l'individu; on ne choisit pas en effet sa langue maternelle. Au sens large, cela devient un choix plus ou moins "fondamental" selon le cas. Du point de vue de la protection contre la discrimination, il ne fait aucun doute dans notre esprit qu'il faut opter pour la signification la plus large possible du motif de la langue. Nous verrons plus loin une autre application de l'option prise ici eu égard à la langue des personnes morales. Voir *infra*, note 431.
- 252a. Dans une décision de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, *Heerspink c. Insurance Corp. of B.C.*, voir *supra*, note 170a, à la page 525, on a mis en relief l'adéquation entre une généralisation et une discrimination en donnant de celle-ci la définition suivante: "Treatment or consideration of, or making a distinction in favour of or against, a person or thing based on the group, class or category to which that person or thing belongs rather than on individual merit."
253. Nous aurons l'occasion d'explicitier davantage la notion de pertinence du motif lors

parce que "les filles" sont "généralement" inférieures aux garçons constitue une généralisation ou catégorisation discriminatoire parce que fondée sur le sexe²⁵⁴. Refuser de louer un logement aux Indiens parce qu'"ils" ne sont pas des locataires responsables est une catégorisation du même genre, mais fondée sur la race²⁵⁵. Faire payer des primes d'assurances plus élevées aux hommes qu'aux femmes et aux célibataires qu'aux gens mariés constitue également une catégorisation prohibée, donc une discrimination, car ces politiques sont basées sur des statistiques qui, par définition, généralisent des situations individuelles à partir de motifs discriminatoires comme le sexe et l'état civil²⁵⁶.

de l'étude de l'article 20 de la *Charte*, voir *infra*, pp. 525 et ss. Nous verrons alors qu'il existe des cas d'exceptions à cette règle et qu'un motif de discrimination peut parfois être réputé non discriminatoire.

254. *Commission des droits de la personne c. Fédération québécoise de hockey sur glace*, voir *supra*, note 18, 1081 et ss. Voir aussi *Forbes c. Yarmouth Minor Hockey Association*, (1978) B.I. 27 pp. (N.-E.); *Bazso c. Ontario Rural Softball Association*, (1977) B.I. 24 pp. (Ont.) infirmé in (1979) 90 D.L.R. (3d) 574 (Div. Ct.), réinfirmé in (1979) 10 R.F.L. (2d) 97 (C.A.); *Cummings c. Ontario Minor Hockey Association*, (1977) B.I. 20 pp. (Ont.) infirmé in (1979) 90 D.L.R. (3d) 568 (Div. Ct.), réinfirmé in (1979) 10 R.F.L. (2d) 121 (C.A.). Ces deux dernières décisions furent infirmées tant en première instance judiciaire qu'en appel, mais sur d'autres motifs. Voir aussi au même effet, soit l'exclusion discriminatoire d'un candidat d'une équipe sportive, mais cette fois fondée sur la nationalité: *Bone c. Hamilton Tiger-Cats Football Club*, (1979) B.I. 74 pp. (Ont.). Dans ce cas, l'exclusion d'un candidat fut jugée discriminatoire parce que fondée sur le préjugé et la généralisation que "les Américains" sont de meilleurs joueurs de football que "les Canadiens", indépendamment de la valeur intrinsèque du candidat exclu.
255. Il existe une jurisprudence assez abondante sur les cas de refus de louer un logement fondé sur des catégorisations d'ordre racial, national ou ethnique, notamment: *Pate c. Wonnacott*, (1970) B.I. 22 pp. (N.-E.); *Tompkins c. Kiryliuk*, (1971) B.I. 20 pp. (Ont.); *Bird c. Gabel*, (1974) B.I. 9 pp. (Sask.); *Morgan c. Nodland*, (1974) B.I. 6 pp. (N.-E.); *Oxouzidis c. Chahal*, (1975) B.I. 8 pp. (C.-B.); *Maraj c. Kozlovac*, (1975) B.I. 4 pp. (Ont.); *Greyeyes c. Charneira*, (1975) B.I. 11 pp. (Sask.); *Kahn c. Pieschel*, (1974) B.I. 6 pp. (C.-B.); *Nelson c. Gubbins*, (1975) B.I. (C.-B.); *Jones c. Huber*, (1976) B.I. (Ont.); *Ali c. Such*, (1976) B.I. (Alb.); *Sam c. Tymchischin*, (1976) B.I. 24 pp. (C.-B.); *Lam c. McCaw*, (1977) B.I. 11 pp. (Ont.); *Jahn c. Johnstone*, (1977) B.I. 22 pp. (Ont.); *Lavallée c. Lloyd Realty Development*, (1977) B.I. 11 pp. (Sask.) infirmé in Q.B. Regina, no 100, 18 avril 1978, 21 pp. (j. Noble); *Norris c. Michalski*, (1977) B.I. 12 pp. (Sask.); *Nawagesic c. Crupi*, (1978) B.I. 16 pp. (Ont.); *Copenace c. West*, (1979) B.I. 20 pp. (Ont.); *Blake c. Loconte*, (1980) B.I. 32 pp. (Ont.). Même refus, mais fondé sur des stéréotypes sexistes: *Warren c. Cleland and Son*, (1975) B.I. 10 pp. (C.-B.).
256. Au Canada, le caractère discriminatoire des méthodes de fixation des taux de primes en assurance a été reconnu dans *Shandrowski c. Alberta Motor Association Insurance*, (1978) B.I. 28 pp., aux pp. 12-13. Le président du tribunal a d'ailleurs ajouté en page 15: "If a discrimination prohibited by law exists it is no less

Sous-section 2 — L'énumération des motifs de discrimination

L'énumération des motifs de discrimination de l'article 10 possède deux caractéristiques principales. D'une part, elle est plus élaborée que dans les normes similaires qu'on trouve ailleurs au Canada mais, d'autre part, il faut la considérer comme étant strictement limitative ou exhaustive.

1- L'ampleur de l'énumération

La *Charte des droits et libertés* mentionne douze motifs de discrimination. À ce seul chef de la quantité, elle est avant-gardiste par rapport aux textes de droits fondamentaux des autres provinces. En effet, si la race et la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, le sexe et l'état civil figurent dans toutes ces lois ou presque, la condition sociale et les convictions politiques ne sont des motifs prohibés que dans une minorité de juridictions²⁵⁷. En outre, le Québec a innové en incluant dans sa liste deux motifs qu'on ne retrouve pas ailleurs: la langue et l'orientation sexuelle²⁵⁸. En revanche, on n'y retrouve pas l'âge, motif de distinction pourtant déclaré discriminatoire dans toutes les autres lois canadiennes²⁵⁹. Cette lacune

a prohibited discrimination because it is supported by statistics". Aux États-Unis, la Cour suprême, dans l'affaire *City of Los Angeles c. Manhart*, (1978) 98 S.Ct. 1370, à la p. 1375, a déclaré discriminatoire un règlement de la ville de Los Angeles qui exigeait de ses employés féminins une contribution plus élevée au régime de retraite que de ses employés masculins. En réponse à l'argument de la ville selon lequel les femmes, "as a class", recevaient des prestations plus longtemps parce que statistiquement elles avaient une durée de vie plus longue que celle des hommes, le juge Stevens a précisé que le but d'une loi antidiscriminatoire (en l'occurrence l'art. 703 (a) (1) du *Civil Rights Act*, voir *supra*, note 21) était justement de protéger les individus contre de telles formes de différences de traitement dues à des généralisations fondées sur le sexe. Si ces décisions albertaine et américaine ne sont pas applicables au Québec en matière d'assurance de personnes en raison de l'article 97 de la *Charte*, elles y conservent toute leur pertinence en assurance de chose, par exemple l'assurance-automobile pour dommages matériels, puisque ce dernier type d'assurance n'est pas visé par l'exception de l'article 97.

257. Se reporter au schéma I de la page 456 pour l'ensemble de ce développement.

258. L'orientation sexuelle fut ajoutée à la liste des motifs discriminatoires de l'article 10 deux ans après l'adoption de la *Charte*, par L.Q. 1977, c. 6.

259. On entend généralement par le mot âge, l'état de la personne ayant entre 18 ou 19 et 65 ans (par exemple: Ile-du-Prince-Édouard, Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et Saskatchewan) ou encore entre 40 ou 45 et 65 ans (par exemple: Alberta, Colombie-Britannique, Nouvelle-Écosse, Ontario), et la discrimination fondée sur ce motif n'est interdite la plupart du temps que dans le secteur de l'emploi.

SCHÉMA I

L'énumération des motifs de discrimination dans les diverses lois canadiennes sur les droits de la personne

(*)	Motifs mentionnés	Q	O	M	S	A	C.	N.	L.	N.	T.	FÉD. (**)	
		U É.	N T.	A N.	A S K.	L B.	B.	B.	P. E.	E.	N.	1	2
11 11	Race Couleur	X X	X X	X X	X X	X X	X X	X X	X X	X X	X X	X X	X X
9 6	Religion (1) Croyance (2)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
3 7 5 6 5	Nationalité Origine nationale Ascendance (3) Origine ethnique Lieu d'origine	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
11 1	Sexe Orientation sexuelle	X X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
2 1 1 1 1	Origine sociale Condition sociale Source de revenus (4) État de personne grâciée Ex-condamné	X		X		X		X			X		X
5	Convictions politiques	X		X			X		X		X		
1	Langue	X											
10	Âge (5)		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
3 9	État civil (6) Situation de famille (7)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
7	Handicap physique	X		X	X			X	X	X			X
2	Sans motif raisonnable (8)			X			X						
Nombre de motifs mentionnés dans la province		12	9	14	11	9	11	10	11	10	11	10	

(*) Nombre de provinces, incluant le fédéral, mentionnant ce motif.

(**) Le législateur fédéral a adopté deux lois en matière de droits fondamentaux identifiées comme suit au schéma: 1. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, voir *supra*, note 3.
2. *Déclaration canadienne des droits*, voir *supra*, note 3.

(1) En anglais: religion, religious beliefs.

(2) Croyance ou confession; en anglais: creed.

(3) En anglais: ancestry.

(4) En anglais: Source of income.

(5) Voir note 259.

(6) En anglais: marital status.

(7) En anglais: family status.

(8) En anglais: unless reasonable cause, voir note 270.

assez surprenante a été maintes fois déplorée par la Commission des droits et libertés de la personne car les cas de discrimination fondés sur ce motif dans le secteur de l'emploi semblent se produire couramment au Québec²⁶⁰. Nous ne voyons, en effet, aucune raison valable pour ne pas compléter l'énumération déjà existante à l'article 10 en y ajoutant le motif de l'âge. Celui-ci constitue indiscutablement une caractéristique essentielle de l'individu qui le distingue des autres en le rattachant à une catégorie de personnes et qui le rend susceptible d'être victime de discrimination pour cette seule raison sans pertinence, *a priori*, avec l'exercice de quelque droit.

Au total, le principe d'égalité de la *Charte* québécoise se situe tout de même au premier rang au Canada tant par la quantité et la qualité des motifs de discrimination énumérés²⁶¹, que par le caractère d'application générale de ces derniers à l'ensemble des droits et domaines d'activité reconnus par la *Charte*²⁶². Au contraire, les autres lois provinciales²⁶³ n'interdisent l'utilisation de certains motifs de distinction qu'en regard de certains secteurs d'activité spécifiés. Ainsi, par exemple, la loi manitobaine²⁶⁴ paraît plus généreuse que la *Charte* québécoise. Il n'en est pourtant rien puis-

260. La Commission rappelle dans son dernier rapport annuel la recommandation qu'elle avait faite au gouvernement, dans ses rapports des deux années précédentes, de modifier l'article 10 de la *Charte*, afin d'y ajouter le motif de l'âge et d'ainsi protéger le public contre cette forme de discrimination courante et malheureusement autorisée dans l'état actuel de la loi. Voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 1978*, Éditeur officiel, p. 74, et *Rapport annuel 1976*, p. 21 où on propose ceci: "Quant à la définition de l'âge, il suffirait d'y référer en couvrant la période s'écoulant entre la majorité et la mort, sauf dans le secteur de l'emploi et du travail où cette période irait de la majorité à l'âge de la retraite normale".

À l'échelle canadienne, la fréquence élevée de pratiques discriminatoires fondées sur l'âge a été démontrée dans un sondage d'opinion mené par la Commission canadienne des droits de la personne en 1979. La discrimination expérimentée le plus souvent par les répondants avait en effet pour motif (par ordre décroissant): une situation sociale défavorisée (c.-à-d. la condition sociale), l'âge, le sexe, la langue, un handicap, la race ou la couleur et l'origine nationale ou ethnique. Voir *supra*, note 14a, p. 9.

261. *Contra*: W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 159, 676-677.

262. Le principe d'égalité de l'article 10 ne s'applique pas seulement aux domaines d'activité protégés aux articles 11 à 19, mais à l'ensemble des droits et libertés reconnus par la *Charte*, voir *infra*, pp. 485 et ss.

263. Sauf les lois de Terre-Neuve et de Nouvelle-Écosse, voir *supra*, note 3, qui ont, à l'instar de la *Charte* québécoise, une norme antidiscriminatoire d'application générale.

264. *Human Rights Act*, voir *supra*, note 3.

que les motifs de situation de famille ("*family status*"), de source de revenu ("*source of income*") et de convictions politiques ("*political belief*") ne figurent aucunement dans des domaines comme l'accès aux services publics²⁶⁵, l'achat d'une propriété²⁶⁶, les actes juridiques²⁶⁷, l'emploi²⁶⁸ et le logement²⁶⁹. Quant à la clause²⁷⁰ semblant donner un caractère non exhaustif à l'énumération des motifs de discrimination, elle n'est pas générale non plus: elle ne s'applique que dans l'accès aux services publics et le logement²⁷¹, alors que dans la loi de Colombie-Britannique, la portée de cette clause se limite à l'emploi et aux services publics²⁷².

2- Le caractère limitatif de l'énumération

Le principe d'égalité énoncé sous la forme d'une norme anti-discriminatoire à l'article 10 de la *Charte* québécoise présente une énumération limitative de motifs de discrimination. Au moins trois raisons nous permettent de soutenir cette affirmation.

Primo, en vertu de la règle d'interprétation de *common law* "*expressio unius est exclusio alterius*", il nous faut présumer qu'en mentionnant un certain nombre précis de motifs, le législateur a

265. *Id.*, article 3 (2).

266. *Id.*, article 5.

267. *Id.*, article 7.

268. *Id.*, article 6: seul le motif "*source of income*" n'y est pas mentionné.

269. *Id.*, article 4 (2): seul le motif "*political belief*" n'y est pas mentionné.

270. Il s'agit d'une nouvelle façon de formuler une norme de non-discrimination qu'ont adoptée le Manitoba et la Colombie-Britannique pour certains secteurs. L'article 3 (1) de la loi manitobaine en est un exemple type, il se lit comme suit:

(1) No person shall deny to any person or class of persons any accommodation... unless reasonable cause exists for the denial or discrimination.

(2) For the purpose of subsection (1), the race, nationality, religion, colour, sex, age, marital status, or ethnic or national origin of a person does not constitute reasonable cause.

271. *Id.*, articles 3 et 4.

272. *Human Rights Code of B.C.*, voir *supra*, note 3, articles 3 et 8. Sur le caractère non exhaustif des motifs énumérés en raison de l'introduction de la notion de "*reasonable cause*", voir W. BLACK, "The Human Rights Code of British Columbia", (1978) 36 *Advocate* 203, à la p. 205 et les décisions suivantes: *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, (1975) B.I.; *H.W. c. Kroff*, (1976) B.I.; *Jefferson c. Baldwin*, (1976) B.I.; *Re Burns and United Association of Journeyman*, (1978) 82 D.L.R. (3d) 488 (B.C.S.C.); *Gibbs c. Bowman*, (1978) B.I.; *Foster c. B.C. Forest Products*, (1979) B.I. Certaines de ces décisions firent l'objet d'un appel, mais sur d'autres points de droit.

voulu exclure tout autre motif possible²⁷³. Cela a été confirmé en jurisprudence québécoise²⁷⁴ de même qu'en Cour suprême²⁷⁵ dans le contexte de la *Charte* ontarienne²⁷⁶, laquelle possède toutefois une norme antidiscriminatoire assez différente de la nôtre^{276a}.

Secundo, le législateur québécois a lui-même apporté de l'eau au moulin de la thèse limitative en modifiant l'article 10 à deux reprises depuis l'adoption de la *Charte*, afin d'y ajouter les motifs de l'orientation sexuelle²⁷⁷ et du handicap physique²⁷⁸. Il lui aurait évidemment été superflu de le faire si l'énumération n'était qu'indicative.

Tertio, l'absence d'une clause générale d'"égalité devant la loi" doit finalement nous faire pencher en faveur du caractère limitatif de l'énumération. En effet, nous avons vu²⁷⁹, dans la *Déclaration canadienne des droits*²⁸⁰, que la corrélation entre une norme antidiscriminatoire spécifique et une autre générale d'égalité devant la loi avait amené les tribunaux et les auteurs à faire primer la seconde sur

273. E.A. DRIEDGER, *op. cit. supra*, note 162, 95. C'est sans doute en ayant cette règle d'interprétation à l'esprit que plusieurs organismes, dont le Barreau et La Ligue des droits et libertés, ont proposé l'ajout du mot "notamment" avant l'énumération" des motifs, lors des audiences de la Commission permanente de la Justice portant sur l'étude du projet de Charte, voir (1975) 4 *Journal des débats*, B-176, et 6 *Journal des débats*, B-304. Il faut d'ailleurs noter les contradictions du Ministre Jérôme Choquette, alors parrain du projet de Charte, qui commença par dire que la liste des motifs était limitative, voir 153 *Journal des débats*, B-5016, pour affirmer un moment plus tard qu'elle était non exhaustive, *id.*, B-5019-20, et finalement conclure qu'elle était en fait limitative et non exhaustive, *id.*, B-5024; contradictions que ne manqua pas de soulever le chef de l'Opposition officielle, M. Jacques-Yvan Morin, *id.*, B-5025.

274. *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Racette*, à la p. 184 et *Commission des droits de la personne c. Centre hospitalier Saint-Vincent-de-Paul*, à la p. 4. Voir *supra*, note 18. Voir aussi en doctrine: B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, aux pp. 648-649; A. MOREL, *loc. cit.*, *supra*, note 19, à la p. 181.

275. *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, (1971) R.C.S. 756 (M. le juge Martland): "This summary of the provisions contained in Part I of the Act shows that its purpose is to seek to prevent certain kinds of discrimination in respect of specific fields". Voir au même effet concernant l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta: *Re Dickinson and Law Society of Alberta*, (1978) 84 D.L.R. (3d) 189 (Alb. S.C.).

276. *The Ontario Human Rights Code*, voir *supra*, note 3.

276a. Voir le texte de cette norme en matière de services et de lieux publics, *supra*, p. 392.

277. Voir *supra*, note 258.

278. Par la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7, entrée en vigueur le 2 avril 1979.

279. Voir *supra*, pp. 413 et ss.

280. Voir *supra*, note 3.

la première. Cela permet ensuite d'affirmer la généralité de la norme d'égalité devant la loi en ne la restreignant pas aux seuls motifs de discrimination énumérés dans la norme spécifique. Cette corrélation n'existant pas dans la *Charte*, l'interprétation donnée à l'article 1 b) de la *Déclaration* ne peut donc valoir dans le cas de l'article 10²⁸¹.

La démonstration du caractère limitatif (ou exhaustif) de l'énumération des motifs discriminatoires de l'article 10 s'imposait car l'importance du motif varie largement selon le caractère limitatif ou indicatif d'une telle énumération. Dans le premier cas, l'étape de la détermination du véritable motif de distinction s'avère capitale puisqu'une exclusion ou préférence fondée sur tout autre motif non mentionné, comme l'âge, ne connaît aucun interdit. Il en va tout autrement dans le cas d'une norme générale d'égalité non suivie d'une énumération comme l'*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement de la Constitution américaine. Dès lors, la recherche du vrai motif de distinction apparaît d'une importance toute relative, puisque l'utilisation de n'importe quel motif peut amener un tribunal à déclarer une différence de traitement discriminatoire ou encore contraire au principe d'égalité²⁸². De même en est-il lorsque cette norme générale d'égalité s'accompagne d'une énumération purement indicative de motifs, comme dans la *Déclaration canadienne des droits*²⁸³. Cela explique d'ailleurs en grande partie

281. Le premier projet de *Charte*, P.L. 50 (1^{re} Lecture), 2^e session, 30^e Législature, présenté en 1974, contenait une clause d'égalité générale formulée comme suit: "toutes les personnes sont égales devant la loi". Cet article fut supprimé avec le dépôt d'un nouveau projet de *Charte* à la session suivante, P.L. 50 (réimpression, 1^{ère} Lecture), 3^e session, 30^e Législature, soit au début de 1975. Les explications qu'a données M. Jérôme Choquette, alors parrain de ce projet de loi, pour justifier la suppression de cette disposition, nous laissent croire que le gouvernement avait décelé l'effet élargissant sur l'énumération des motifs que pouvait avoir l'inclusion d'une clause générale d'égalité qui, dans la *Charte*, aurait été nécessairement reliée à la norme antidiscriminatoire spécifique. Voir (1975) 153 *Journal des Débats*, B-5000.

282. Nous avons vu cependant que la Cour suprême des États-Unis a fait des distinctions majeures entre les motifs, sous le régime de l'*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement. Elle a ainsi interdit l'utilisation de certains d'entre eux, comme la race, la couleur, l'origine nationale, de façon pratiquement absolue en les faisant jouir d'une présomption presque *juris et de jure* de discrimination. Voir *supra*, pp. 435 à 439.

283. On peut penser, comme J. WOEHRLING, *loc. cit. supra*, note 223, 525, note 79, que les motifs apparaissant dans une énumération indicative entraînent une présomption de discrimination plus ou moins forte contre l'utilisateur d'un tel motif énuméré. Car, selon lui, c'est parce qu'il existe une "moralité sociale" attribuant à ces motifs de distinction une valeur négative *a priori* qu'ils ont été énumérés. Pour ce qui est de la *Déclaration canadienne des droits*, il renvoie à l'opinion du Juge

pourquoi la jurisprudence sur la *Déclaration* est inintéressante en ce qui concerne la question du motif et de ses modes de détermination.

Ainsi donc, le premier effet du caractère limitatif d'une énumération est de faire du motif un élément-clé d'une discrimination. Pour cette raison même, nous consacrerons la prochaine section à l'étude des critères devant nous guider dans le choix du mode de détermination du motif ayant servi de fondement à une différence de traitement donnée.

L'établissement du caractère limitatif ou indicatif d'une énumération de motifs discriminatoires revêt également une importance considérable eu égard au choix à faire entre les conceptions absolue et relative de l'égalité. On sait que certaines distinctions de traitement sont parfois essentielles. Le législateur ne peut être contraint, au nom de l'égalité, à n'édicter que des normes de portée générale²⁸⁴. Or, dans le cas d'une norme de non-discrimination présentant une énumération purement indicative de motifs, la question suivante surgit inévitablement: lesquels, parmi tous les motifs possibles, mentionnés ou non dans la norme, sont légitimes et lesquels sont discriminatoires? D'où l'acception très relative du principe d'égalité. Si, au contraire, l'énumération des motifs d'une norme anti-discriminatoire est limitative, la problématique que nous venons d'évoquer disparaît d'elle-même. On n'a plus à se demander quels motifs sont discriminatoires et lesquels ne le sont pas puisque le législateur les a lui-même clairement identifiés, se réservant par ailleurs la possibilité d'opérer des distinctions de traitement fondées sur tout autre motif non mentionné. D'où l'acception absolue du principe d'égalité.

La question complexe du choix entre les conceptions relative et absolue de l'égalité et les divers facteurs servant à orienter ce choix fera toutefois l'objet d'un développement distinct²⁸⁵. Pour l'instant, retenons que le caractère limitatif de l'énumération de l'article 10

Laskin dans l'affaire *Lavell*, voir *supra*, note 57, pour étayer son propos (il voulait sans doute renvoyer à celle du juge Ritchie comme nous l'avons déjà vu, voir *supra*, pp. 35-36 et note 115.) En pratique, cependant, la jurisprudence ultérieure démontre très clairement que, tant en Cour suprême qu'au niveau des tribunaux judiciaires en général, les motifs énumérés dans l'article 1 de la *Déclaration* n'ont jamais fait l'objet d'un traitement différent des autres. Dans le cas d'une énumération limitative comme celle de l'article 10 de la *Charte*, l'idée d'une possible "morale sociale" pour expliquer la présence de certains motifs et l'exclusion d'autres nous paraît toutefois des plus valables.

284. Voir *supra*, p. 397.

285. Voir *infra*, chapitre III, section 2.

rend absolument cruciale l'étape de la détermination du véritable motif d'une distinction, étape sur laquelle nous allons maintenant nous pencher.

SECTION 2

LES MODES DE DÉTERMINATION DU MOTIF DE DISCRIMINATION

Deux critères opposés ont jusqu'à ce jour servi en jurisprudence pour déterminer le motif de discrimination ou, en d'autres termes, le fondement d'une différence de traitement discriminatoire: le critère subjectif de l'intention discriminatoire de son auteur et le critère objectif de l'effet concret ou encore des conséquences réelles d'un acte donné.

Si les tribunaux canadiens exigent généralement l'intention discriminatoire pour conclure à l'inégalité, ils ont tout de même conservé l'élément factuel de l'acte discriminatoire, c'est-à-dire de la différence de traitement fondée sur un motif de discrimination. On ne juge pas encore les gens en ce pays, fort heureusement, pour leurs seules intentions si elles ne prennent pas forme dans la réalité vécue. Quant aux tribunaux américains et à la Cour européenne des droits de l'Homme qui estiment qu'en certaines circonstances, seul l'effet concret d'une pratique donnée doit être pris en considération, cela implique nécessairement l'exclusion de l'intention comme critère d'analyse pertinent.

Les tribunaux québécois n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question^{285 a}. Une simple exégèse de notre article 10 semble de prime abord nous conduire vers l'utilisation d'un critère objectif pour déterminer le fondement d'une distinction. Effectivement, cet article définit la discrimination comme étant une distinction, exclusion ou préférence qui a pour EFFET de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité de traitement tant dans la reconnaissance que dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la *Charte*. Le choix du mode de détermination du motif sous l'empire du principe d'égalité énoncé à l'article 10 entraîne toutefois des conséquences fort importantes qu'il faut connaître et soupeser avant de poursuivre quelque argumentation à ce sujet. Seul un examen sommaire de la pratique extérieure au Québec pourra nous révéler les principaux avantages et inconvénients reliés à chacune des options en jeu.

285a. Sauf une décision récente dont nous discuterons plus loin, voir *infra*, pp. 479-480.

Mais avant d'aller plus loin, il nous faut dissiper une ambiguïté trop souvent présente en jurisprudence concernant la notion d'"intention discriminatoire"^{285b}. L'élément intentionnel dont nous parlerons au cours de cette seconde section, c'est celui qui consiste à exiger de la victime d'une discrimination qu'elle fasse la preuve qu'une personne l'a traitée différemment des autres tout en étant parfaitement consciente que le fondement de sa distinction était bel et bien un motif discriminatoire. En d'autres termes, il s'agira de se demander si l'auteur d'un acte donné a cherché sciemment ou volontairement à exclure ou préférer une personne — ou un groupe de personnes — parce qu'elle est de telle race, de tel sexe ou de telle langue par exemple. Le critère de l'intention discriminatoire comme mode de détermination du motif doit donc être clairement dissocié de celui de l'intention en tant que justifications d'une différence de traitement, laquelle se traduit alors par les raisons, mobiles ou objectifs non discriminatoires d'une personne.

En pratique, cela signifie que dans la mesure où la preuve de l'intention d'utiliser un motif discriminatoire sera exigée, il faudra conclure à non-discrimination lorsqu'elle fait défaut. Si, au contraire, cette preuve s'avère prépondérante, mais que l'auteur de la distinction fournit d'autres raisons, soit les autres "intentions" non discriminatoires qui l'auraient amené à pratiquer une distinction de traitement, il faudra suivre la double démarche suivante (évitant ainsi de commettre l'erreur jurisprudentielle courante de conclure immédiatement à non-discrimination). On établira plutôt, en un premier temps, qu'il y a effectivement eu discrimination, c'est-à-dire une différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire. Ce n'est que dans un deuxième temps, et seulement si cette preuve est admissible, compte tenu du choix du législateur entre les conceptions absolue et relative de l'égalité, qu'on pourra déterminer si la distinction contestée doit être "réputée non discriminatoire" parce que valablement justifiée.

Cela étant bien compris, il est maintenant possible d'analyser brièvement la jurisprudence canadienne et étrangère quant à l'utilisation qu'on y a faite des critères de détermination du motif pour en vérifier ensuite les possibilités d'application dans la *Charte* québécoise.

285b. Cette confusion, entretenue par la jurisprudence administrative canadienne, provient en grande partie de l'ambiguïté inhérente au terme *motive* en anglais qui peut signifier à la fois l'intention discriminatoire et les justifications non discriminatoires d'un individu.

Sous-section 1 — La pratique extérieure au Québec

1- Au Canada

Tous les auteurs²⁸⁶ s'accordent au Canada pour exclure l'intention comme critère pertinent de détermination du motif de discrimination. Force nous est pourtant de constater que la jurisprudence tant administrative que judiciaire sur les différentes lois canadiennes l'exige encore de façon générale²⁸⁷. Cette attitude assez soutenue semble d'ailleurs s'expliquer par le fait que la norme antidiscriminatoire classique en droit provincial fait précéder l'énumération des motifs de discrimination de l'expression "because of", laquelle paraît renvoyer, au-delà de la seule conduite et de ses effets à l'état d'esprit de l'acteur²⁸⁸.

-
286. W. BLACK, "Proof of Motive in Human Rights Complaints: Is Motive Malevolent?", (non rapporté), 16 pp.; W. BLACK, "From Intent to Effects; New Standards in Human Rights Cases", (1980) *C.H.R.R. C/1*; I.A. HUNTER, *loc. cit. supra*, note 157, 30-31; E.S. LENNON, "Sex Discrimination in Employment: The Nova Scotia Human Rights Act", (1975) 2 *Dalhousie L. J.* 593, à la p. 613; W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 19, 679.
287. *V.g.*: *Bintner c. Regina Public School Board*, (1966) 55 D.L.R. (3d) 648 (Sask. C.A.); *Britnell c. Michael Brent Personnel Services*, (1968) B.I. 3-4 (Ont.); *Plante c. Metro Supper Club*, voir *supra*, note 157, 6 (Ont.); *Matthew c. Seven City Development*, (1973) B.I. 3 (Ont.); *Kenedy c. Mohawk College*, (1973) B.I. 4 (Ont.); *Shack c. London Drive-Ur-Self*, voir *supra*, note 157, 12 (Ont.); *Prince Albert Pulp c. Turner*, (1974) Q.B. 17 (Sask.), jugement non rapporté; *Segrave c. Zeller's*, voir *supra*, note 157, 7 (Ont.); *Oxouzidis c. Chahal*, (1975) B.I. 5 (C.-B.); *Sinclair c. Kostuk*, (1975) B.I. 6 (Sask.); *Payne c. Sheraton Summit Hotel*, voir *supra*, note 146, 2 (Alb.); *Naugler c. N.B. Liquor Corporation*, voir *supra*, note 157, 13 (N.-B.); *McBean c. Village of Plaster Rock*, voir *supra*, note 157, 4 (N.-B.); *Rajput c. Algoma University College*, (1976) B.I. 22 (Ont.); *Wilkinson c. Huber*, voir *supra*, note 157, 4 (Ont.); *H.W. c. Kroff*, voir *supra*, note 250, 4 (C.-B.); *Bazso c. Ontario Rural Softball Association*, (1977) B.I. 10 (Ont.); *Hawkes c. Brown's*, voir *supra*, note 157, 15 (Ont.); *Lam c. McCaw*, (1977) B.I. 5 (Ont.); *Nawagesic c. Crupi*, (1978) B.I. 19 (Ont.); *Dunlop c. Calvary Temple*, (1978) B.I. 8-9 (N.-B.); *Gadowski c. School Committee of the County of Two Hills*, voir *supra*, note 149, 8-9 (Alb.); *Lott c. The Queen*, (1979) B.I. 10 (Sask.); *Doucette c. Aberdeen Motel*, (1980) B.I. 10 pp. (N.-E.); *Tootoosis c. United Enterprises*, (1979) B.I. 11, 14 (Sask.).
288. "The most widely used wording prohibits a denial or discrimination "because of the race... of that person" or "because of race..." These sections are clearly consistent with a requirement of conscious motive..."; W. BLACK, *loc. cit. supra*, note 286, 12. D'autres formulations sont utilisées en droit canadien, comme "no person shall discriminate against any individual... in relation to race" (S.P.E.I. 1975, c. 72, arts 2 à 10), "on the basis of race..." (L.R.N.B. 1973, c. H-11, art. 3 (5); S.M. 1974, c. 65, arts 7 et 8; S.P.E.I. art. 7), "regardless of race..." (C.S.N.S. 1979, c. H-24, art. 3), "by reason of race" (R.S.N. 1970, c. 262, arts 7 et 8; S.A. 1972, c. 1, art. 1; S.R.C. 1970, app. III, art. 1). La jurisprudence majoritaire nous indique tout de même la nécessité du recours au critère intentionnel sous ces multiples libellés. Le Manitoba (S.M. 1974, c. 65, arts 3 et 4) et la Colombie-Britannique (S.B.C. 1973 (2nd session), c. 119, arts 3, 8 et 9) possèdent une norme particulière dont nous avons donné un

Parallèlement à cette position majoritaire émerge toutefois, et de plus en plus, une tendance nouvelle²⁸⁹ au sein des tribunaux judiciaires et administratifs. Celle-ci veut éliminer tout critère subjectif pour ne considérer que les effets concrets et objectivement vérifiables d'une mesure donnée. C'est une affaire ontarienne, soit *Singh c. Security and Investigation Services*²⁹⁰, qui a le plus contribué à donner vie à ce mode de détermination du motif de discrimination. Elle fut en effet la première à l'utiliser tout en étayant vraiment les raisons de son choix. Comme les décisions rendues ultérieurement dans le même sens se contentèrent d'entériner la démarche adoptée dans cette affaire, elle mérite qu'on s'y arrête brièvement.

Il s'est agi en l'espèce du cas d'un employeur, une compagnie offrant les services de gardiens de sécurité, qui refusa d'embaucher

exemple, voir *supra*, à la note 270. Cette norme sera étudiée plus loin, voir *infra*, chap. III, puisqu'elle fait appel aux justifications d'une différence de traitement. Quant au fondement de celle-ci, on ne perçoit aucun changement par rapport aux autres provinces.

Il en va toutefois autrement en matière de parité salariale entre les hommes et les femmes dans l'emploi, car dans toutes les lois canadiennes, une norme particulière s'y trouve formulée en des termes qui excluent clairement tout recours à quelque intention discriminatoire. Ex.: "No employer shall employ a female... at a rate of pay that is less than the rate of pay at which a male is employed" (S.A. 1972, c. 2, art. 5). Voir: *Re A.G. for Alberta and Gares*, (1976) 67 D.L.R. (3d) 635 (Alb. Q.B.); *Human Rights Commission c. Board of Yorkton Regional High School*, (1976) B.I. 5-6 (Sask.) confirmé in Q.B. Regina, no 195, résumé in (1976) W.W.D. 149; *Re Foothills Provincial General Hospital*, (1977) B.I. 39-51 (Alb.); *In re Simpsons-Sears*, (1977) B.I. 15-17 (Sask.) confirmé in Q.B. Regina, no 207, 3 août 1977 (J. MacDonald); *Re Davies*, (1977) B.I. (C.-B.); *Kurenda c. Russelsteel*, (1978) B.I. 20 (Sask.), confirmé sur le droit (mais infirmé sur les faits) in Q.B. Saskatoon, no 45, 4 mai 1979, 21 pp. (J. Sirois), 20; *In Re My Lipton*, (1979) B.I. 9 pp. (Alb.).

289. *Hayes c. Central Hydraulic*, voir *supra*, note 157, 5 (Alb.); *Tharp c. Lornex Mining*, voir *supra*, note 139, 11 (C.-B.); *Human Rights Commission c. College of Physicians*, voir *supra*, note 250, 8 (C.-B.); *Singer c. Iwasyk and Pennywise*, (1976) B.I. (Sask.), infirmé in (1978) 87 D.L.R. (3d) 289 (C.A.) mais sur d'autres questions; *Jahn c. Johnstone*, voir *supra*, note 150, 12 (Ont.); *Singh c. Security and Investigation Services*, (1977) B.I. 19, 35 (Ont.); *Bremer c. Board of School Trustees*, *supra*, note 250, 12-13 (C.-B.); *Beattie c. Governors of Acadia*, (1977) 72 D.L.R. (3d) 318 (N.S.C.A.); *Froese c. Pine Creek School Division*, (1978) B.I. 30-31, 50-52 (Man.); *Shandrowski c. Alberta Motor Association Insurance*, voir *supra*, note 256, 7, 15-16 (Alb.); *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police*, (1979) 44-53, 89 (Ont.); *Commission canadienne des droits de la personne c. Western Guard Party*, (1979) Trif. Droits Pers. 36; *Foster c. B.C. Forest Products*, voir *supra*, note 250, 27-28; *Grafe c. Schelt Building Supplies*, (1979) B.I. 17 (C.-B.); *Bone c. Hamilton Tiger-Cats Football Club*, voir *supra*, note 254, 9-15; *Snyker c. Fort Frances-Rainy River Board of Education*, (1979) B.I. 14 pp. (Ont.). *Foreman c. Via Rail Canada*, (1980) Trib. Droits Pers. 24.

290. Voir note précédente.

un candidat parce qu'il ne pouvait se conformer aux exigences de l'emploi, lesquelles consistaient au port d'un costume comprenant habit et casquette ainsi qu'à l'obligation de se couper la barbe. La religion — "sikh" — du postulant lui interdisait en effet de se raser et l'obligeait à se couvrir la tête d'un turban en permanence. Il fut en outre clairement établi que la compagnie n'avait jamais eu la moindre intention discriminatoire fondée sur la religion lorsqu'elle édicta ses politiques concernant les exigences vestimentaires de ses employés. Elle croyait simplement qu'il lui serait plus facile d'attirer la clientèle de cette façon²⁹¹. Néanmoins, le "Board of Inquiry" n'a pas hésité à conclure à discrimination fondée sur la religion car, au plan du résultat brut, un individu et, par le fait même, tout un groupe placé dans la même situation, se voyaient exclus d'un emploi à cause de leurs croyances religieuses²⁹².

Par ailleurs, cette décision a mis en relief les principales difficultés de l'exigence d'une intention discriminatoire pour déterminer le fondement d'une différence de traitement. D'abord, le fardeau souvent insurmontable que représente pour la victime la preuve d'un élément subjectif: l'intention discriminatoire ne ressort pas toujours du comportement extérieur d'un individu, et encore moins lorsqu'il s'agit d'une personne morale²⁹³. En second lieu, le rapport intention-exercice d'un droit fondamental: le tribunal a en effet insisté sur le fait qu'exiger une preuve aussi difficile que celle de l'intention discriminatoire avait pour effet concret de reconnaître à un individu un droit mais, du même coup, de lui en nier le libre exercice²⁹⁴. (En l'espèce cette donnée du problème apparaît clairement: la compagnie refuse au candidat de le prendre à son service à moins qu'il ne renonce aux préceptes de sa religion, ou, en d'autres termes, à l'exercice de sa religion). Enfin, cette décision nous fait voir comment le recours à un critère subjectif comme l'intention, à l'étape de l'identification du motif d'une distinction, rend la loi inefficace dans les très nombreux cas de discrimination "indirecte" ou "inconsciente"²⁹⁵. Il s'agit ici de pratiques inoffensives à première vue, parce qu'apparemment basées sur des motifs de distinction "neutres" ou non discriminatoires, mais dont les conséquences réelles n'en révèlent pas moins un traitement distinct fondé sur l'un des motifs qualifiés par la loi de discriminatoires.

291. *Id.*, 14.

292. *Id.*, 15.

293. *Id.*, 20.

294. *Id.*, 19.

295. *Id.*, 14 à 16.

La solution proposée dans cette décision consiste donc à rechercher le véritable motif de distinction au-delà des apparences et à se demander si, dans les faits, une certaine pratique *a priori* non discriminatoire conduit au résultat concret de traiter différemment des autres une ou des personnes en raison de leur appartenance à un groupe (racial, sexuel, etc.) protégé par la loi. Tarnopolsky résume bien cette idée, à laquelle nous adhérons d'emblée, lorsqu'il affirme²⁹⁶:

... bien que les motifs et les intentions qui font agir les individus intéressent les droits de l'homme, les législations en la matière prohibent l'acte matériel et non ses motifs ou intentions. Il peut même arriver, dans certains cas, que des actes soient contraires à la législation concernant les droits de l'homme en l'absence de toute intention discriminatoire: il suffit que l'effet soit discriminatoire.

Pendant, telle n'est pas, comme nous l'avons dit, la solution généralement adoptée en jurisprudence canadienne. Les tribunaux ont plutôt jugé bon de conserver l'élément subjectif de l'intention, mais en réduisant son exigence au minimum: même si un employeur par exemple invoque qu'il avait d'autres intentions non discriminatoires lorsqu'il a pratiqué une différence de traitement, il suffira pour le tribunal que l'une d'elles ait été un motif de discrimination pour conclure à exclusion ou préférence fondée sur ce motif-là²⁹⁷.

296. *Loc. cit. supra*, note 19, 679.

297. *Plante c. Metro Supper Club; Shack c. London Drive-Ur-Self; McBean c. Village of Plaster Rock; Sinclair c. Kostuk; Segrave c. Zeller's; H.W. c. Kroff; Naugler c. N.-B. Liquor Corporation; Wilkinson c. Huber; Hawkes c. Brown's; Nawagesic c. Crupi; Gadowsky c. School Committee of the County of Two Hills; Dunlop c. Calvary Temple*: voir *supra*, note 287; *Copenace c. West*, voir *supra*, note 255. La plupart de ces décisions se sont directement inspirées d'une affaire ontarienne en droit du travail, *R. c. Bushnell*, (1973) 1 O.R. (2d) 442 confirmé en appel *in* (1974) 4 O.R. (2d) 288, dans laquelle on a dit, s'agissant de l'interprétation de l'art. 110 (3) du Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, qu'il suffisait que le motif de discrimination "was present in the mind of the employer in his decision to dismiss, either as the main reason or incidental to it, or as one of many reasons regardless of priority..." (1re instance, p. 447), pour conclure à exclusion fondée sur ce motif. L'art. 110 (3) interdit en effet à un employeur de refuser d'embaucher un individu parce que ("*because*") ce dernier est membre d'un syndicat accrédité. Voir cependant *Rajput c. Algoma University College, Jam c. McCaw et Lott c. The Queen*, *supra*, note 287. On a déclaré dans ces décisions qu'il fallait plutôt se demander quelle était la raison principale, le motif déterminant de la différence de traitement et que, par conséquent, celle-ci ne pouvait être fondée sur un motif de discrimination si ce motif n'en était pas la "primary or substantial reason". Ces trois décisions ont toutefois un poids relatif si on considère que dans les deux premières, cette façon de déterminer le motif n'a pas empêché le tribunal de conclure à discrimination, tandis que dans la dernière (*Lott*), on a bien précisé que, de toute façon, il n'y avait aucune preuve de la présence du motif discriminatoire allégué, le sexe en l'occurrence.

Évidemment, cette position encore majoritaire ne règle pas le problème de la discrimination "indirecte" ou "déguisée" fondée sur un motif d'apparence "neutre" et, pour cette raison même, souvent involontaire ou inconsciente. Cela explique pourquoi la nouvelle tendance jurisprudentielle qui se caractérise par l'utilisation du seul critère objectif de l'effet concret d'une pratique donnée se raffermit principalement au contact de plus en plus fréquent de cas de discrimination indirecte. Ainsi en est-il tout particulièrement des décisions les plus récentes en la matière, soit les affaires *Foster, Grafe et Colfer*²⁹⁸, dans lesquelles on a dû se rendre à l'évidence que des exigences de poids et de grandeur minima ayant pour effet d'exclure systématiquement la quasi-totalité des personnes de sexe féminin de fonctions historiquement réservées aux hommes, la fonction policière par exemple, constituaient bel et bien une discrimination fondée sur le sexe. Comme la plus grande partie du raisonnement adopté dans ces décisions, comme dans l'affaire *Singh* d'ailleurs, fut fortement inspirée de la jurisprudence américaine, nous en verrons l'essentiel en nous tournant maintenant de ce côté.

2- Aux États-Unis

Traditionnellement, les tribunaux américains ont toujours exigé une forme de preuve d'intention discriminatoire sous le régime de l'"égale protection de la loi" du 14^e Amendement²⁹⁹. Mais en 1964, le Congrès a adopté le *Civil Rights Act*³⁰⁰ en y édictant des clauses antidiscriminatoires plus spécifiques comprenant chacune

298. Voir *supra*, note 289. À noter que l'affaire *Colfer*, exceptionnellement bien étoffée, fut rendue par le professeur Peter A. Cumming de la Faculté de droit d'*Osgoode Hall* de l'Université York à Toronto, celui-là même qui rendit la décision dans l'affaire *Singh* dont nous avons déjà traité.

299. L'ensemble de la jurisprudence citée au chapitre précédent concernant les trois approches judiciaires — minimale, rigoureuse et intermédiaire — de contrôle de la législation le démontre plus qu'il n'est nécessaire puisqu'il s'agit dans chaque cas de mettre en rapport une différence de traitement — ou "*classification*" — et un objectif pour déterminer l'intention discriminatoire ou non de légiférer, soit le "*discriminatory purpose*". Or, cette exigence d'intention discriminatoire a été confirmée même en matière de discrimination "indirecte" ou "neutre" en apparence, voir notamment: *Washington c. Davis*, (1976) 96 S.Ct. 2040; *Village of Arlington Heights c. Metropolitan Housing Development*, (1977) 97 S.Ct. 555; *Personnel Administrator of Massachusetts c. Feeney*, (1979) 99 S.Ct. 2282. Dans cette dernière et plus récente affaire, la Cour suprême a en effet réaffirmé ce qui suit: "even if a neutral law has a disproportionately adverse effect upon a racial minority, it is unconstitutional under the Equal Protection Clause only if that impact can be traced to a discriminatory purpose" (pp. 2292-2293).

300. Voir *supra*, note 21.

une énumération vraisemblablement limitative de motifs de discrimination. C'est par l'interprétation des articles 703 (a) (2) et (h) de cette nouvelle loi dans l'affaire *Griggs*³⁰¹ que la Cour suprême en est arrivée à modifier son approche traditionnelle eu égard aux critères à utiliser dans la détermination du motif d'une différence de traitement.

Il s'agissait incidemment dans cette affaire d'un cas de discrimination "indirecte". La compagnie intimée exigeait, pour l'obtention d'un emploi ou d'une promotion chez elle, qu'un candidat possède, soit un diplôme de niveau secondaire ou "High School", soit qu'il réussisse des tests de Q.I. Aux niveaux des cours de district et d'appel, on rejeta l'action collective du groupe de Noirs qui avait porté plainte parce qu'entre autres choses, aucune preuve d'intention discriminatoire fondée sur la race n'avait été présentée. La Cour suprême a alors effectué un revirement spectaculaire en déclarant que l'objectif principal du Congrès, en adoptant le *Civil Rights Act*, consistait à garantir l'égalité des chances et que, dans l'emploi, cela devait nécessairement mener à la recherche des conséquences réelles d'une conduite, bien au-delà des apparences³⁰².

Under the Act, practises, procedures or tests neutral on their face and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to "freeze" the status quo of prior discriminatory practises. (...) The Act prescribes not only overt discrimination but also practises that are fair in form, but discrimination in operation.

Or, la conséquence ou l'effet concret des politiques d'embauche et de promotion d'apparence "neutre" de la compagnie-intimée était d'exclure les postulants de race noire à un taux beaucoup plus élevé que ceux de race blanche. Comme dans tous les cas de ce genre, tous les Noirs n'étaient pas écartés, mais la disproportion — ou "*disparate impact*" selon l'expression du juge en chef Burger — entre le rejet de candidatures provenant d'individus de ce groupe racial et celles provenant de tout autre groupe ne faisait aucun doute.

Ce qui surprend le plus dans cette décision, c'est qu'elle s'appuie sur deux normes, celles des articles 703 (a) (2) et 703 (h)³⁰³, qui

301. *Griggs c. Duke Power Co.*, (1971) 91 S.Ct. 849.

302. *Id.*, 853.

303. 703 (a) It shall be an unlawful employment practice for an employer (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex or national origin.

(h) Notwithstanding any other provision of this title, it shall not be an unlawful em-

semblent indiquer au départ la nécessité d'une intention discriminatoire. Selon le professeur Blumrosen³⁰⁴, quatre raisons fondamentales auraient amené la Cour suprême à opter malgré tout pour le critère objectif des seuls effets discriminatoires dans la détermination du motif: 1° la reconnaissance implicite par le droit statutaire et le "tort law" des besoins sociaux avec l'élaboration du concept que les "conséquences prévisibles" (ou "forseeable results") d'un acte doivent être considérées comme ayant été intentionnellement recherchées; 2° l'attitude jurisprudentielle de protection des intérêts de groupes minoritaires ou "group interests", 3° la volonté de combattre efficacement des pratiques discriminatoires érigées en système dans le secteur de l'emploi; et 4° le principe d'interprétation large et libérale des lois qui commanderait que l'article 703 (a) (2) — et tout particulièrement les termes "adversely affect" — ne voit pas sa portée restreinte aux seuls cas de mesures discriminatoires intentionnelles.

Chose certaine, l'affaire *Griggs* ainsi que les quatre hypothèses de travail invoquées par Blumrosen pour justifier la démarche de la Cour dans cette affaire ont été confirmées en jurisprudence sous le régime du titre VII du *Civil Rights Act*³⁰⁵. On peut donc dorénavant dissocier l'interprétation de cette loi (excluant l'intention) de celle de l'*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement (incluant l'intention), sous réserve toutefois de l'importante nuance suivante.

La Cour suprême a en effet précisé que la technique du seul critère objectif de l'effet discriminatoire ne peut servir que dans les cas où un traitement "neutre" en apparence est prétendu discriminatoire dans ses conséquences. Autrement, c'est-à-dire lorsque la différence de traitement apparaît clairement, mais qu'il s'agit d'en déterminer le fondement licite ou illicite, "proof of motive is critical"³⁰⁶. La nuance est subtile et pour en saisir le véritable sens, il faut

ployment practice for an employer (...) to give and to act upon the results of any professionally developed ability test provided that such test, its administration or action upon the results is not designed, intended, or used to discriminate because of race, color, religion, sex or national origin. (...)

304. A.W. BLUMROSEN, "Strangers in Paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the Concept of Employment Discrimination", (1972-73) 71 *Michigan L. Rev.* 59, aux pp. 71 et ss.

305. Voir par exemple: *McDonnell Douglas c. Green*, (1973) 93 S.Ct. 1817; *Albermarle c. Moody*, (1975) 95 S.Ct. 2362; *Washington c. Davis*, voir *supra*, note 299; *Dothard c. Rawlinson*, (1977) 97 S.Ct. 2720; *Teamsters c. United States*, (1977) 97 S.Ct. 1843; *Furnco Construction c. Waters*, (1978) 98 S.Ct. 2943; *New York City Transit Authority c. Beazer*, (1979) 99 S.Ct. 1355.

306. *Teamsters c. U.S.*, voir note précédente, à la p. 1844.

s'en reporter à l'arrêt qui a le premier fait cette distinction et auquel la Cour réfère constamment pour en rappeler l'existence, soit *McDonnell Douglas c. Green*³⁰⁷. Dans cette affaire, contrairement à ce qui se produisit dans *Griggs*, la Cour examinait une plainte purement individuelle de discrimination raciale suite à la non-réembauche d'un Noir au terme d'un conflit de travail. Or, après étude des politiques d'embauche de l'employeur, le tribunal dû en arriver à la conclusion qu'elles n'avaient aucun effet discriminatoire sur aucun groupe racial. Il résolut tout de même de se pencher sur le cas individuel de l'employé et, dès lors, il n'avait d'autre choix que le recours à un critère subjectif comme celui de l'intention discriminatoire. En l'espèce, aucune trace d'une telle intention ne put être repérée, la preuve démontrant que la non-réembauche avait été uniquement fondée sur la commission d'actes illégaux par l'employé en question durant le conflit de travail.

Bref, ce que l'opposition des modes subjectif et objectif de détermination du motif est venue confirmer dans cette affaire, c'est que le critère de l'effet ne peut valoir que pour détecter les pratiques discriminatoires érigées en système, à savoir les cas de "*disparate impact*", et non les préférences ou exclusions visant un individu, soit les cas de "*disparate treatment*". En d'autres termes, lorsque la technique du critère objectif ne mène à rien, la preuve d'intention reste toujours possible³⁰⁸.

Cela n'a toutefois pas empêché le savant juge Rehnquist d'affirmer pour la majorité dans l'affaire *General Electric c. Gilbert*³⁰⁹ que sous le régime du titre VII, l'intention discriminatoire était nécessaire pour prouver discrimination fondée sur le sexe dans le cas d'une distinction basée sur la grossesse. Il s'agissait pourtant d'un cas de discrimination inconsciente, érigée en système et instaurée par la voie indirecte d'un motif d'apparence "neutre". En effet, la compagnie G.E. offrait à tous ses employés, masculins comme féminins, un régime universel d'assurance-invalidité temporaire, lequel excluait en bonne et due forme la grossesse des risques assurables. À l'instar de l'affaire *Griggs*³¹⁰, cette politique ne défavorisait pas nécessairement toutes les femmes et chacune d'elles à

307. Voir *supra*, note 305.

308. Voir une confirmation récente de ceci dans *Furnco Construction c. Waters*, *supra*, note 305, à la p. 2951.

309. (1976) 97 S.Ct. 401. Voir sur cet arrêt: M.E. OSTRER, "General Electric Co. c. Gilbert: Defining the Equal Opportunity Rights of Pregnant Workers", (1978-79) 10 *Col. Hum. Rights L. Rev.* 605-643.

310. Voir *supra*, note 301 et p. 469.

l'emploi de la compagnie, mais elle ne pouvait toucher que des femmes: l'effet disproportionné ou "*disparate impact*" fondé sur le sexe était donc clairement établi.

Malgré tout, la Cour suprême persista par la suite à ne pas reconnaître la valeur du critère objectif de l'effet discriminatoire dans les cas de discrimination indirecte fondée sur l'état de grossesse³¹¹. Cela obligea le Congrès à apporter récemment une modification³¹² au titre VII du *Civil Rights Act* en vertu de laquelle l'expression "*because of sex*" ou "*on the basis of sex*" inclut dorénavant la grossesse, la naissance d'un enfant ainsi que les problèmes médicaux reliés à cet état.

On peut donc retenir que, pour ce qui est du titre VII du *Civil Rights Act*, l'affaire *Griggs* conserve toute sa portée en matière de discrimination "indirecte".

3- En Europe

La Cour européenne des droits de l'Homme, ayant eu à juger de la conformité d'une loi belge³¹³ à l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³¹⁴, a rendu dans l'*affaire linguistique belge*³¹⁵ une déci-

311. Voir, par exemple: *Geduldig c. Aiello*, *supra*, note 187, à la p. 2492; *Nashville Gas Co. c. Satty*, (1977) 98 S. Ct. 347; *City of Los Angeles c. Manhart*, *supra*, note 256, à la p. 1379.

312. Voir 92 U.S. Stat. 2076. Il s'agit de l'ajout d'un paragraphe (k) à l'article 701, lequel est partiellement entré en vigueur le 31 octobre 1978 pour le devenir entièrement le 30 avril 1979. Il se lit d'ailleurs comme suit:

(k) The terms "because of sex" or "on the basis of sex" include, but are not limited to, because of or on the basis of pregnancy, childbirth or related medical conditions; and women affected by pregnancy, childbirth, or related medical conditions shall be treated the same for all employment-related purposes, including receipt of benefits under fringe benefit programs, as other persons not so affected but similar in their ability or inability to work, and nothing in section 703 (h) of this title shall be interpreted to permit otherwise. This subsection shall not require an employer to pay for health insurance benefits for abortion, except where the life of the mother would be endangered if the fetus were carried to term, or except where medical complications have arisen from an abortion: Provided, that nothing herein shall preclude an employer from providing abortion benefits or otherwise affect bargaining agreements in regard to abortion.

313. Loi du 2 août 1963.

314. On remarquera ici la grande ressemblance de cet article avec la norme antidiscriminatoire de la *Charte québécoise*:

Art. 14. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou

sion qui, quant au mode de détermination du motif, va également dans le sens de l'utilisation d'éléments objectifs, à savoir les effets et conséquences réels d'une mesure à l'exclusion d'éléments subjectifs comme l'intention.

Les faits pertinents de cette affaire sont les suivants. La Belgique a un régime linguistique basé sur le principe de territorialité de telle manière que, selon qu'on se trouve dans une région francophone ou néerlandophone, l'emploi exclusif de la langue officielle de la région est de rigueur, tant pour l'Administration publique que pour les établissements scolaires, la justice, les affaires, l'affichage, etc. Cependant, le gouvernement belge a prévu des dérogations à ce principe. Bruxelles, la capitale, est ainsi considérée comme étant une zone bilingue à tout point de vue. Un régime d'exception existe également en matière scolaire dans le cas de six communes appartenant à l'agglomération entourant Bruxelles, et se trouvant par le fait même en région unilingue néerlandophone. La loi³¹⁶ dispose que la langue d'enseignement est le néerlandais dans ces six communes mais qu'elle peut être le français — au niveau primaire — dans la mesure où un minimum de seize chefs de famille en font la demande. Toutefois, ce dernier enseignement n'est accessible qu'aux enfants francophones dont les parents résident à l'intérieur des limites de l'une de ces six communes; ceux dont les parents résident dans une commune voisine ne peuvent y avoir accès, contrairement au cas de l'école néerlandaise de ces mêmes communes qui peut accueillir tout enfant, quels que soient sa langue maternelle ou usuelle et le lieu de résidence de ses parents. Or, la Cour a déclaré, après analyse des effets concrets de la disposition contestée, que le véritable fondement de la différence de traitement opérée par le gouvernement belge était le motif linguistique et non celui, apparent, de la résidence. Il nous suffit de citer, *in extenso*, le passage explicite de la Cour sur cette question, lequel n'a été contredit par aucun arrêt ultérieur, bien au contraire³¹⁷:

sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

315. Voir *supra*, note 23.

316. Voir *supra*, note 313, art. 7, par. 3.

317. Voir *supra*, note 23, à la p. 70. (Les italiques sont de nous). Comme le rapporte M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 2-3, la Cour européenne des droits de l'Homme est la seule juridiction judiciaire internationale qui soit habilitée à se prononcer sur une violation d'une norme générale de non-discrimination comme celle de l'art. 10 de la *Charte québécoise*. Et, quoique certaines affaires ayant partiellement trait à l'interdiction de la discrimination puissent être pendantes devant la Cour, l'*affaire linguistique belge* est la seule concernant cette interdiction qui ait jamais été

La condition de résidence ne jouant donc qu'à l'égard de l'un des deux groupes linguistiques, la Cour se trouve appelée à rechercher s'il en résulte une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole ou avec l'article 8 de la Convention.

Une telle mesure ne se justifie pas eu égard aux exigences de la Convention, en tant qu'elle comporte, au détriment de certains individus, les éléments d'un *traitement discriminatoire fondé plus encore sur la langue que sur la résidence*.

Tout d'abord, cette mesure ne s'applique pas de façon uniforme aux familles parlant l'une ou l'autre langue nationales. Les enfants néerlandophones qui résident dans la région unilingue française, d'ailleurs toute proche, ont accès aux établissements scolaires de langue néerlandaise existant dans les six communes, tandis que les enfants francophones habitant la région unilingue néerlandaise se voient refuser l'accès aux écoles françaises des mêmes communes. De même, les classes néerlandaises des six communes sont ouvertes aux enfants néerlandophones de la région unilingue néerlandaise, alors que les classes françaises desdites communes sont fermées aux enfants francophones de cette région.

Pareille situation contraste du reste avec celle qui découle des possibilités d'accès aux écoles de langue française de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, ouvertes aux enfants francophones indépendamment du lieu de résidence de leurs parents (articles 5 et 17 de la loi du 30 juillet 1963).

Il apparaît, dès lors, que la condition de résidence n'est pas imposée dans l'intérêt des établissements scolaires, pour des raisons d'ordre administratif ou financier; elle procède uniquement, dans le cas des requérants, de considérations tenant à la langue.

Sous-section 2 — La Charte des droits et libertés

Qu'en est-il maintenant du choix du mode de détermination du motif d'une distinction en vertu de la *Charte* québécoise? Le législateur, croyons-nous, a laissé savoir de façon suffisamment claire sa préférence pour le critère objectif et cela tant dans le texte même de la norme d'égalité ou de non-discrimination que dans celui de la *Charte*.

soumise à la longue procédure contradictoire d'une cour internationale. Par ailleurs, la Commission européenne des droits de l'Homme, qui a le pouvoir de soumettre des avis sur des cas de violation de la Convention européenne, a entériné l'opinion de la Cour sur le mode de détermination du motif d'une distinction dans l'affaire de la Société X, W et Z contre la République fédérale d'Allemagne, Comm. Eur. D.H., décision des 14 et 15 juillet 1970, Rec. no 35, 23.

Considérons d'abord l'article 10. On y retrouve au premier paragraphe l'expression "sans distinction, exclusion ou préférence *fondée sur la race, etc.*". Celle-ci ne saurait évidemment à elle seule servir de fondement à une argumentation voulant que l'intention discriminatoire ne soit pas un critère d'analyse pertinent dans la détermination du motif de distinction. Toutefois, et c'est ce qui importe, si cette expression n'exclut pas le critère subjectif, elle ne l'inclut pas non plus.

Le second paragraphe de notre article 10 présente plus d'intérêt ici en ce qu'il donne de la discrimination une définition qui fait directement appel à l'utilisation d'un critère objectif pour en déterminer le fondement:

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour *effet* de détruire ou de compromettre ce droit.

Comme nous l'avons signalé au début de cet exposé³¹⁸, le droit dont il s'agit dans une telle disposition, c'est évidemment celui à l'égalité. Le législateur s'est ainsi trouvé à définir l'une par rapport à l'autre les notions d'égalité et de discrimination: si la première désigne, aux termes du premier paragraphe, la jouissance des droits et libertés de la personne sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'un des motifs énumérés, la seconde notion consiste en une différence de traitement qui a pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement en matière de droits et libertés de la personne³¹⁹! En conséquence, le terme "effet" au second paragraphe de l'article 10 ne peut viser que la constatation d'un fait, d'une conséquence ou d'un résultat, dans l'analyse du fondement d'une distinction et constitue une indication législative non équivoque du choix d'un critère nettement objectif, à l'exclusion d'un critère subjectif.

Ce choix n'est cependant pas particulier aux cas d'atteinte au principe d'égalité. Le législateur a en effet édicté au chapitre V de la *Charte* une norme d'application générale indiquant explicitement que, quel que soit le droit ou la liberté enfreint, un élément aussi subjectif que celui de l'intention ne s'avère jamais nécessaire. Il s'agit du second paragraphe de l'article 49, qui se lit ainsi:

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

318. Voir *supra*, p. 393.

319. Voir *supra*, p. 448, la définition de la discrimination de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi* sur laquelle l'article 10 fut vraisemblablement calqué, laquelle définition est elle-même une copie conforme de la *Convention no 111 de l'Organisation internationale du travail* de 1958.

En jumelant les articles 10 et 49, il ne fait certainement aucun doute qu'à l'instar des tribunaux américains et international et d'un nouveau courant de pensée en jurisprudence canadienne, il faille orienter notre recherche du motif discriminatoire vers l'utilisation d'un critère qui soit objectif.

La règle pourrait donc se formuler comme suit pour ce qui est du principe d'égalité de l'article 10: le motif de discrimination doit être déterminé à l'aide du seul critère objectif de l'effet ou des conséquences réelles d'un acte donné, bien au-delà du motif apparent; mise à part la question de réduction des dommages, la défense d'absence d'intention discriminatoire est à ce stade impertinente; toutefois, si le critère objectif ne suffit pas, le recours au critère subjectif de l'intention discriminatoire demeure possible.

La pratique extérieure au Québec nous enseigne en effet qu'il est à toutes fins utiles impossible de combattre la discrimination "indirecte", c'est-à-dire ce type de mesure qui, d'apparence inoffensive, catégorise en fait les individus sur la base d'un motif discriminatoire. Comme, justement, cette forme de discrimination est établie inconsciemment la plupart du temps, la nécessité du recours à un critère intentionnel lui laisserait libre cours, diluant alors considérablement la portée du droit à l'égalité.

Le critère objectif de l'effet permet donc de vérifier si une mesure quelconque a un effet disproportionné — ou un "*disparate impact*" selon l'expression américaine — sur un groupe de personnes protégé par la loi. Comme le dit le professeur Blumrosen, il fournit une arme contre la discrimination "systémique"³²⁰. Pour cette raison même, ce critère peut s'avérer particulièrement efficace pour combattre la discrimination émanant des personnes morales et du pouvoir public, c'est-à-dire de tous ces organismes publics ou privés qui ne peuvent agir que par la voie de politiques, de résolutions ou de normes de portée générale. L'emploi de statistiques simples est devenu à cet égard l'un des moyens les plus courants aux États-Unis de démontrer par exemple que la composition de la main-d'oeuvre d'une compagnie reflète, compte tenu du type de population où elle est située, une pratique discriminatoire³²¹. Nous ne voyons pas pourquoi nous

320. *Loc. cit. supra*, note 304, à la p. 71. Notons ici que les quatre raisons qui, selon l'auteur, auraient amené les juges de la Cour suprême à opter pour le recours au critère objectif de l'effet dans l'affaire *Griggs*, sont par ailleurs parfaitement valables en droit québécois. Il suffit, pour la première, de substituer le bon vieux concept du bon père de famille de notre droit civil à celui des "conséquences prévisibles" du "*tort law*" anglais. Voir *supra*, p. 470.

321. *Ibid.*; voir aussi, "Beyond the Prima Facie Case in Employment Discrimination

ne pourrions pas, au Québec, nous inspirer de ces méthodes éprouvées pour bâtir une preuve d'atteinte illicite à l'article 10.

Nous croyons de plus que le critère objectif de l'effet discriminatoire devrait amener les tribunaux à déclarer fondée sur le sexe une distinction, exclusion ou préférence basée sur la grossesse³²². Une telle mesure a, plus que toute autre, un effet disproportionné sur les personnes du sexe féminin en tant que groupe puisqu'elle ne peut défavoriser que ces dernières. Malheureusement, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bliss*³²³ ainsi que la Cour supérieure de Montréal dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Aristocrat Apartment Hotel*³²⁴ ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question, affirmant toutes deux qu'une distinction fondée sur la grossesse ne pouvait équivaloir à une discrimination fondée sur le sexe puisqu'une telle mesure se trouve à traiter différemment des femmes enceintes, d'une part, et des personnes non enceintes, soit des hommes et des femmes, d'autre part. Bref, on en arrive aux mêmes conclusions qu'en Cour suprême aux États-Unis à l'aide, d'ailleurs, du même raisonnement du manque d'identité entre les motifs de grossesse et de sexe. Pourtant, lorsqu'une femme est exclue, défavorisée ou pénalisée à cause de sa grossesse, c'est d'abord et avant tout en raison de sa condition sexuelle propre

Law: Statistical Proof and Rebuttal", (1975) 89 *Harv. L. Rev.* 387. Du côté jurisprudentiel, voir *supra*, note 305.

322. En jurisprudence canadienne en vertu des lois provinciales, nous n'avons retracé que trois décisions portant sur cette question: *Leier c. C.I.P. Products*, (1979) B.I. (Sask.); *Gibbs c. Bowman*, (1978) B.I. (C.-B.); *Bremer c. Board of School Trustees*, voir *supra*, note 250. Dans le premier cas, le "Board" estima, après avoir fait l'historique des décisions des Cours fédérales d'appel aux États-Unis et de la Cour suprême ainsi que de l'amendement au *Civil Rights Act* du 31 octobre 1978, qu'une distinction fondée sur la grossesse équivaut à discrimination fondée sur le sexe. Toutefois, il se sentit lié par l'affaire *Bliss* et conclut à l'absence de discrimination fondée sur le sexe. Dans le second cas, le tribunal se sentit également lié par l'affaire *Bliss*, même si elle n'avait pas encore atteint le stade de la Cour suprême du Canada. Quant à l'affaire *Bremer*, le tribunal affirma en p. 6: "... it would not seem necessary to describe pregnancy as a separate "status" protected by the Code as the Board in the *Riviera* case did. Discrimination due to pregnancy, it seems to this Board, is but a manifestation of discrimination on the basis of sex".
323. Voir *supra*, note 87. Il faut voir plus particulièrement les notes du juge Pratte en Cour fédérale d'appel, *supra*, note 77. Il est amusant de constater par ailleurs que la décision de la Cour suprême qui a entériné le jugement Pratte en déclarant que le sexe n'incluait pas le motif de distinction de la grossesse, fut rendue exactement le même jour, soit le 31 octobre 1978, que celui de la mise en vigueur de la loi modifiant le *Civil Rights Act* aux États-Unis afin d'y spécifier que le motif sexuel incluait celui de la grossesse.
324. Voir *supra*, note 18.

qu'elle doit subir une telle inégalité de traitement. Changerait-elle de sexe, en effet, qu'elle n'aurait plus jamais à se plaindre de discrimination fondée sur son état de "personne enceinte". Quoi qu'il en soit, la grossesse semble d'ores et déjà constituer un cas d'espèce et, critère objectif ou pas, il est à prévoir qu'une intervention législative s'avérera nécessaire pour faire entendre raison aux tribunaux³²⁵. C'est, en tout cas, la voie qu'ont déjà suivie les États-Unis^{325a} de même que la Saskatchewan^{325b}.

325. Le gouvernement québécois a fait un premier pas en ce sens en approuvant une ordonnance de la Commission du salaire minimum (Ord. no 17, 1978, congés de maternité) qui a justement pour objet de protéger la femme contre la discrimination dans le secteur de l'emploi, en interdisant à un employeur de la remercier pour cause de grossesse, voir: A.C. 3500-78 in (1978) 54 *Gazette Officielle II*, 6391. Comme le juge Benoit a également fondé sa décision dans *Aristocrat Apartment Hotel, id.*, 1075, sur l'argument que le législateur ne pouvait pas, par la seule mention du mot "sexe" dans l'article 10, avoir instauré un régime de congés de maternité, en matière de louage de services, l'ordonnance de la Commission vient évidemment annuler en grande partie l'impact de cette décision. Mais l'affaire *Bliss* demeure. Il semble donc hautement souhaitable que la *Charte* elle-même soit modifiée dans le même sens que le *Civil Rights Act* américain ou que le Code des droits et libertés de la Saskatchewan. On s'étonne d'ailleurs de ce que le dernier rapport annuel de la Commission des droits de la personne ne contienne aucune recommandation à ce sujet. Cette dernière a bien émis des "commentaires concernant la protection de la maternité à l'occasion de la publication du projet d'ordonnance sur les congés de maternité", 19 pp. (disponibles à ses bureaux de Montréal), mais ils se limitent également à proposer des modifications à l'ordonnance en question, non à la *Charte* elle-même.

325a. Voir *supra*, note 312.

325b. Dans sa nouvelle loi, le *Saskatchewan Human Rights Code*, voir *supra*, note 3, la province a non seulement défini le terme "sex" en incluant la grossesse, mais elle s'est en outre assurée que des contrats d'assurance ne pourraient plus défavoriser les femmes en excluant la grossesse des risques assurables comme ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire américaine *General Electric c. Gilbert*, voir *supra*, note 309. Les dispositions pertinentes du Code se lisent comme suit:

"2. In this Act: (o) "sex" means gender, and, unless otherwise provided in this Act, discrimination on the basis of pregnancy or pregnancy-related illnesses is deemed to be discrimination on the basis of sex;

15. — (1) No person shall, in making available to any person a contract that is offered to the public:

- (a) discriminate against any person or class of persons; or
- (b) include terms or conditions in any such contract that discriminate against a person or class of persons;

because of the race, creed, religion, colour, sex, marital status, nationality, ancestry, or place or origin of that person or class of persons.

(2) For the purpose of subsection (1), discrimination on the basis of sex means only discrimination on the basis of pregnancy or pregnancy-related illnesses."

Cela étant dit, le critère objectif ne suffira pas toujours dans la recherche du véritable motif d'une distinction. Par la force des choses, ce seul critère est inapproprié dans les cas de discrimination non "systémique" ou pratiquée sur une très petite échelle, car on ne peut conclure du simple refus d'embaucher un seul individu ou de lui louer un logement par exemple qu'il y a eu différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire. Ce genre de discrimination s'étant présenté plus souvent qu'à son tour, en jurisprudence canadienne, il ne nous paraît guère surprenant qu'on ait généralement eu recours au critère subjectif de l'intention discriminatoire pour en identifier le motif.

On a toutefois ajouté que cette preuve d'intention toujours circonstancielle s'établissait uniquement à partir des faits³²⁶. Il s'agit dès lors de démontrer par l'ensemble des gestes d'un individu qu'en réalité, la différence de traitement qu'il a effectuée était fondée sur des préjugés à l'endroit d'une catégorie de personnes protégée par la loi et non sur les compétences propres de la victime. Et si l'auteur présumé d'une discrimination invoque qu'il avait d'autres intentions lorsqu'il a agi, il devrait suffire, comme la jurisprudence canadienne l'a presque unanimement décidé³²⁷, que l'intention discriminatoire ait été présente dans l'esprit de son auteur pour conclure à une distinction de traitement fondée sur un motif de discrimination³²⁸.

Une décision québécoise vient tout juste d'être rendue à cet égard, soit *Commission des droits de la personne c. Collège d'enseignement général et professionnel Saint-Jean-sur-le-Richelieu*³²⁹. En l'espèce, un professeur de philosophie s'est vu refuser un poste de

326. C'est ainsi qu'on peut constater, dans chacune des décisions administratives, une longue description des faits, précédant la décision du tribunal, afin de pouvoir déterminer que le fondement d'une différence de traitement est ou n'est pas, en l'espèce, un motif de discrimination.

327. Voir *supra*, note 297 et texte correspondant.

328. À cet égard, nous croyons avec Tarnopolsky que l'utilisation de la technique du "test case", consistant en la vérification du fondement de l'acte d'une personne en la mettant, à son insu, en situation avec des personnes d'une autre race ou d'une autre langue par exemple, devrait pouvoir être acceptée en preuve devant les tribunaux et réduire quelque peu les difficultés que la preuve de l'intention présente indéniablement. Voir: "The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada", (1968) *R. du B. Can.* 564, à la p. 574. Voir aussi, *Doucette c. Aberdeen Motel*, *supra*, note 287. Le "test case", comme le souligne le professeur W. BLACK, *loc. cit. supra*, note 286, ne peut toutefois enrayer complètement les difficultés liées à la preuve de l'intention: "However, the verification of the discrimination by further testing often is not possible because the opening has been filled before the complaint is made" (p. 4).

329. Voir *supra*, note 18.

permanent au terme d'un contrat individuel de travail d'un an et il prétendait que l'exclusion de sa candidature avait été fondée sur ses convictions politiques marxistes. Comme il s'agissait d'une plainte de discrimination commise à l'endroit d'une seule personne, le tribunal n'avait évidemment pas d'autre choix que d'exiger du requérant une preuve démontrant l'intention du Collège de l'exclure en raison de ses convictions politiques particulières. D'autant plus, rappela le juge Beauregard, que la bonne foi se présume toujours chez nous en vertu de l'article 2202 du Code civil. Or, les faits mis en preuve tendaient plutôt à démontrer la bonne foi de l'employeur. Celui-ci, en effet, connaissait dès le début de l'embauche temporaire du professeur son orientation politique et cela constitua même l'une des raisons qui favorisa sa candidature puisqu'on recherchait la diversité des courants de pensée dans le corps enseignant. Le Collège réussit en outre à établir à partir de faits concordants et prépondérants que sa décision n'avait été prise qu'en fonction de considérations purement pédagogiques. Ainsi, un taux d'abandon inhabituellement élevé dans le cours donné par ce professeur et l'existence de plaintes répétées de toute part, c'est-à-dire tant des étudiants que des autres membres du corps enseignant, des parents et de la direction du département de philosophie, laissaient peu de doute, selon la Cour, sur l'intransigeance et l'intolérance du professeur dans son enseignement et constituaient la seule cause, assurément non discriminatoire, de son exclusion.

CHAPITRE II

LE DOMAINE DE LA DISCRIMINATION

Les droits et libertés reconnus par la Charte constituent le second élément essentiel en même temps que le domaine de la notion de discrimination. Celle-ci n'existera, selon les termes mêmes de l'article 10, que si elle est pratiquée dans un droit ou une liberté de la personne. Nous verrons donc quelle protection au juste le principe d'égalité accorde dans le domaine des distinctions discriminatoires et à qui bénéficie cette protection.

SECTION I

LA PROTECTION ACCORDÉE PAR L'ARTICLE 10

L'examen de la protection accordée contre la discrimination commande une double démarche. S'il importe, dans un premier temps, de tenter d'en saisir toute la portée, il faut également connaître les caractères spécifiques de cette protection. Cette seconde démarche nous permettra ainsi de cerner les principaux aspects de

l'étroit rapport existant entre le principe d'égalité et les autres droits et libertés de la personne qui forment le domaine de la discrimination et d'analyser ensuite de quelle façon le premier doit s'appliquer aux seconds.

Sous-section 1 — La portée de la protection

Après avoir identifié, en les comparant avec ceux des autres lois canadiennes en la matière, les domaines d'activité ainsi que les droits et libertés sujets à l'application de la protection accordée par l'article 10, nous observerons comment ces mêmes droits et domaines d'activité limitent la portée de cette protection.

1- L'étendue de la protection

a) Les domaines d'activité

Les articles 11 à 19 se trouvent dans le chapitre I de la *Charte* avec les dispositions générales des droits et libertés de la personne. Pourtant, ils n'ont aucunement pour objet d'énoncer des droits mais bien d'interdire la discrimination dans certaines situations de fait: la publicité ou l'information au public (article 11), les actes juridiques (articles 12, 13 et 14), l'accès aux moyens de transport et aux lieux publics de même qu'aux biens et services qui y sont offerts (article 15), les relations de travail ou l'emploi (articles 16 à 19). Il est bien évident que le législateur ne reconnaît aucunement par ces dispositions le droit au logement ou au travail par exemple. Il se contente d'interdire, avec une formulation mieux connue en matière pénale³³⁰ ("nul ne peut"), les pratiques discriminatoires dans certains secteurs d'activité particuliers.

Quoique susceptibles de recevoir une interprétation large et libérale³³¹, ces derniers sont en revanche limitativement énumérés³³².

330. La *Charte* prévoit d'ailleurs, à l'article 87 a), que constitue une infraction pénale le fait de contrevenir aux articles 10 à 19.

331. *Loi d'interprétation*, L.R.Q. 1977, c. 1-16, art. 41. Si, par tradition les tribunaux ont toujours refusé de donner une interprétation large et libérale aux dispositions législatives constituant à leurs yeux l'imposition d'un fardeau ou d'une peine pour le citoyen, dans les secteurs pénal ou fiscal par exemple, les lois procurant au justiciable quelque avantage doivent recevoir et ont généralement reçu en jurisprudence "une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet", comme le dit justement l'article 41 de la *Loi d'interprétation*. Voir E.A. DRIEDGER, voir *supra*, note 162, aux pp. 30 et ss., 148 et ss.

332. La règle d'interprétation "expressio unius est exclusio alterius" reçoit ici toute son application. C'est du moins la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour suprême du Canada après avoir examiné les différentes dispositions de la loi antidiscrimi-

Le législateur a manifestement voulu s'attaquer à certains domaines d'activité quotidienne dans lesquels la discrimination est particulièrement intolérable parce qu'elle se pratique ouvertement (l'affichage public, les clauses écrites d'un acte juridique, les salaires inégaux) ou encore parce qu'elle touche le grand public (actes juridiques concernant des biens ou services offerts au public, l'accès aux lieux et transports publics ainsi qu'aux biens et services qui y sont disponibles, l'emploi). Un dénominateur commun ressort donc clairement de la protection accordée aux articles 11 à 19: c'est le caractère public des intérêts en cause. Ce qui signifie que le législateur a laissé de côté tout le domaine touchant de près ou de loin à la vie privée³³³. Ainsi, l'exclusion des personnes du sexe féminin, par exemple, d'un organisme ou d'un club strictement privé risque-t-elle d'échapper à l'interdiction de la discrimination prévue à l'article 15^{333a} si l'accès y est strictement réservé à ses membres (car autre-

natoire ontarienne limitées à certains champs d'activité: "This summary of the provisions contained in Part I of the Act shows that its purpose is to seek to prevent certain kinds of discrimination in respect of specific fields. It applies only to the fields thus defined". *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, voir *supra*, note 276.

333. La protection contre la discrimination restreinte aux activités revêtant un caractère public est également confirmée par les limites intrinsèques du droit à l'égalité, voir *infra*, p. 492.

333a. Il nous paraît difficile d'admettre que le législateur ait voulu atteindre les clubs ou organismes purement privés par l'emploi de termes aussi explicites que ceux de l'article 15, à savoir "moyens de transport et lieux PUBLICS... et les biens et services qui y sont disponibles". Évidemment, pour répondre adéquatement à cette question, il faudrait élaborer des critères qui nous permettent de fixer le caractère privé ou public d'une organisation, ce qui déborde quelque peu du cadre de notre étude. Il n'empêche que le juge Meyer semble, du point de vue d'une juste interprétation des articles 10 et 15 de la *Charte*, être allé trop loin dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Fédération québécoise de hockey sur glace*, voir *supra*, note 18, en laissant entendre que seuls les organismes privés d'ordre religieux ou fraternel couverts par l'article 20 étaient exclus du domaine de la discrimination (*cf.* p. 1083). C'est à tort qu'il a rejeté (p. 1080) la décision de la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse, *Beattie c. Governors of Acadia University*, voir *supra*, note 289, qui conclurait à la non-application du principe de non-discrimination des articles 3(a) et 4(a) du *Human Rights Act* de cette province, voir *supra*, note 3, à des services non disponibles au grand public. Ces articles se lisent ainsi:

"3. Every individual... has the right (a) to obtain admission to an enjoyment of accommodations, services and facilities customarily provided to members of the public (...) regardless of the race, etc., of the individual...";

"4. No person shall (a) deny to any individual... enjoyment of accommodation, services and facilities to which members of the public have access (...) because of the race, etc., of the individual...".

ment, le club devient un service public^{333b}) et que ses activités ne sont pas tenues dans un lieu public au sens de cet article. En revanche, si cette distinction discriminatoire est dûment inscrite dans un règlement écrit d'un tel club, l'article 13 prohibant les clauses discriminatoires dans un acte juridique — unilatéral en l'espèce — pourrait trouver application.

Une analyse comparative des divers textes de loi antidiscriminatoires canadiens démontre par ailleurs que la liste des champs d'activité de la *Charte* québécoise est la plus complète³³⁴. Si toutes les provinces prohibent la discrimination dans la publicité, le logement, l'accès aux biens, services et lieux publics ainsi que dans l'emploi, seulement trois d'entre elles³³⁵, hormis le Québec, mentionnent les contrats concernant la vente de biens mobiliers ou immobiliers, alors que trois autres³³⁶ ont inclus les contrats relatifs à la seule vente de propriété foncière. Mais en utilisant les termes "acte juridique", la *Charte* va beaucoup plus loin: elle vise les domaines du logement, des transactions mobilières et immobilières, ainsi que les actes juridiques unilatéraux. En revanche, nous avons relevé quelques autres secteurs d'activité protégés contre la discrimination ailleurs au Canada mais non dans la *Charte*: la libre entreprise

Nous ne croyons pas en effet, contrairement à ce qu'a affirmé le juge Meyer, que la *Charte* québécoise soit vraiment "plus large et plus précise" que la loi néo-écossaise ici. L'énumération non limitative de l'article 15 n'ajoute rien à l'expression "lieux publics" qui ne soit pas déjà visé par les dispositions équivalentes précitées dans l'autre province. Le jugement Meyer s'inscrit donc douteusement en faux contre l'ensemble de la jurisprudence canadienne sur cette question (cf. pp. 1079 à 1083) et en particulier à l'encontre des décisions suivantes: *Beattie c. Governors of Acadia University*, voir *supra*, note 289; *In re Cummings and Ontario Minor Hockey Association*, *In re Bannernan and Bazso et Forbes c. Yarmouth Minor Hockey Association*, voir *supra*, note 254; *Shandrowski c. Alberta Motor Association Insurance*, voir *supra*, note 256, 21; *Finlayson c. Misty*, (1979) B.I. 20 (C.-B.).

333b. Bien que l'affaire de l'*Association des Gais c. C.E.C.M.*, voir *supra*, note 18, porte sur les articles 12 et 20 de la *Charte*, elle illustre bien, par analogie, comment un service privé devient un service public lorsqu'un organisme en étend l'accès à toute personne ou à tout groupe de personnes en général. Voir aussi *Bloedel c. University of Calgary*, *supra*, note 167a, à la p. 8. Mais voir: *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, *supra*, note 22, dans laquelle la Cour suprême du Canada a jugé que la liberté de presse restreignait le sens de service public; à ce sujet, voir *infra*, note 356 et pp. 491 et ss.

334. Voir schéma 2, p. 484. Voir aussi W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 12, 677.

335. Soit le Manitoba, art. 5 (1) et 7 (1), le Nouveau-Brunswick, art. 4 (2) et (3) et la Saskatchewan, art. 10 et 15. Voir *supra*, note 3.

336. Soit la Colombie-Britannique, art. 4, l'Île-du-Prince-Édouard, art. 4 et 5, et la Nouvelle-Écosse, art. 6. Voir *supra*, note 3.

SCHÉMA 2
Les domaines d'activité protégés contre
la discrimination au Canada

(*)	Domaines mentionnés	Q U É.	O N T.	M A N.	S A S K.	A L B.	C. B.	N. B.	N. E.	T. N.	I. P. E.	F (**) E D.
11	Publicité (1)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
11	Logement (2)	(X)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
11	Emploi (3)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
11	Accès aux biens, services et lieux publics	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
7	Transactions immobilières	(X)		X	X		X	X	X		X	
4	Transactions mobilières (4)	(X)		(X)	(X)			X				
4	Contrats	X		X	X			X				
1	Actes juridiques	X										
1	Libre entreprise				X							
2	Bénévolat dans un service public								X		X	
1	Propagande téléphonique haineuse											X
2	Accès à l'éducation (5)	X			X							
Nombre de domaines protégés dans la province		9	4	7	9	4	5	7	6	4	6	5

(*) Nombre de provinces, incluant le fédéral, protégeant ce domaine d'activité.

(**) Il s'agit de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, voir *supra*, note 3.

- (1) Au sens de l'article 11 de la *Charte québécoise*: affichage, annonces, publications, etc.
- (2) Incluant la location de locaux d'habitation et commerciaux. C'est par le biais de l'interdiction de la discrimination dans les actes juridiques que la *Charte québécoise* vise les domaines du logement, des contrats et des transactions mobilières et immobilières. Voir les articles 12 et 13.
- (3) Incluant les conditions de travail, l'adhésion à une association de salariés, les activités des bureaux de placement, la parité salariale, etc. Cf. articles 16 à 19 de la *Charte québécoise*.
- (4) Ce domaine est protégé contre la discrimination au Manitoba et en Saskatchewan par le biais des contrats.
- (5) Plus qu'un domaine d'activité, l'éducation est un droit (art. 40) dont la jouissance est reconnue à toute personne en pleine égalité dans la *Charte québécoise*, par l'article 10. Nous l'avons cependant inclus dans notre schéma parce que la loi de la Saskatchewan protège ce domaine contre la discrimination.

("carry on business")³³⁷, le bénévolat dans les services publics³³⁸ et la propagande téléphonique haineuse³³⁹. Ces oublis paraissent toutefois d'une importance relative³⁴⁰ et, de ce fait, ne constituent pas un manque sérieux dans notre *Charte*.

De plus, contrairement aux autres lois canadiennes³⁴¹, la *Charte* québécoise ne se limite pas à garantir le droit à la non-discrimination ou à l'égalité en rapport avec certains champs d'activité particuliers seulement. Ce droit s'applique également à l'ensemble des droits et libertés de la personne.

b) Les droits et libertés de la personne

L'article 10, en faisant référence aux "droits et libertés de la personne" sans autre restriction³⁴², se trouve à étendre l'application du principe d'égalité ou de non-discrimination à tous les droits et libertés inscrits dans la Partie I de la *Charte*, à savoir les dispositions générales³⁴³ (chapitre I), les droits politiques³⁴⁴ (chapitre II), les droits judiciaires (chapitre III), les droits économiques et sociaux³⁴⁵ (chapitre IV) ainsi que les dispositions spéciales et inter-

337. Saskatchewan, art. 9, voir *supra*, note 3.

338. Ile-du-Prince-Édouard, art. 10 et Nouvelle-Écosse, art. 11, voir *supra*, note 3.

339. *Loi Canadienne sur les droits de la personne*, art. 13, voir *supra*, note 3. Fait à noter, la première cause qu'a entendue le tribunal des droits de la personne constitué en vertu de cette loi a justement porté sur une plainte de discrimination commise par voie de propagande téléphonique haineuse. Voir *C.C.D.P. c. Western Guard Party*, *supra*, note 289.

340. La Commission des droits de la personne ne fait, en tout cas, état d'aucune plainte de discrimination dans ces secteurs dans aucun de ses trois premiers rapports annuels.

341. Sauf au niveau fédéral avec la *Déclaration* et l'Alberta avec un texte presque en tout point identique à celui de la *Déclaration canadienne*, soit l'*Alberta Bill of Rights*, voir *supra*, note 3.

342. "Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne..." Voir *supra*, p. 448.

343. Le droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité physique, à la liberté, à la personnalité juridique (a. 1); le droit au secours en cas de péril (a. 2); les libertés de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de réunion et d'association (a. 3); le droit à sa réputation (a. 4); le droit à la vie privée (a. 5); le droit à la propriété privée (a. 6 et 8); l'inviolabilité de la demeure (a. 7); le droit au respect du secret professionnel (a. 9); le droit à l'égalité (a. 10).

344. Le droit d'adresser des pétitions à l'Assemblée Nationale (a. 21) et le droit de voter et de se porter candidat lors d'une élection (a. 22).

345. Voir *infra*, p. 495.

prétatives³⁴⁶ (chapitre V).

Ce qui frappe en premier lieu le lecteur, c'est le caractère extensif de la liste de ces droits et libertés: le législateur a en effet réussi à faire à peu près le tour de l'ensemble des droits fondamentaux, tout au moins en ce qui concerne les droits "classiques"³⁴⁷, soit "civils"³⁴⁸, politiques et judiciaires, tels qu'ils apparaissent aujourd'hui dans les divers documents nationaux et internationaux sur les libertés publiques. En second lieu, le fait que la protection contre la discrimination s'étende à tous les droits et libertés reconnus par la *Charte* étonne encore davantage et d'autant plus que l'expression "droits et libertés de la personne" dans l'article 10 semble nous renvoyer, par le truchement de l'article 50 (chapitre V), à des droits fondamentaux non mentionnés dans la *Charte* elle-même. Cet article se lit en effet ainsi:

La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit.

Comment, dès lors, déterminer quels sont ces droits et libertés? S'agit-il des droits et libertés inscrits dans certaines conventions internationales auxquelles le Québec a adhéré, comme le *Pacte inter-*

346. Si le chapitre V ne vise pas des droits et libertés comme tels, l'article 50 le fait de façon indirecte comme nous le verrons dans le développement qui suit.

347. Très peu de ces droits "classiques" (voir la définition de cette expression dans la note 348) ont été oubliés. On peut ainsi penser au droit de se marier et de fonder une famille ou au droit au nom, lesquels sont reconnus dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966). Il est difficile de savoir quelles furent les raisons de ces omissions, mais l'article 50, comme nous le verrons, a peut-être pour objet de corriger cette situation. Quant aux droits économiques et sociaux, la liste n'en est pas complète pour des raisons bien particulières, voir *infra*, p. 494.

348. Les "droits civils" (ou "civil rights") n'ont pas la même signification au Canada et aux États-Unis ou en droit international par exemple où ils équivalent aux droits reconnus aux articles 1 à 10 de notre *Charte*. Au Canada l'expression "droits civils" renvoie, comme on le sait, aux droits qui régissent les rapports entre particuliers et chez nous, ce sont bien sûr les droits qui découlent du Code civil et du Code de procédure civile. C'est ainsi que les libertés d'expression ou de religion sont plutôt qualifiées de "libertés publiques". Voir G.A. BEAUDOIN, "La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux", *supra*, note 223, à la p. 678, et P.B. MIGNEAULT, *Traité de droit civil canadien*, vol. 1, 1895, 131.

Par ailleurs, il n'est pas possible d'utiliser l'expression "droits fondamentaux" pour désigner ce que le droit international qualifie de "droits civils", car la *Charte* affirme au quatrième paragraphe de son préambule que tous les droits qu'elle garantit sont des "droits fondamentaux". À défaut de mieux, nous avons choisi d'employer l'expression "droits et libertés classiques". Celle-ci fera dès lors référence aux "droits civils" au sens du droit international, ce qui inclut les droits politiques et judiciaires.

*national relatif aux droits civils et politiques*³⁴⁹ ou le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁵⁰? Cela signifierait alors que la *Charte* inclut implicitement le droit de se marier et de fonder une famille³⁵¹, le droit général à l'égalité devant la loi³⁵², le droit au travail³⁵³, le droit de grève³⁵⁴, le droit au logement³⁵⁵, etc. Compte tenu de l'économie même de cette loi, on ne saurait évidemment prétendre avec un minimum de sérieux que le législateur a pu vouloir, d'une façon aussi indirecte que celle de l'article 50, en élargir à ce point la portée. Nous serions plutôt enclin à penser que cette disposition peut viser les trois types de droits suivants.

Tout d'abord, il est certain que les droits et libertés qu'on a omis d'inclure dans la *Charte* mais qui sont énoncés dans la *Déclaration canadienne*, comme la liberté de presse, font partie de ces droits fondamentaux de la personne non inscrits dont parle l'article 50. La Cour suprême du Canada vient tout juste de se prononcer en ce sens à l'occasion de l'affaire *Gay Alliance*³⁵⁶. En second lieu, on pourrait possiblement envisager certains droits qui découlent des lois applicables au Québec et qui peuvent être intimement rattachés aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. Le droit au nom, qu'on retrouve à l'article 56 a) du Code civil, pourrait ainsi être considéré comme accessoire au droit reconnu à la personnalité juridique^{356a} et

349. Cette convention internationale fut adoptée par l'Assemblée générale des N.U. le 16 déc. 1966 mais n'entra en vigueur que le 23 mars 1976. Le Canada y a adhéré le 19 mai 1976, avec consentement préalable (le 21 avril 1976) du Gouvernement du Québec, voir A.C. no 1438-76.

350. Cette convention internationale fut adoptée par l'Assemblée générale des N.U. le 16 déc. 1966 et n'entra en vigueur que le 3 janvier 1976. Le Canada y a adhéré le 19 mai 1976 avec consentement préalable (le 21 avril 1976) du Gouvernement du Québec, A.C. no 1438-76.

351. Voir *supra*, note 349, art. 23.2.

352. *Id.*, art. 26.

353. Voir *supra*, note 350, art. 6.

354. *Id.*, art. 8 d).

355. *Id.*, art. 11.

356. *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, voir *supra*, note 22. La Cour suprême a effectivement considéré dans cette toute récente affaire que la liberté de presse, droit pourtant non inclus dans le Code des droits de la personne de Colombie-Britannique, constituait un droit fondamental de la personne qui devait l'emporter en l'espèce sur le double droit de tout individu à l'accès au "service public" de la section publicitaire d'un journal et à la liberté d'expression, deux droits protégés contre la discrimination par l'article 3 du Code précité. Nous commenterons davantage cette affaire un peu plus loin, voir *infra*, pp. 491 et ss.

356a. Le problème se pose bien sûr à l'égard des femmes. Ainsi, si toute personne a

le droit de se marier, comme l'une des multiples facettes du droit d'association. Partant, le principe d'égalité de l'article 10 pourrait s'appliquer à ces droits. En d'autres termes, nous croyons que l'article 50 constitue, à moins de vouloir donner à la *Charte* une portée qu'elle ne saurait avoir, une règle visant en un deuxième temps à donner une interprétation large et libérale des droits déjà reconnus et protégés contre la discrimination, afin d'y inclure les droits accessoires que le droit québécois prévoit par ailleurs. Il appartiendra dès lors aux tribunaux de déterminer dans chaque cas si un droit accordé par une loi québécoise ou fédérale fait en quelque sorte partie d'un droit de la personne, on est en relation si intime avec lui, considéré dans son acception la plus large, qu'il peut être ajouté à la liste détaillée qu'en donne la *Charte*. Enfin, l'article 50 pourrait aussi avoir pour but de nous rappeler que la jurisprudence canadienne a déjà élevé certains droits au rang de "fondamentaux", et que si le législateur ne les a pas inscrits dans la *Charte*, il n'en a pas moins indiqué son désir de les voir respectés. Ainsi, par exemple, la liberté de commerce a-t-elle traditionnellement été considérée comme l'une des pierres d'assises du fédéralisme canadien par les tribunaux. Évidemment, seule une analyse serrée de la jurisprudence pourrait démontrer le caractère "fondamental" de cette liberté et, possiblement, d'autres droits ou libertés, auquel cas la jouissance de ces derniers en serait garantie en pleine égalité, c'est-à-dire "sans distinction, exclusion ou préférence" fondée sur la race, la couleur, le sexe, etc., comme tous les autres droits et libertés énumérés dans la *Charte*.

Les tribunaux ne s'étant pas encore prononcés quant aux deux dernières possibilités de droits et libertés implicites évoquées ci-dessus, on retiendra surtout que les droits et libertés auxquels fait allusion l'article 10, c'est au moins et assurément l'ensemble des droits et libertés, incluant certains domaines d'activité protégés, explicitement énoncés dans la Partie I de la *Charte*, et ceux que la *Déclaration canadienne des droits* prévoit en plus de ces derniers.

2- Les limites de la protection

En reliant le principe d'égalité aux droits et libertés de la personne reconnus par la *Charte*, le législateur lui a enlevé toute possi-

droit, en pleine égalité, à la reconnaissance et à l'exercice du droit à son nom de naissance sans distinction fondée sur l'état civil, les femmes mariées, comme les célibataires, devraient avoir le droit de conserver et d'utiliser leur nom de naissance pour tous les actes de leur vie civile. C'est la voie, d'ailleurs, que semble avoir choisie le gouvernement dans son nouveau projet de loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, p. l. 89, 4e session, 31e législature, art. 443, déposé en 1re lecture à l'Assemblée nationale le 5 mars 1980.

bilité d'existence indépendante³⁵⁷. C'est, en tout cas, la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour suprême à l'égard de la norme anti-discriminatoire du paragraphe introductif de l'article 1 de la *Déclaration canadienne*³⁵⁸. Et c'est également ce qu'a dit la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle eut à interpréter, dans l'affaire *linguistique belge*³⁵⁹, l'article 14³⁶⁰ de la *Convention européenne des droits de l'homme*, une disposition analogue à celle de notre article 10:

... cette garantie (de l'article 14) n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les droits et libertés reconnus dans la Convention (...). Tout se passe comme si ce dernier (article 14) faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés.

En conséquence, on peut affirmer qu'il n'existe pas, dans la *Charte*, comme c'est le cas avec l'alinéa b) du premier article de la *Déclaration canadienne*³⁶¹ et comme cela aurait pu se produire si on avait conservé jusqu'en troisième lecture la clause générale d'égalité devant la loi qu'on y avait d'abord insérée³⁶², de droit à l'égalité en soi, applicable à tous les droits, qu'ils soient ou non fondamentaux. Il faut, en effet, pour conclure à discrimination ou inégalité, rattacher une distinction fondée sur un motif discriminatoire à un droit, liberté ou domaine d'activité reconnu par la *Charte*, explicitement ou implicitement³⁶³. Si bien qu'en dehors de ce champ d'application limité, si elles sont moralement condamnables, les pratiques discriminatoires ne peuvent être empêchées, du moins par la voie du droit garanti à l'article 10 de la *Charte*. L'égalité dont nous traitons ici se limite donc à l'égalité "juridique" ou "en droit"; il ne

357. Les caractères "indépendant" et "autonome" du principe d'égalité doivent être bien dissociés l'un de l'autre puisqu'il s'agit de deux aspects différents de l'application de l'article 10. Voir *infra*, p. 497.

358. Voir *supra*, p. 413.

359. Voir *supra*, note 23, 33-34.

360. Art. 14. "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

361. Voir *supra*, pp. 413 à 416.

362. Voir *supra*, note 281.

363. L'article 50 ouvre la possibilité, comme nous venons de le voir, *supra*, p. 488, d'une reconnaissance implicite de certains autres droits fondamentaux non inscrits dans la *Charte*.

peut s'agir d'égalité "en fait", car une personne ou un groupe de personnes ne se voient protégés contre la discrimination que dans le cadre de l'exercice de l'un des "droits et libertés de la personne". Dans toute autre situation de fait³⁶⁴ ou de droit³⁶⁵, le législateur a donc laissé la personne comme le groupe sans aucune autre protection que celle qu'a traditionnellement développée la jurisprudence, en droit administratif notamment.

Mais la protection contre la discrimination n'est pas seulement restreinte aux "droits et libertés de la personne". Elle connaît une deuxième limitation intrinsèque imposée cette fois *par* ces derniers. Si la *Charte* accorde une plus grande importance à certains droits et libertés en les faisant prévaloir sur tout acte législatif postérieur³⁶⁶, néanmoins elle leur attribue tous une égale valeur puisqu'en son préambule³⁶⁷ elle les qualifie tous de "fondamentaux". Cela implique donc que si, d'une part, tous les droits et libertés de la personne doivent recevoir la plus large interprétation possible, d'autre part, la portée de l'un s'arrête là où celle de l'autre commence.

À ce propos, l'article 50³⁶⁸ semble nous fournir la règle de conflit à suivre. On pourrait être porté à croire, si on en limitait l'objet au seul rapport entre les droits et libertés énumérés dans la *Charte* et ceux qui ne s'y trouvent pas, que cet article 50 a pour étrange effet d'accorder plus d'importance ou de valeur à ces derniers puisqu'il est

364. Les domaines d'activité protégés par la *Charte* consistent essentiellement, comme nous l'avons déjà dit, en des situations de fait dont le législateur a voulu bannir la discrimination. Nous avons déjà donné un exemple de situation de fait qui déborderait les limites d'application de l'article 10, voir *supra*, note 33. Il faut distinguer ces premières situations de fait, protégés ou non contre la discrimination, de celles qui se produisent dans le cadre de l'exercice d'un droit par ailleurs reconnu comme la liberté d'association par exemple. Dès lors, ces situations de fait deviennent des situations de droit au même titre que les cas de législation discriminatoire par exemple.

365. Le droit de se marier et de fonder une famille n'est pas reconnu dans la *Charte* mais il est accordé par le Code civil aux articles 115 et 116. À moins d'être indirectement intégré dans la *Charte* par le truchement de l'article 50, ce droit se situe à l'extérieur des limites d'application de la protection contre la discrimination accordée par l'article 10. Ce qui veut dire que le législateur peut toujours en restreindre l'exercice sur la base de motifs discriminatoires, comme l'orientation sexuelle par exemple. Si cette restriction n'apparaît pas en toute lettre aux articles 115 et ss. du Code civil, c'est l'interprétation qu'en a toujours donnée la jurisprudence québécoise et que le gouvernement a voulu consacrer à l'art. 401 de son *projet de loi instituant un nouveau Code civil...*, voir *supra*, note 356a.

366. Article 52, voir *supra*, note 12 et *infra*, pp. 516-517.

367. "Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une *Charte* les libertés et droits fondamentaux de la personne..." (5e paragraphe).

368. Voir *supra*, p. 486.

stipulé qu'on ne doit pas interpréter la *Charte* "de manière à supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou liberté qui n'y est pas inscrit". Une telle interprétation, il va sans dire, nous conduirait à la conclusion absurde que l'explicitement reconnu doit céder le pas devant le très indirectement et implicitement suggéré, lequel, au demeurant, ne paraît parfois possible que parce qu'accessoire au premier. C'est pourquoi il faut plutôt voir en cet article 50 une règle de conflit qui prévaut non seulement entre droits inscrits d'une part, et droits non inscrits d'autre part, mais bien entre tous les droits et libertés de la personne. De cette façon, la frontière entre la portée respective de deux droits fondamentaux peut être délimitée dans chaque cas d'espèce par le tribunal, sans qu'il ait à établir quelque hiérarchie artificielle entre eux.

Bien sûr, on imagine assez mal comment un conflit pourrait se produire entre le droit à l'égalité de l'article 10 et un autre droit ou liberté fondamental car, comme nous venons de le dire, le premier possède une caractéristique assez particulière: il n'a aucune existence indépendante des autres droits. L'article 10 fait donc corps avec chaque droit ou liberté pour s'y appliquer concurremment et, pour cette raison même, il constitue non seulement un *droit*, mais aussi un *principe*.

Toutefois, la jouissance en pleine égalité d'un droit ou d'une activité peut entrer en conflit avec l'exercice d'un autre droit fondamental. La toute récente affaire *Gay Alliance*^{368a} nous fournit un bon exemple d'une telle situation. À une association d'homosexuels qui réclamait le droit, sans discrimination fondée sur son orientation sexuelle, de publier une "annonce classée" indiquant simplement le coût d'abonnement de sa revue³⁶⁹ dans un quotidien de Vancouver, le juge Martland a rétorqué pour la Cour suprême que les droits, en pleine égalité, à l'accès aux services publicitaires d'un journal et à la liberté d'expression, ne pouvaient s'appliquer au point de compromettre sérieusement un autre droit fondamental, celui de la liberté de presse reconnu par la *Déclaration canadienne des droits*³⁷⁰:

Le droit a reconnu la liberté de la presse de diffuser ses opinions et ses idées et de choisir ce qu'elle publie. Conséquemment, un journal

368a. Voir *supra*, note 22.

369. Cette revue était vouée à la promotion de l'idée que l'homosexualité constitue une forme normale d'expression de l'individualité de chacun. Ladite annonce classée se lisait par ailleurs comme suit: "Subs to GAY TIDE, gay lib paper, \$1.00 for 6 issues. 2146 Yew St., Vancouver". *Id.*, 441 (notes du juge en chef).

370. *Id.*, 455.

a également le droit de refuser de publier ce qui va à l'encontre des vues qu'il exprime.

En revanche, le juge a tenu à préciser que dans la mesure où un message ne contient rien de contraire aux politiques d'une publication, celle-ci ne peut, au nom de la liberté de presse, priver quiconque du droit d'accès au service public de ses pages commerciales "sans cause raisonnable" — "*unless reasonable cause*", — c'est-à-dire sur la base d'un motif de discrimination³⁷¹:

L'effet de l'art. 3 est d'assurer qu'un service offert au public l'est à tous ceux qui veulent y avoir recours et le journal ne peut en refuser l'accès à un membre particulier du public à moins d'une cause raisonnable de refus.

Ainsi, la Cour suprême a-t-elle simplement utilisé en l'espèce la règle de conflit proposée par l'article 50 de la *Charte*, laquelle, on le constate ici, est universelle et n'a aucunement pour objet de hiérarchiser les droits fondamentaux entre eux, mais bien de confier aux tribunaux la tâche de veiller à l'application harmonieuse de chacun d'eux.

Il existe néanmoins un droit fondamental qui échappe à la règle de conflit de l'article 50, à telle enseigne que la protection contre la discrimination de l'article 10 ne peut s'y appliquer. Il s'agit en effet du droit de toute personne au respect de sa vie privée garanti par l'article 5 de la *Charte*. Le législateur lui-même, comme nous le savons³⁷², a admis cette réalité en n'interdisant les pratiques discriminatoires que dans les domaines d'activité qui revêtent un certain caractère public ou mettent en jeu des questions d'intérêt public. Nous suivons donc entièrement Bossuyt lorsqu'il affirme que si toute personne a droit, en pleine égalité, à une vie privée, celle-ci appartient d'autre part au domaine de non-ingérence du droit antidiscriminatoire³⁷³:

(I)l faut rester conscient des limites du droit. Le droit ne peut tout régler; il ne peut s'ingérer dans la vie privée, au sens large du terme, sans porter atteinte non seulement au droit à la vie privée mais encore à toute une série de libertés fondamentales faisant partie du catalogue des droits de l'homme. C'est en fixant les frontières de la vie privée que le droit détermine en même temps ses propres limites et par ce fait même, les limites du champ d'application d'une inter-

371. *Id.*, 456. Voir le libellé de la norme antidiscriminatoire de Colombie-Britannique et son interprétation, *supra*, notes 270 et 272.

372. Voir *supra*, p. 482.

373. *Op. cit. supra*, note 25, p. 90.

diction générale de la discrimination. Par conséquent, il fait clairement distinguer la vie privée de la vie publique. Tout individu, sans aucune discrimination, a droit à une vie privée, mais ce droit même l'autorise à pratiquer des distinctions arbitraires dans le cadre de celle-ci. La vie privée appartient au domaine de non-ingérence du droit: par conséquent l'interdiction de la discrimination n'y est pas applicable.

Bref, si le principe d'égalité vise tous les "droits et libertés de la personne", incluant certains domaines d'activité protégés, il ne s'applique qu'à eux et s'arrête là où il pourrait hypothétiquement porter atteinte à l'exercice d'un autre droit fondamental; par ailleurs, le droit à la vie privée se situe, pour des raisons particulières, en dehors de son champ d'application.

Sous-section 2 — Les caractères de la protection

Connaissant la portée de la protection contre la discrimination, il nous faut maintenant voir, d'une part, pourquoi il n'y a pas lieu de nuancer l'application de cette protection selon la nature différente de certains droits et libertés et, d'autre part, dans quelle mesure un droit ou une liberté doit être atteint lorsqu'une distinction discriminatoire est repérée, ou, à l'inverse, quel degré d'autonomie possède le principe d'égalité par rapport à l'ensemble des droits et libertés dans le cadre desquels il trouve application.

1- L'uniformité d'application de l'article 10 aux droits et libertés

En intégrant dans un même document des droits et libertés classiques de la personne, soit "civils"³⁷⁴, politiques et judiciaires ainsi que des droits économiques et sociaux, le législateur québécois fait figure d'innovateur au Canada. Aux quelques endroits³⁷⁵ où on a adopté une *Charte* des droits fondamentaux, on s'en est effectivement tenu aux seules libertés classiques. Par ailleurs, en droit international, si on a bien sûr reconnu par des Déclarations et Conventions tant des droits "classiques" que des droits économiques et sociaux, c'est en général par des textes séparés qu'on l'a fait³⁷⁶. Le

374. L'expression "droits civils" est bien sûr employée ici au sens du droit international, voir *supra*, note 348.

375. Au Canada, seuls les législateurs fédéral, de la Saskatchewan et de l'Alberta ont adopté une Déclaration des droits fondamentaux ou un "*Bill of Rights*" en tant que tel, voir *supra*, note 3.

376. Seule la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 déc. 1948 (Résolution 217 (111) A de l'Assemblée générale des Nations-Unies) semble faire exception à cette règle.

Pacte relatif aux droits civils et politiques et le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* auxquels nous avons fait référence ci-dessus³⁷⁷ témoignent bien de cette réalité. Or cette catégorisation de droits n'est pas sans raison.

On reconnaît généralement en droit international³⁷⁸ comme en droit interne d'ailleurs³⁷⁹, des différences fondamentales entre les deux types de droit précités. Ainsi les droits classiques sont considérés comme des droits naturels, intrinsèques dont "la mise en oeuvre relève directement et exclusivement de l'initiative des titulaires aussitôt qu'(ils) sont reconnus"³⁸⁰. Conséquemment, l'État n'a que des obligations "négatives" par rapport à ces droits: il n'a qu'un devoir *d'abstention* et ne peut y déroger que pour en surveiller l'exercice^{380a}. Quant aux droits sociaux et économiques, ils "ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers"³⁸¹. On les appelle également des droits de "créance" de l'individu contre l'État, celui-ci se voyant investi, en les reconnaissant, d'un devoir *d'intervention*, d'obligations "positives" destinées à en assurer la réalisation concrète. Bref, la jouissance des droits classiques est immédiate tandis que celle des droits sociaux ou droits de "créance" est virtuelle car elle ne sera possible que dans la mesure de l'effort financier que l'État voudra ou pourra y consacrer.

377. Voir *supra*, notes 349 et 350.

378. M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 184 et ss.; P. ORIANNE, "De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les Déclarations internationales", (1974) 34 *Annales de droit* 147; J. RENAUD, "Réflexions sur la nature des droits de l'homme", (1968) 45 *Rev. de droit int. et de droit comparé* 149.

379. J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 49, 104 et ss. La Constitution française de 1946, comme celle de la République italienne de 1947, reconnaissent, en plus des droits classiques, des droits sociaux, comme le droit au travail, le droit à l'éducation, à la santé, etc. Mais l'interprétation qu'on en donne est la même qu'en droit international.

380. *Id.*, 104.

380a. On constate ainsi que dans tous les pays, l'État se doit de restreindre le droit fondamental et universellement reconnu, sauf en régime totalitaire, à la liberté d'expression. Des impératifs bien normaux comme le respect de l'honneur et de la réputation des personnes ou encore l'ordre public et les bonnes mesures le forcent à surveiller l'exercice de ce droit au point même de l'interdire dans les cas de diffamation, de blasphème ou de propagande haineuse (au Canada, voir les articles 260 et ss. du Code criminel). Il en est de même du droit classique à la liberté de manifestation dont l'exercice est presque toujours surveillé par les pouvoirs publics par l'imposition de formalités préalables comme l'obtention d'un permis au nom de la paix et de l'ordre publics.

381. J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 104.

Selon la doctrine, il résulte des distinctions entre les droits classiques et les droits sociaux qu'il faut reconnaître une application différente du principe de non-discrimination selon la nature de ces droits. Si chaque État doit garantir, en pleine égalité, la jouissance immédiate, complète et universelle des droits classiques, les droits sociaux, considérés davantage comme des objectifs³⁸² que comme des droits proprement dits, ne pourront être assurés que progressivement dans le temps, dans certains secteurs de droit et certaines couches de la société. D'où la nécessité d'une application assez relative, c'est-à-dire non uniforme du principe d'égalité vis-à-vis de tous ces droits.

Ce raisonnement peut-il tenir en regard aux droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte*? Nous n'en croyons rien. En regroupant ces derniers et les droits classiques dans un seul et même document, nous estimons en effet que notre législateur a voulu mettre tous ces droits sur le même pied — parant par le fait même la doctrine générale ci-dessus évoquée — et que, par conséquent, le principe d'égalité de l'article 10 doit s'appliquer à tous de la même façon. Notre opinion est d'ailleurs étayée par le choix même des droits sociaux inscrits dans la *Charte*. Les droits de l'enfant à la protection de sa famille³⁸³ et de la personne âgée ou handicapée à être protégée contre l'exploitation³⁸⁴, ceux des parents à l'enseignement religieux ou moral et aux institutions d'enseignement privées pour leurs enfants³⁸⁵, les droits des minorités à faire progresser leur vie culturelle³⁸⁶ ainsi que ceux de la personne à l'instruction publique gratuite³⁸⁷, à la sécurité sociale³⁸⁸ et à des conditions de travail justes et raisonnables³⁸⁹ ne se résument pas à de simples droits virtuels ou à des principes purement théoriques comme le serait, par exemple, le droit au travail dans la conjoncture économique actuelle³⁹⁰. En effet,

382. P. ORIANNE, *op. cit. supra*, note 378, 161.

383. Article 39.

384. Article 48.

385. Articles 41 et 42.

386. Article 43.

387. Article 40.

388. Article 45.

389. Article 46.

390. Quant aux droits reconnus aux articles 44 (droit à l'information) et 47 (égalité des époux), ils ne constituent pas, à proprement parler, des droits de "créance" contre l'État. Bien au contraire, toute intervention de l'État a toujours été fort mal perçue en ces matières. En ce sens, ces derniers font davantage partie des droits classiques et devraient plutôt se retrouver au chapitre premier de la *Charte*.

des lois et des institutions existaient déjà au moment de l'adoption de la *Charte* et en garantissaient le plein exercice. Le législateur québécois s'est donc limité à ne reconnaître que les droits économiques, sociaux et culturels dont les citoyens concernés (enfants, parents, minorités, personnes âgées ou handicapées, etc.) pouvaient jouir immédiatement, au même titre que tous les autres droits reconnus dans la *Charte*³⁹¹. Ainsi, même si les droits socio-économiques se distinguent théoriquement des droits classiques de par leur caractère progressif — on précise le plus souvent qu'ils n'existent que "dans la mesure prévue par la loi"³⁹² —, cette différence n'est qu'apparente en réalité. Les droits du chapitre premier sont en définitive tout aussi variables, en un sens, que ceux du chapitre IV puisque, par le truchement des articles 51 et 52, l'individu ne peut en jouir que dans la mesure où le législateur consent à ne pas en restreindre l'exercice. Il faut d'ailleurs noter à ce propos la restriction expresse — "sauf dans la mesure prévue par la loi" — des droits à la propriété privée (article 6), à se porter candidat à une élection et à voter (article 22).

Bref, ces deux types de droit ont bien plus en commun qu'on ne serait porté à le croire de prime abord et, du point de vue de l'application uniforme du principe d'égalité, ils partagent une qualité essentielle: l'existence concrète. On constate en outre qu'une atteinte à un droit social ou économique comme à un droit classique donne à la victime un même droit de recours en justice afin d'en obtenir la cessation et la réparation du préjudice qui peut en résulter³⁹³.

L'uniformité d'application du principe de non-discrimination aux droits classiques comme aux droits économiques et sociaux ne constitue pas une théorie révolutionnaire unique au Québec en vertu de sa *Charte des droits et libertés*. Bien au contraire, c'est la pratique internationale qui l'a développée par l'entremise de la Cour européenne des droits de l'Homme, se trouvant par le fait même à s'inscrire en faux contre la doctrine courante. La Cour a ainsi affirmé dans l'affaire *linguistique belge*³⁹⁴:

391. Le Ministre Choquette a clairement fait connaître les intentions du gouvernement à cet égard en déclarant, lors des débats de deuxième lecture sur la première version du projet de loi 50, que les droits énoncés dans la *Charte* devaient se limiter à ceux déjà soutenus par des lois et des institutions qui en garantissaient la jouissance: (1974) 15 *Journal des débats*, no 79, 2742. Dans cette optique, on ne peut que déplorer l'absence dans la *Charte* d'un droit social éminemment fondamental: le droit à la santé.

392. Voir les articles 40, 41, 42, 44, 45 et 46.

393. Voir l'article 49.

394. Voir *supra*, note 23, 34.

Tout se passe comme si ce dernier (article 14) faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent, et par exemple suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention. Le caractère très général de l'article 14 — "la jouissance des droits reconnus dans la présente Convention doit être assurée" — le prouve d'ailleurs clairement.

L'article 10 de la *Charte* n'ayant pas un caractère moins général que celui de l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, le principe de son application égale ou uniforme à tous les droits qui y sont énoncés apparaît donc indiscutable.

2- L'autonomie d'application de l'article 10

Nous savons déjà que l'article 10 constitue une norme antidiscriminatoire sans existence indépendante et que, partant, la *Charte* ne peut interdire de façon générale toute discrimination en soi, mais uniquement celle qui se pratique en matière de "droits et libertés de la personne"³⁹⁵.

Le caractère autonome de la protection accordée par l'article 10 concerne une toute autre réalité. Il s'agit de savoir s'il suffit, pour conclure à une discrimination, qu'une différence de traitement fondée sur un motif interdit soit simplement pratiquée dans le cadre d'un droit reconnu par la *Charte* ou, au contraire, s'il faut en plus une violation concomitante de l'un de ces droits.

Le second paragraphe de l'article 10 définissant ce qu'il faut entendre par discrimination a été malheureusement formulé de façon ambiguë à cet égard. Rappelons-en ici les termes:

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet *de détruire ou de compromettre ce droit*.

On a écrit que le droit auquel renvoie le second paragraphe de l'article 10 ne peut être qu'un droit ou une liberté de la personne³⁹⁶, de telle sorte que, pour en arriver à conclure à discrimination, une distinction discriminatoire devait "détruire ou compromettre" le libre exercice d'un droit reconnu par la *Charte*, à savoir par exemple, la liberté de religion ou encore le droit à l'instruction publique gra-

395. Voir *supra*, pp. 488 et ss.

396. M. CARON, *loc. cit. supra*, note 5, 216; R. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 647, 649. L'opinion du second auteur n'est toutefois pas aussi catégorique que celle du premier à ce sujet et, telle qu'exprimée, elle permet en fait plusieurs interprétations.

tuite. Une telle interprétation nous paraît toutefois erronée. Avec tout le respect dû aux tenants de l'opinion contraire, une lecture attentive de l'ensemble de la *Charte* et de l'article 10 lui-même nous conduit inévitablement à la conclusion que la raison d'être de cette dernière disposition, c'est uniquement de garantir le droit à l'égalité en matière de droits et libertés de la personne et eu égard à certains motifs de discrimination limitativement énumérés. L'article 10 proclame en effet comme suit ce droit à l'égalité:

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, etc...

Il ne peut donc être question d'un autre droit au second paragraphe que de celui à l'égalité, à moins de vouloir prétendre que l'objet premier de cet article se résume à la reconnaissance des droits et libertés. Cela, quant à nous, ne saurait être sérieusement soutenu puisque ces derniers sont déjà expressément reconnus du seul fait de leur présence dans la *Charte*. L'article 10 a donc une mission bien précise: garantir le droit à l'égalité par l'élimination de certaines formes de discrimination pratiquées dans le cadre de l'exercice de certains droits et libertés, c'est-à-dire au-delà des quelques domaines d'activité déjà protégés.

Voilà pourquoi le législateur a défini l'égalité et la discrimination l'une par rapport à l'autre et en les opposant. La définition de la discrimination que donnait la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*³⁹⁷ et qui, à coup sûr³⁹⁸, a servi de modèle à l'article 10, avait à ce sujet une formulation beaucoup plus heureuse, comme nous l'avons vu^{398a}, puisqu'elle énonçait clairement qu'une discrimination équivalait à une distinction fondée sur un motif énuméré et ayant "pour effet de détruire ou de compromettre l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de professions".

Il s'ensuit donc que pour conclure à discrimination interdite par l'article 10, il n'est aucunement nécessaire qu'une différence de traitement "détruisse ou compromette" un droit ou une liberté de la personne. Il suffit, mais il le faut, que la distinction discriminatoire soit pratiquée dans le cadre de l'un de ces droits ou libertés. Or, comme le modèle de l'article 10, soit l'article 1 a) de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, était lui-même une véritable réplique de la norme an-

397. Voir *supra*, note 236.

398. B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 647.

398a. Voir *supra*, p. 448.

tidiscriminatoire d'une convention internationale³⁹⁹, consulter la pratique internationale paraît ici non seulement utile mais nécessaire. La Cour européenne nous fournit en effet un éclairage judicieux sur la question de l'autonomie du principe d'égalité inscrit à l'article 14⁴⁰⁰ de la *Convention européenne des droits de l'homme*, disposition également comparable à notre article 10, dans deux de ses décisions, à savoir l'affaire *linguistique belge*⁴⁰² et l'affaire *Syndicat de la police belge*⁴⁰².

Dans le premier cas, la loi belge réglementait l'accès aux écoles de certaines communes en banlieue de Bruxelles à partir de motifs "fondés plus encore sur la langue que sur la résidence"⁴⁰³. Cette loi ne se trouvait en aucune façon à nier ou à refuser l'exercice du droit à l'instruction de qui que ce soit en Belgique et, en ce sens, elle ne violait pas comme tel ce droit reconnu dans la *Convention européenne des droits de l'homme*. La Cour détermina alors que la norme antidiscriminatoire pouvait s'appliquer de façon autonome⁴⁰⁴:

... une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14 pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire.

Cette interprétation a ainsi amené la Cour à déclarer discriminatoire la loi belge, quoique conforme au droit à l'instruction, dans le cas des six communes en question.

La seconde affaire, soit celle du *Syndicat national de la police belge*, vint entériner le caractère d'application autonome du principe de non-discrimination de façon encore plus explicite. En l'espèce, le syndicat ne reprochait pas tant au gouvernement de bafouer l'article 11⁴⁰⁵ de la *Convention européenne des droits de l'homme*, que de le défavoriser par rapport aux trois autres syndicats de policiers. Le Ministère de l'Intérieur ne reconnaissait pas ce syndicat, en effet,

399. *Convention de l'O.I.T. concernant la discrimination en matière d'emploi ou de profession*, (1958), art. 1.1; voir le texte de cette norme, *supra*, p. 393.

400. Voir le texte intégral de cette norme, *supra*, note 314.

401. Voir *supra*, note 23.

402. Arrêt du 27 octobre 1975 in M. BOSSUYT, *op. cit. supra*, note 25, 233-240.

403. Voir *supra*, p. 474.

404. Voir *supra*, note 23, 33.

405. Art. 11.1: "Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts".

comme l'une des organisations représentatives qu'il devait consulter, en vertu de la loi, afin de fixer les conditions de travail de leurs membres. Après avoir déclaré à l'unanimité que l'article 11 n'avait effectivement pas été violé puisqu'il "ne garantissait pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'État et notamment le droit d'être consulté par lui"⁴⁰⁶ et que "ce dernier droit... ne constitu(ait) pas un élément nécessairement inhérent à un droit garanti par la Convention"⁴⁰⁷, la Cour a néanmoins arrêté que l'exclusion du syndicat-requérant de la consultation gouvernementale portait atteinte à l'article 14 car "(elle comptait) parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti par (la Convention)"⁴⁰⁸.

Le critère énoncé par la Cour dans cette affaire confirme donc l'autonomie de la norme antidiscriminatoire tout en y apportant une précision supplémentaire. Dans les deux cas, en effet, l'État avait accordé, sans y être obligé par la *Convention européenne*, des avantages supplémentaires dans le cadre de droits et libertés reconnus dans cette dernière. Ces avantages ayant par la suite été considérés comme des modalités d'exercice du droit reconnu, on dut en venir à la conclusion que l'article 14 s'y appliquait et que, dès lors, ils devaient être accordés également à tous, c'est-à-dire sans discrimination au sens de cet article.

Ainsi, non seulement le texte même de la norme d'égalité québécoise, mais également une jurisprudence portant sur une disposition analogue confirment le caractère autonome de la protection accordée par cette norme. Il suffit donc, pour porter atteinte à l'article 10, de faire une distinction fondée sur un motif de discrimination dans le cadre d'un droit ou d'une liberté reconnus par la *Charte* ou quant à l'une de leurs modalités d'exercice. Il ne s'avère nullement nécessaire de priver quelqu'un d'un tel droit.

SECTION 2

LES PERSONNES PROTÉGÉES PAR L'ARTICLE 10

Comme les droits et libertés de la personne dans le cadre desquels doit se pratiquer une discrimination concernent uniquement les *personnes* — les *choses* ne pouvant évidemment être titulaires de droits — une constatation s'impose d'elle-même: le droit à l'égalité

406. Les droits reconnus à l'art. 11 font effectivement partie des droits "classiques", lesquels imposent d'abord et avant tout à l'État un devoir d'abstention. Voir *supra*, p. 494.

407. Voir *supra*, note 402, 234.

408. *Id.*, 236.

garanti à l'article 10 ne peut signifier que l'égalité des personnes et le traitement des choses n'importera que s'il affecte de façon discriminatoire les personnes qui ont des droits sur elles.

Cette seconde section a ainsi pour objet d'identifier qui le législateur a voulu protéger contre la discrimination, par l'emploi, au tout début de l'article 10, des mots "toute personne". Après avoir analysé si les personnes morales bénéficient du droit à l'égalité au même titre que les individus, nous examinerons si la protection contre la discrimination s'étend en outre aux divers groupes de personnes non incorporés.

Sous-section 1 — La personne physique et la personne morale

Si la personne physique jouit de tous les droits et libertés reconnus par la *Charte*, la personne morale s'en voit parfois expressément exclue par l'emploi de termes comme être humain⁴⁰⁹, enfant⁴¹⁰, parents⁴¹¹, époux⁴¹² ou encore personne âgée ou handicapée⁴¹³ pour désigner le titulaire d'un droit, ce qui élimine automatiquement toute possibilité qu'une personne morale puisse en bénéficier. En outre, le mot "personne" dans certains articles ne peut viser que des individus en raison du contexte⁴¹⁴. Mentionnons, à titre d'exemple, le droit à la sauvegarde de sa dignité et de son honneur⁴¹⁵ qui ne saurait que difficilement appartenir à une personne morale ainsi que le droit politique de voter, nécessairement restreint aux individus puisque, d'une part, la *loi électorale*⁴¹⁶ stipule expressément que ce droit n'est accordé qu'aux personnes physiques et que, d'autre part, l'article 22 de la *Charte* ne le reconnaît qu'à la "per-

409. Articles 1 et 2.

410. Article 39.

411. Articles 41 et 42.

412. Article 47.

413. Article 48.

414. La *Loi d'interprétation*, voir *supra*, note 331, art. 61.16, définit ainsi le mot "personne": "le mot "personne" comprend les corporations et s'étend aux héritiers et représentants légaux, à moins que le statut ou les circonstances particulières du cas ne s'y opposent".

415. Article 4. Une personne morale pourrait par contre revendiquer le droit à sa réputation que reconnaît aussi ce même article.

416. L.R.Q. 1977, c. F-3, art. 48.

sonne légalement habilitée et qualifiée” pour ce faire⁴¹⁷. Par ailleurs, le préambule de la *Charte* parle à peu près uniquement d’“être humain” et de “personne humaine”. Cela s’expliquerait toutefois par le fait qu’au départ, le législateur québécois n’avait que les individus à l’esprit⁴¹⁸ et qu’à l’origine, effectivement, seules les personnes physiques étaient visées par les proclamations de droits et libertés dans le monde⁴¹⁹.

Il est cependant généralement admis⁴²⁰ aujourd’hui que les personnes morales bénéficient des droits et libertés, dans la mesure où le contexte ne s’y oppose pas, au même titre que les personnes physiques. L’utilisation de plus en plus fréquente du mot “personne”, seul, sans autre qualificatif ayant trait à l’humain, semble d’ailleurs en constituer la meilleure preuve⁴²¹.

Dans la *Charte* québécoise, plusieurs dispositions accordent ainsi des droits et libertés aux personnes morales. L’article 3 qui

-
417. Le contexte s’oppose également à ce qu’une personne morale puisse jouir des droits judiciaires d’une personne arrêtée ou détenue (arts 25 à 32), du droit à l’instruction (art. 40), du droit à la vie culturelle (art. 43), du droit à une aide financière (art. 45), du droit aux justes conditions de travail (art. 46), etc.
418. Le Ministre de la Justice et parrain du projet de *Charte*, M. Jérôme Choquette, croyait en effet, lors des audiences publiques tenues par la Commission permanente de la Justice, que seules les personnes physiques étaient visées par la future *Charte*. Mais il dut se rendre à l’évidence un peu plus tard et indiqua, en réponse à une question de la Chambre des Notaires, que, “dans certains cas”, des personnes morales pouvaient en bénéficier, (1975) 4 *Journal des débats*, B-190, B-213.
419. “Il est incontestable qu’initialement, seules les personnes physiques étaient visées par la protection des droits de l’homme”, S. MARCUS-HELMONS, “Les personnes morales et le droit international”, in *Les droits de l’homme et les personnes morales*, Bruxelles, Bruylant, 1970, 35.
420. Aux États-Unis, la Cour suprême a reconnu le droit constitutionnel à l’*Equal Protection of the Laws* aux personnes morales depuis longtemps: *Santa Clara c. Southern Pacific R.R.*, (1886) 6 S.Ct. 1132. En droit international, la reconnaissance des droits de l’Homme aux personnes morales ne fait plus de doute, voir: P. DE VISSCHER, Allocution de clôture, in *Les droits de l’homme et les personnes morales*, op. cit. supra, note précédente, 161. Au Canada, la jurisprudence administrative découlant des lois provinciales est au même effet, voir *Cooper c. Belmont Property Management*, (1973) B.I. 2 (Ont.); *Schmidt c. Calgary Board of Education*, 6 confirmé en appel (Alta S.C.), voir supra, note 148; *Cumming c. Ontario Minor Hockey Association*, (1977) B.I. 14-15 (Ont.) confirmé en appel, voir supra, note 254. Cependant, il en va tout autrement en ce qui concerne la *Déclaration canadienne des droits*, voir infra, p. 506 et note 435.
421. Les textes antidiscriminatoires canadiens et américains renvoient tous, soit à la loi d’interprétation de leur État, soit à la définition qu’eux-mêmes donnent du mot “personne”, ce qui, dans tous les cas, inclut la “corporation”.

garantit la liberté d'expression, en fait certainement partie⁴²². Mais qu'en est-il du droit à la non-discrimination reconnu à l'article 10? Le contexte s'oppose-t-il à ce qu'une personne morale en soit bénéficiaire? Considérant le fait qu'une personne morale est juridiquement une personne distincte de ses membres⁴²³ et qu'elle possède une existence propre, la question suivante doit nous préoccuper: comment une entité aussi abstraite, une pure fiction juridique, peut-elle être titulaire d'un droit qui la protégerait contre une différence de traitement fondée sur un motif de discrimination, c'est-à-dire une "caractéristique ou manifestation essentielle"⁴²⁴ de l'individu? Par définition, en effet, une telle créature n'a ni race, ni langue, ni religion.

Tout d'abord, chacun sait qu'il existe deux types principaux de personnes morales fort différents l'un de l'autre: ce sont les compagnies sans but lucratif et celles à fonds social⁴²⁵. La distinction a son importance ici puisque la première est une association de personnes physiques tandis que la seconde consiste d'abord et avant tout en une association de capitaux⁴²⁶. Dans ce dernier cas, l'objection de contexte paraît des plus sérieuses car la raison d'être d'une entreprise, définie dans sa charte constitutive par la description de ses objets, se résume essentiellement au profit⁴²⁷. Or, comme l'argent n'a ni odeur, ni saveur, il a encore moins une race, un sexe, une religion ou une opinion politique: seuls ses dirigeants peuvent posséder un tel attribut distinctif, ce qui est fort différent⁴²⁸. On ne peut

422. Les personnes morales peuvent sans doute jouir aussi du droit à la propriété privée (arts 6 et 8), du droit d'adresser une pétition à l'Assemblée nationale (art. 21), des droits judiciaires (arts 23 et 33 à 38), du droit à l'information (art. 44), etc.

423. Art. 352 C.c.: "Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale dont l'existence et la succession sont perpétuelles, ou quelquefois pour un temps défini seulement, et qui est capable de certains droits et sujette à certaines obligations".

424. Voir *supra*, p. 452.

425. Voir la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. 1977, c. C-38, Parties I, I-A et III; *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-32, Parties I et II; *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33, mod. par S.C. 1977-78, c. 9.

426. Le Code civil, aux articles 1889 à 1891, de même que la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, voir note précédente, à l'article 2, parlent plus justement, à notre avis, de "société par actions".

427. Art. 1891 C.c.

428. À ce propos, qu'il s'agisse d'une immense compagnie aux milliers d'actionnaires anonymes ou encore de la compagnie à actionnaire unique ("*one-man company*"), le problème demeure exactement le même puisque, du point de vue juridique, nous sommes en présence de deux personnes morales distinctes de leur(s) fournisseur(s) de capitaux.

vraisemblablement concevoir qu'une seule véritable exception à cet égard, et c'est celle de la langue puisque dans ce cas, le législateur a expressément déterminé la langue de communication des entreprises oeuvrant au Québec, à savoir le français, ou, à titre exceptionnel, le français et une autre langue ou encore une autre langue seulement⁴²⁹.

Mais alors en va-t-il différemment des associations d'individus que sont les compagnies sans but lucratif? Leurs objets consistant la plupart du temps en la défense des intérêts d'un groupe humain donné, on est tenté de croire qu'elles peuvent posséder dès lors la plupart des caractéristiques humaines énumérées à l'article 10 en tant que motifs de discrimination. Cela ne pose effectivement aucun problème grave en ce qui concerne les motifs se rapportant à certains "choix fondamentaux"⁴³⁰ de la personne tels que la langue⁴³¹, la religion ou les convictions politiques par exemple. Les personnes morales jouissent du droit à la liberté d'expression et ces manifestations non inhérentes au seul individu ne sont en fait que l'une des multiples façons d'exercer ce droit. Sur le plan strictement juridique toutefois, il nous paraît extrêmement difficile d'accepter qu'une entité purement fictive puisse être dotée d'une race, d'un sexe, d'un état civil, d'une origine ethnique, d'une condition sociale ou encore d'un handicap physique. Elle peut être vouée à la défense des

429. *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11, art. 51 à 71 et 135 à 156. On pourrait peut-être à la rigueur prétendre qu'une personne morale est également dotée d'une origine nationale. Le capital n'a-t-il pas en effet une nationalité? La chute de notre devise sur les marchés de change internationaux depuis quelque temps nous le rappelle bien d'ailleurs au cas où nous en douterions! Cependant, le seul critère de la provenance du capital est-il suffisant pour déterminer l'origine nationale d'une entreprise? Ne faut-il pas tenir compte également d'autres facteurs comme son(ses) principal(aux) lieu(x) d'affaires, le lieu du(des) siège(s) social(aux), les endroits où sont tenues les assemblées des actionnaires et les délibérations du Conseil d'administration? Et que dire des compagnies dites "multinationales" ou "transnationales"? Nous laissons aux spécialistes du droit des compagnies le soin d'apporter une réponse, si la chose est possible, à ces questions assez complexes.

430. Rappelons qu'il existe deux catégories de motifs: ceux qui résultent de certains "choix fondamentaux" de la personne et ceux qui sont "inhérents" à l'être humain. Voir *supra*, p. 452.

431. Sous réserve des dispositions de la *Charte de la langue française*, voir *supra*, note 429, notamment les arts 16, 17, 58, 63, 64, ayant trait à certaines communications écrites adressées au public ou à l'Administration. Si le motif de la langue devait toutefois se résumer à la notion de langue maternelle, il ne constituerait pas un "choix fondamental" de l'individu, mais l'une de ses caractéristiques inhérentes que la personne morale ne saurait dès lors revendiquer. Voir *supra*, note 252.

intérêts de ses membres, lesquels posséderont peut-être ces caractéristiques strictement humaines, mais assurément, elle ne saurait être qualifiée de la sorte.

Bref, sauf pour quelques exceptions possibles applicables à l'association incorporée sans but lucratif, la personne morale ne jouit pas en elle-même de par sa seule existence, du droit à l'égalité puisqu'il lui manque le premier élément qui puisse la rendre susceptible de discrimination: le motif.

Toutefois, le droit garanti à l'article 10 ne se limite pas uniquement aux pratiques discriminatoires fondées sur l'un des attributs distinctifs de la victime. On n'y parle pas du droit de toute personne à la non-discrimination fondée sur *sa* race ou *sa* religion, comme dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*, mais bien dudit droit fondé sur *la* race, *la* religion, etc. Cela signifie donc clairement qu'il n'est nullement nécessaire que le motif de discrimination appartienne en propre à une personne pour qu'elle puisse se réclamer du droit à l'égalité: il suffit qu'elle souffre directement et personnellement d'un acte discriminatoire basé sur la religion ou la langue d'un tiers⁴³².

Ainsi, une association incorporée constitue-t-elle la véritable victime d'une discrimination si, contrairement à l'article 12 par exemple, on refuse de contracter avec elle parce qu'un ou quelques-uns des membres de son conseil d'administration sont noirs, juifs, femmes, anglophones, marxistes, etc? En ce sens, la personne morale avec ou sans but lucratif est indiscutablement titulaire du droit à l'égalité et elle jouit de tous les recours administratifs⁴³³ et

432. Au Canada, nous avons retrouvé une application de ce type de discrimination "par ricochet" pour ainsi dire, dans deux affaires, soit *Cooper c. Belmont Property Management*, voir *supra*, note 420 et *Jahn c. Johnstone*, voir *supra*, note 255. Il s'agissait, dans le premier cas, d'un couple dont le mari était de race noire. L'épouse, à qui on refusa un emploi, porta plainte même si la discrimination avait été exercée en raison de la race de son mari. Malgré un texte beaucoup plus restrictif que celui de l'article 10 de la *Charte*, le tribunal considéra que la loi ontarienne (voir *supra*, note 3, art. 4) permettait à l'épouse de porter plainte comme victime de la discrimination exercée à son endroit à cause de la race de son mari. L'article pertinent de la loi ontarienne en l'espèce était en effet le suivant:

"4 (1) (b) No person shall... refuse to employ... any person... because of... race or colour... of such person...".

Dans la seconde affaire, le tribunal en arriva à la même conclusion à l'égard d'un locateur qui menaçait d'évincer une de ses locataires si elle ne cessait d'inviter des personnes de race noire chez elle.

433. Articles 69 et ss.

judiciaires⁴³⁴ prévus dans la *Charte* afin d'en assurer le respect.

La "générosité" de la *Charte* quant à la protection contre la discrimination marque ainsi un fort contraste avec les positions adoptées dans les lois antidiscriminatoires fédérales⁴³⁵ et dans celles de deux provinces canadiennes, à savoir la Nouvelle-Écosse⁴³⁶ et l'Île-du-Prince-Édouard⁴³⁷. Ces trois législateurs ont en effet expressément réservé le droit à la non-discrimination aux seules personnes physiques par l'emploi exclusif du mot "individu" pour désigner la victime et de celui de "personne" en ce qui concerne l'auteur d'un acte discriminatoire. Une personne morale ne peut donc jamais être victime d'une discrimination car elle ne jouit même pas, contrairement à ce qui est le cas au Québec, du droit à l'égalité.

Sous-section 2 — Le groupe

Largement inspirée de la tradition de pensée libérale⁴³⁸ dont l'individualisme est l'une des pierres d'assise⁴³⁹, la *Charte* énonce à peu près exclusivement des droits individuels. Toutefois, certains d'entre eux, qui font partie des droits dits économiques et sociaux, sont expressément accordés à des groupes de personnes, notamment les articles 41 et 42 concernant les droits des "parents" à choisir certaines formes d'enseignement pour leurs enfants, l'article 43 qui garantit le droit à la vie culturelle des "personnes appartenant à des minorités ethniques" et l'article 45 qui mentionne le droit d'une personne dans le besoin et celui de "sa famille" à des mesures d'assistance financière appropriées. D'autres droits et libertés

434. Articles 49 et 84.

435. Le mot "individu" est le seul qu'a utilisé le législateur pour désigner le titulaire des droits et libertés tant dans la *nouvelle loi canadienne sur les droits de la personne* que dans la *Déclaration canadienne des droits*. L'affaire *R. c. Colgate Palmolive*, (1972) 8 C.C.C. (2d) 40 (County Ct.-Ont.) confirmé par la High Court, 44 n., a d'ailleurs arrêté que la *Déclaration* ne protège que les individus et non les personnes morales.

436. *Human Rights Act*, voir *supra*, note 3. L'article 2 (k) définit largement le mot "person", mais la loi ne l'utilise pour lui faire bénéficier du droit à la non-discrimination que dans un seul cas, celui de l'art. 7 prohibant la discrimination dans les contrats relatifs au transfert de propriété.

437. *Human Rights Act*, voir *supra*, note 3.

438. Dans son exposé de 2e lecture sur le projet de *Charte*, M. Choquette a en effet clairement indiqué la source d'inspiration du législateur: "Un troisième objectif que vise ce projet de loi (no 50), c'est de permettre le développement ultérieur de valeurs que recouvrent les droits et libertés de la personne reconnus dans la tradition libérale". (1974) 15 *Journal des débats* 2741.

439. J. RIVERO, *op. cit. supra*, note 126, 94-111.

reconnus à la personne, n'ont de sens véritable que s'ils sont exercés en groupe, comme les libertés de réunion pacifique et d'association⁴⁴⁰.

Quant à l'article 10 qui commence, comme la plupart des articles de fond de la Partie I de la *Charte*, par les mots "toute personne", il s'agit d'abord et avant tout d'un droit individuel puisqu'il a justement pour objet d'empêcher que l'appartenance à un groupe particulier (sexuel, linguistique ou autre) n'affecte l'exercice des droits et libertés de la personne reconnus à tous de façon égale⁴⁴¹. Le droit à l'égalité ou à la non-discrimination participe donc d'emblée de la philosophie individualiste de la tradition libérale.

Faut-il dès lors en conclure que la *Charte* a complètement négligé d'apporter aux divers groupes dans la société une protection contre la discrimination? (Par "groupes", nous entendons ici, d'une part, les "groupes naturels" que forment les minorités religieuses, ethniques, linguistiques ou autres et, d'autre part, les groupements formés volontairement, ou "groupes artificiels", que constituent d'abord les associations non incorporées, donc informelles, mais bien réelles et fondées pour la poursuite de certains buts de nature revendicative le plus souvent, et ensuite les sociétés au sens du Code civil⁴⁴². Ces divers types de groupements ont tous un trait commun: ils ne possèdent pas de personnalité civile distincte de celle de leurs membres et, de ce fait, ne constituent pas des personnes morales).

L'interrogation posée ci-dessus commande une réponse négative car le groupe est, en soi et nécessairement, protégé par le droit à l'égalité en raison de la nature même de la notion de discrimination. Celle-ci, en effet, consiste à l'origine en une agression envers un groupe car l'exclusion d'une personne en raison de son sexe par exemple entraîne évidemment l'exclusion de tout le groupe possédant cet attribut distinctif et inversement⁴⁴³. Bien sûr, la raison pour laquelle la discrimination est prohibée demeure, dans la pensée libérale qui anime la *Charte*, de nature individualiste — chaque personne devant se voir reconnaître les mêmes droits fondamentaux — mais cela n'enlève rien au caractère collectif de la discrimination. Le principe d'égalité constitue donc en réalité un *droit hy-*

440. Article 3.

441. Voir *supra*, p. 452.

442. Articles 1830 et ss. C.c.

443. Nous avons déjà eu l'occasion de faire ressortir l'aspect collectif de la discrimination lors de l'étude sur la notion de motif de discrimination, voir *supra*, pp. 452-453.

bride: quoiqu'il appartienne d'abord à l'individu, il revêt néanmoins un aspect collectif indéniable. D'ailleurs, si on le retrouve dans la *Charte des droits et libertés*, c'est en raison même du fait que la société reconnaît, en vertu possiblement d'une certaine "moralité sociale"⁴⁴⁴, l'existence de certains groupes minoritaires et le droit qu'ont leurs membres de jouir, en pleine égalité avec le reste de la population, des droits fondamentaux de la personne sans avoir à dénier leur appartenance à l'un ou à plusieurs de ces groupes⁴⁴⁵.

Mais les groupes peuvent-ils exercer les recours que prévoit la *Charte* pour faire respecter leur droit à l'égalité ou, au contraire, faut-il conclure que le caractère collectif de ce dernier relève uniquement de la théorie juridique? Le législateur a ouvertement opté pour le premier élément de cette alternative, et de deux façons au moins.

Considérons d'abord le texte de la Partie II de la *Charte* et, plus particulièrement, celui de l'article 69:

Toute personne qui a raison de croire qu'elle est ou a été victime d'une atteinte à un droit reconnu aux articles 10 à 19 ou au premier alinéa de l'article 48 peut adresser, par écrit, une demande d'enquête à la Commission.

Tout groupe de personnes peut, de la même manière et aux mêmes conditions, faire une demande d'enquête.

En édictant cette disposition, le législateur n'a pas seulement reconnu l'impact concret de la discrimination sur les groupes et, co-

444. Voir *supra*, note 283.

445. Il règne autour de la notion de "droit collectif" une confusion assez grande au Québec. On l'utilise souvent dans deux sens tout à fait opposés, soit d'une part, pour désigner les "droits collectifs" de la minorité anglophone plus particulièrement et les avantages spécifiques — ou mesures de "discrimination positive" — qu'ils devraient entraîner en faveur de cette dernière aux yeux de leurs promoteurs, soit d'autre part et à l'inverse, pour signifier les "droits collectifs" de la majorité francophone et les atteintes aux droits et libertés purement individuels qu'ils sont censés justifier. Cette situation démontre assez que cette expression est davantage perçue comme un concept de philosophie politique que comme une notion strictement juridique. Nous avons, quant à nous, retenu la meilleure définition que nous ayons pu trouver en droit québécois et c'est en ce sens que nous en parlons ici, eu égard au droit à l'égalité: "... l'expression "droits collectifs" veut mettre en relief (...) le fait que ces droits, qui légalement peuvent appartenir à des individus ou à des groupes, tirent leur légitimité de l'existence et de la nécessité de reconnaître certaines réalités collectives, face à des intérêts individuels ou des intérêts d'autres collectivités". F. CHEVRETTE, "Les concepts de droits acquis, de droits de groupe et de droits collectifs dans le droit québécois", in *Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française au Québec*, livre 2, 403, à la p. 422. Pour le professeur, le "droit de groupe" est par ailleurs simplement celui qui appartient légalement à un groupe en tant que tel: *Ibid.*

rollairement, le fait qu'ils jouissent du droit à l'égalité, il a aussi clairement exprimé son intention de les protéger efficacement en leur donnant ouverture aux recours administratifs prévus dans la *Charte*. Notons en passant que dans la plupart des textes antidiscriminatoires des autres provinces, la protection des groupes est assurée de façon encore plus directe par l'inclusion dans la norme de non-discrimination elle-même des mots "*class of persons*"⁴⁴⁶.

Par ailleurs, si le législateur québécois a spécifiquement reconnu dans la *Charte* les conséquences "collectives" d'une pratique discriminatoire, il s'est finalement décidé tout récemment à faire de même envers toute atteinte à quelque droit que ce soit, fondamental ou pas, en adoptant la *Loi sur le recours collectif*⁴⁴⁷. Celle-ci permet en effet aux divers groupes d'exercer judiciairement leurs droits par l'entremise d'un seul de leurs membres sans mandat⁴⁴⁸. Bien sûr, il s'agit en vertu de cette loi de l'exercice judiciaire collectif d'un droit strictement individuel. Toutefois, comme le droit à l'égalité est hybride par nature, cela emporte comme conséquence que les groupes victimes de discrimination bénéficient eux-mêmes des recours judiciaires prévus dans la *Charte*⁴⁴⁹ afin de faire cesser la pratique discriminatoire et d'obtenir réparation du préjudice moral et matériel qui en aura résulté.

Ainsi, par exemple, une secte religieuse ou un groupe ethnique à qui on refuserait l'accès à certains lieux publics pourraient-ils se réclamer du droit à la non-discrimination⁴⁵⁰ et réclamer la cessation d'une telle pratique par les voies judiciaire ou administrative prévues dans la *Charte*. Il en serait de même pour un groupe qu'on empêcherait de s'exprimer⁴⁵¹, soit par l'interdiction de distribuer de l'information ou autrement, parce qu'un ou quelques-uns de ses

446. Ex.: en Ontario, au Manitoba, en Saskatchewan, en Colombie-Britannique, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse ou à Terre-Neuve, voir *supra*, note 3. Pour un exemple de norme type de ces provinces, voir l'article 2 du Code ontarien, *supra*, p. 392.

447. P. I. 39 (sanctionné le 8 juin 1978), 3e session, 31e législature (Qué.), entrée entièrement en vigueur le 19 janvier 1979; (1979) 6 *Gazette Officielle II*, 459; C.P.C., articles 999 à 1051.

448. La loi décrit le "recours collectif" comme suit: "le moyen de procédure qui permet à un *membre* (art. 999 c) C.p.c.: "une personne physique faisant partie d'un groupe..." d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres". (Article 999 d) C.p.c.).

449. Articles 49 et 84.

450. Par le jeu combiné des articles 10 et 15 de la *Charte*.

451. Par le jeu combiné des articles 10 et 3 de la *Charte*.

membres partagent une certaine opinion politique ou une religion donnée. Il suffira, sur le plan procédural, que l'un des membres d'un de ces groupes intente une action au nom de ce dernier en "décri(vant) le groupe pour le compte duquel (il) entend agir"⁴⁵².

La *Charte* est ainsi appelée à devenir un véritable instrument de protection des groupes minoritaires contre la discrimination et, en ce sens, on réalise mieux jusqu'à quel point l'affaire *Griggs*⁴⁵³ dont nous avons déjà parlé trouve application chez nous puisqu'elle fut fondée, entre autres, sur ce que Blumrosen⁴⁵⁴ a appelé la protection des "group interests". Il serait toutefois faux de croire que cette protection se limite aux groupes constitués de membres des minorités. Certaines majorités numériques — les femmes par exemple — forment en réalité de véritables minorités du point de vue de leur sous-représentation historique dans certains secteurs vitaux comme le marché du travail, le pouvoir politique ou économique. Un juge de la Cour suprême des États-Unis a d'ailleurs fort bien exprimé cette réalité⁴⁵⁵:

It is true, of course, that when viewed in the abstract, women do not constitute a small and powerless minority. Nevertheless, in part because of past discrimination, women are vastly underrepresented in this Nation's decision-making councils. There has never been a female President, nor a female number in this Court.

Une affaire récente de l'Ontario, *Bone c. Hamilton Tiger-Cats Football Club*^{455a}, nous fournit une bonne illustration canadienne de ceci. Le tribunal a, en effet, déclaré discriminatoire une pratique

452. *Loi sur le recours collectif*, voir *supra*, note 447, art. 3; art. 1002 C.p.c. Il faudra bien veiller à ce que le membre qui prend action au nom du groupe ait *directement et personnellement* souffert du traitement discriminatoire, surtout s'il émane d'une personne physique ou morale. S'il s'agit plutôt de contester la validité d'une loi discriminatoire en vertu des articles 10 et 52 de la *Charte*, la condition d'un intérêt individualisé à poursuivre paraît moins exigeante. Voir: *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du théâtre du Nouveau-Monde*, (1979) C.S. 181 confirmé in (1979) C.A. 491; *Thorson c. P.g. du Canada*, (1975) 1 R.C.S. 138 (voir les notes du juge en chef). Voir aussi: R. PEPIN, "L'intérêt à poursuivre en droit public canadien", (1975) 6 R.D.U.S. 3-84.

453. Voir *supra*, note 301.

454. *Loc. cit. supra*, note 304 et texte correspondant.

455. *Frontiero c. Richardson*, voir *supra*, note 178, 1770 à la note 17 (M. le juge Brennan). Voir au même effet au Canada: *Bremer c. Board of School Trustees*, *supra*, note 250, 6.

455a. Voir *supra*, note 254.

d'une équipe de football qui a pour effet de défavoriser les candidats de nationalité ou d'origine canadienne au poste stratégique de quart-arrière. Si les Canadiens constituent une majorité au Canada, c'est le moins qu'on puisse dire, force est toutefois de constater qu'ils sont à peu près complètement absents de certaines positions-clés du sport professionnel pour lesquels on préfère embaucher des joueurs d'origine américaine.

On pourrait peut-être également mentionner, en ce qui concerne le Québec, les francophones qui, sur le plan économique, constituent sans aucun doute une de ces majorités historiquement minorisées et qui par le fait même, se voient peut-être davantage protégés contre la discrimination fondée sur la langue dans ce secteur que la minorité anglophone par exemple.

Mais si le droit à l'égalité signifie en premier lieu l'interdiction de la discrimination, c'est-à-dire le droit à ne pas être traité différemment sur la base de certains motifs interdits et dans le cadre de l'exercice des droits et libertés de la personne, n'a-t-il pas aussi un second sens tout à fait opposé, lequel requerrait justement un traitement différent en raison de particularismes découlant de la possession commune de certaines caractéristiques distinctives? En d'autres termes, une distinction discriminatoire peut-elle être justifiée — et, partant, non contraire au principe d'égalité de l'article 10 — par un objectif de protection des minorités⁴⁵⁶? La réponse à cette question nous fait évidemment replonger au coeur de la problématique de l'égalité et nous confronte au dilemme de choisir entre les conceptions d'égalité absolue (qui interdit en principe toute espèce de distinction) et relative (qui accepte la distinction discriminatoire justifiée). Par sa complexité même et les enjeux importants qu'il soulève, le choix d'une solution à cette problématique mérite qu'on lui accorde une attention toute particulière. Voilà pourquoi le prochain chapitre lui sera entièrement consacré.

Pour l'instant, nous retiendrons que tant les personnes physique et morale que le groupe bénéficient concrètement de la protection contre la discrimination que leur apporte l'article 10 de la *Charte*.

456. Comme nous l'avons vu, voir *supra*, note 445, c'est dans ce cadre de la protection des minorités par la discrimination inversée ou positive justifiée que s'inscrit toute une dialectique concernant les "droits collectifs" au Québec. En définitive, on peut considérer la revendication de mesures particulières opposées comme venant du fait que si le groupe anglophone est effectivement minoritaire sur le plan strictement numérique au Québec, le groupe francophone se retrouve minoritaire tant sur le plan économique à l'intérieur du territoire québécois que sur celui du nombre à l'échelle continentale.

CHAPITRE III

LES CONCEPTIONS GÉNÉRALES DE L'ÉGALITÉ RETENUES PAR LE LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS

Ayant défini ce en quoi consiste la discrimination visée par l'article 10 de la *Charte*, il nous est maintenant possible de tenter de cerner dans quelle mesure cette dernière peut être frappée d'interdiction. Le degré d'interdiction de la discrimination dépendra en effet directement des choix qui ont été faits par le législateur québécois quant aux conceptions formelle et matérielle de l'égalité, d'une part, et quant aux conceptions absolue et relative de celle-ci, d'autre part. La nature et les effets de ces diverses conceptions de l'égalité ont été exposés dans la première Partie de cet article, et, bien entendu, ce dernier chapitre doit être lu en relation intime avec elle. Afin d'éviter les redites et d'allonger indûment notre texte, nous nous contenterons donc, sauf dans la mesure où la clarté de l'exposé le justifiera, de renvoyer le lecteur aux argumentations et références déjà établies en première Partie.

SECTION I

QUANT AUX CONCEPTIONS FORMELLE ET MATÉRIELLE

Cette première section nous permettra de voir d'abord comment le législateur a opté pour une conception matérielle de l'égalité et, ensuite, qui se trouve dès lors obligé de respecter un tel principe contraignant.

Sous-section I — Le choix d'une conception matérielle

Si les tribunaux canadiens hésitent encore aujourd'hui à accorder au principe d'égalité de l'article 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits* plus que le sens très formel de la *rule of law* — lequel se résume à l'exigence d'une simple application uniforme de la loi aux justiciables par l'Administration et les tribunaux, quelle que soit cette loi, même la plus manifestement discriminatoire⁴⁵⁷, — cela ne devrait pas avoir d'influence démesurée sur l'interprétation que

457. On a vu que la Cour suprême a dérogé à la théorie pure de l'égalité formelle dans l'affaire *Drybones* puisqu'elle a déclaré inopérante une disposition législative en conflit avec le principe d'égalité de la *Déclaration*. Il s'est toutefois agi d'un cas d'espèce qui ne s'est jamais représenté et qui ne risque pas de se représenter à nouveau. Voir *supra*, p. 402.

donneront nos juges de l'article 10 de la *Charte*. Le législateur québécois a en effet clairement indiqué sa préférence pour une conception matérielle de l'égalité, c'est-à-dire pour un principe d'égalité opposable au contenu substantiel de la loi, lorsqu'il a éliminé de son texte de droits fondamentaux les ambiguïtés qui, dans la *Déclaration*, donnent toujours lieu à tant d'hésitations jurisprudentielles. Ces ambiguïtés tiennent tant au statut constitutionnel de la *Déclaration* qu'à la formulation de sa norme d'égalité⁴⁵⁸. Il importe donc de bien saisir comment le législateur québécois a procédé pour éviter ce double écueil.

1- Le statut de la Charte

Si la *Charte*, comme la *Déclaration*, n'est pas un document constitutionnel qui, de ce fait, se situerait au-dessus du Parlement, elle contient néanmoins une clause de préséance⁴⁵⁹, dont la clarté contraste fort heureusement avec son équivalente fédérale⁴⁶⁰. D'une part, cette clause spécifie très exactement quels sont les droits et libertés qui prévalent sur la loi conflictuelle, elle limite d'autre part cette préséance aux seules lois postérieures à l'entrée en vigueur de la *Charte*⁴⁶¹ et enfin, elle utilise des termes non équivoques qui expriment on ne peut plus clairement le caractère prépondérant de certains droits et libertés sur la législation ordinaire.

La clause de préséance de la *Déclaration* ne possédant aucune de ces trois qualités, on comprendra peut-être mieux pourquoi les tribunaux osent à peine, encore aujourd'hui, lui donner son plein effet. Son application générale à tous les droits et libertés énoncés dans la *Déclaration* et à toute loi, postérieure comme antérieure à cette dernière, et mettant ou non en jeu des droits fondamentaux au sens de l'article 1 de la *Déclaration*, de même qu'une formulation des plus tortueuses auront réussi à enlever à la *Déclara-*

458. Pour un rappel des causes des tergiversations judiciaires sur la *Déclaration*, voir p. 411 et ss.

459. Il s'agit de l'article 52, voir *supra*, note 12, qu'il faut compléter par la lecture des articles 51 et 53.

460. *Déclaration*, article 2, voir *supra*, note 106. Cette clause dit en substance que toute loi fédérale doit "s'interpréter et s'appliquer" d'une manière compatible avec tous les droits et libertés reconnus dans la *Déclaration*, à moins qu'elle ne déclare expressément s'appliquer "nonobstant" celle-ci.

461. Le 28 juin 1976 par proclamation; voir *supra*, note 2. La *Charte* fut sanctionnée un an auparavant par le lieutenant-gouverneur, soit le 27 juin 1975: (1975) 107 *Gazette Officielle* II 3905.

tion presque tout effet contraignant sur le contenu de la législation fédérale.

Il est aujourd'hui admis⁴⁶², dans notre régime de suprématie parlementaire, que le législateur peut, par des techniques procédurales comme l'utilisation d'une clause de préséance par exemple, limiter sa souveraineté et se lier pour l'avenir en quelque sorte⁴⁶³. Mais encore faut-il que cette limite soit clairement exprimée et circonscrite. La *Charte*, contrairement à la *Déclaration*, respecte rigoureusement ces exigences et cela devrait orienter les tribunaux dans le sens du caractère matériel et prépondérant du principe d'égalité énoncé à l'article 10. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà remarqué, l'égalité formelle est déjà garantie par la *common law* au Canada⁴⁶⁴. S'en tenir à une telle conception, désuète et inadaptée, devant un texte aussi explicite que celui de l'article 52 signifierait donc que le législateur a strictement parlé pour ne rien dire en édictant cette disposition⁴⁶⁵, ce qui conduirait à un non-sens logique en plus d'aller à l'encontre d'une règle d'interprétation bien établie⁴⁶⁶.

Mais il n'y a pas que le statut de la *Charte* qui nous convainque que l'article 10 constitue une norme d'égalité opposable au contenu substantiel de la législation. La formulation même de cette norme nous mène inévitablement aux mêmes conclusions.

462. Voir *supra*, les autorités citées à la note 223.

463. Il lui suffit, mais il lui faut, pour se libérer de cette limite à sa propre souveraineté, abroger ou modifier tout d'abord la loi l'ayant créée. En ce sens, le Parlement ne peut jamais, en théorie, se lier pour l'avenir. En pratique, l'opinion publique l'oblige à respecter les limites qu'il s'est fixées par voie de législation, voir *supra*, p. 446. Un bon exemple de cette réalité: la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11, dont on a supprimé, suite aux pressions exercées de toute part sur le gouvernement, une disposition qui faisait de la loi sur la langue une exception à la *Charte des droits et libertés* par une modification à la clause dérogatoire de l'article 52 qui consistait à ajouter à la fin de cette clause les mots "ou à moins qu'il ne s'agisse de la Charte de la langue française au Québec". Voir: P.I. no 1 (1ère lecture), 2e session, 31e législature, art. 172.

464. Voir *supra*, note 60 et texte correspondant.

465. Or rien n'est plus faux. Quiconque se donne la peine de parcourir les débats parlementaires ayant entouré l'étude du projet de *Charte* peut aisément le constater. Ainsi, lors de son premier dépôt en Chambre, soit en octobre 1974, le projet ne faisait des droits et libertés énoncés que de simples règles d'interprétation par son article 45. En commission parlementaire, il n'est à peu près pas un organisme qui n'ait pas revendiqué l'ajout d'une disposition faisant prévaloir la *Charte* sur toute loi du Parlement, ce que voyant, le gouvernement a finalement décidé de modifier son projet pour aboutir aux articles 51 à 53 et à la clause de préséance que nous savons.

466. *Loi d'interprétation*, voir *supra*, note 331, art. 49.

2- La formulation de la norme d'égalité

Les tribunaux ont éprouvé énormément de difficultés avec le libellé du paragraphe introductif et l'alinéa b) de l'article 1 de la *Déclaration*⁴⁶⁷. On a finalement décidé que ces deux parties d'article constituaient en principe deux normes d'égalité distinctes. En pratique toutefois, la Cour suprême a enlevé toute portée à la norme antidiscriminatoire spécifique du paragraphe introductif pour ne considérer que la norme générale d'égalité de l'alinéa b). Or, la généralité même de cette dernière — elle s'applique à l'égard de n'importe quel droit découlant d'une loi fédérale et quel que soit le motif de distinction utilisé — a en quelque sorte littéralement forcé les tribunaux à se rabattre sur les règles traditionnelles de la *common law* concernant la très formelle notion d'égalité *devant* la loi pour venir en restreindre la portée⁴⁶⁸. Donner un sens matériel à un droit d'application aussi générale leur paraît encore aujourd'hui aller bien au-delà de ce que le législateur voulait garantir en adoptant la *Déclaration* en 1960 et, il faut bien l'avouer, quoique décevante en soi, cette attitude se justifie assez bien lorsqu'on tient compte du caractère relativement récent de ce document et de la législation canadienne en matière de droits fondamentaux.

Cette approche judiciaire ne saurait toutefois valoir pour ce qui est de notre article 10. Contrairement à l'article 1 b) de la *Déclaration*, la *Charte* énonce non pas un principe d'égalité, en termes généraux, mais une norme antidiscriminatoire spécifique: l'égalité garantie se résume simplement à celle qui découle de l'interdiction de la discrimination pratiquée dans le cadre des seuls droits et libertés qui y sont reconnus⁴⁶⁹, d'une part, et fondée sur certains motifs de distinction limitativement énumérés, d'autre part. L'article 10 étant de plus libellé de façon à faire de l'égalité un droit fondamental de la personne, en tant que tel, il devient opposable à tous et, compte tenu de son inclusion dans la clause de préséance de l'article 52, au contenu substantiel de la législation. En d'autres mots, il nous semble suffisamment clair que le législateur québécois, en adoptant

467. Voir *supra*, pp. 413 et ss.

468. On a vu en outre comment la jurisprudence s'est servi, notamment dans l'affaire *Gonzales*, des mots "*devant la loi*" dans l'expression "égalité devant la loi" pour restreindre la portée de cette norme, voir *supra*, p. 415. Cela rappelle les distinctions doctrinales entre les notions d'égalité *devant* la loi (conception formelle) et d'égalité *dans* la loi (conception matérielle). Voir *supra*, p. 396. Heureusement, le législateur québécois a évité l'emploi de la première expression.

469. Ce qui, possiblement, inclut certains droits fondamentaux non inscrits dans la *Charte* en raison de l'article 50. Voir *supra*, pp. 486-488.

une *Charte* limitée dans son application, notamment en ce qui concerne l'un de ses principes moteurs, soit celui de l'égalité, a opté pour une conception matérielle de ce dernier. Ce faisant, en effet, il n'a pas laissé les tribunaux aux prises avec la large problématique de l'égalité qui consiste essentiellement à se demander quelles formes de différence de traitement sont interdites. Au contraire, il a fixé un cadre précis à l'application de ce droit. C'est là, à notre sens, l'indication la plus significative d'une intention législative facilement identifiable d'aller bien au-delà de la simple égalité formelle — ou *rule of law* — reconnue par la *common law*.

Sous-section 2 — Le champ d'application de l'égalité matérielle⁴⁷⁰

Nous avons remarqué au chapitre précédent⁴⁷¹ que tant les personnes (physiques et morales) que les groupes pouvaient être victimes de discrimination et bénéficier de la protection que vient leur apporter l'article 10. Nous allons maintenant nous demander à qui s'adresse *l'interdiction* de la discrimination ou, en d'autres termes, qui se trouve lié par les prescriptions de l'article 10 et surtout, dans quelle mesure. Comme l'égalité matérielle constitue d'abord et avant tout une norme opposable au contenu substantiel de la loi, nous nous pencherons en premier lieu sur l'étendue des obligations que le législateur s'est lui-même imposées en adoptant la *Charte*. Mais le champ d'application de la non-discrimination ne se limite pas aux actes législatifs. Il vise aussi en principe toute activité se déroulant au Québec. Nous examinerons donc tour à tour comment les personnes, le gouvernement et les tribunaux doivent respecter et faire respecter le principe d'égalité.

1- Le législateur

Pour ce qui est du législateur, deux choses doivent d'abord être rappelées. Premièrement, le principe d'égalité s'applique à chacun des droits et libertés énoncés dans la *Charte*⁴⁷². Deuxièmement,

470. H. BRUN, *loc. cit. supra*, note 19, a consacré un article complet au domaine d'application de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Nous nous sommes donc contentés, dans le développement qui suit, de reprendre très succinctement les grandes lignes des notes de cet auteur, en les mettant à jour et en les adaptant au droit qui nous intéresse plus particulièrement, soit le droit à l'égalité. Notre adaptation a nécessairement impliqué une interprétation personnelle du domaine d'application du principe d'égalité qui ne saurait toutefois être imputée au professeur Brun, en particulier en ce qui touche au domaine des actes législatifs.

471. Voir *supra*, pp. 500 à 511.

472. Voir *supra*, p. 485.

il n'a pas d'existence indépendante et la mention qu'il fait des "droits et libertés de la personne", sans autre restriction, en fait une partie intégrante de chacun de ces droits et libertés⁴⁷³. Il s'ensuit inévitablement que même si l'article 52 ne fait prévaloir sur toute législation postérieure à la *Charte* que les droits et libertés compris entre les articles 9 et 38⁴⁷⁴, il se trouve, *quant au principe d'égalité*, à faire prévaloir tous les droits et libertés reconnus sur toute disposition d'une loi québécoise ultérieure⁴⁷⁵. En d'autres termes, si le législateur n'a pas fait de l'article 3 par exemple un article prépondérant en soi, cela signifie qu'il a pu, avant le 28 juin 1976⁴⁷⁶, et qu'il pourra toujours après cette date, dans la mesure où il le fait clairement, limiter l'exercice des libertés de religion, d'expression ou d'association sans avoir à employer une clause de dérogation expresse à la *Charte*. Mais comme l'article 10 fait partie des droits protégés par l'article 52, il lui est toutefois interdit de restreindre ces libertés de façon discriminatoire, c'est-à-dire à partir d'un des motifs mentionnés dans la clause d'égalité. Il en sera évidemment de même des droits et libertés ne prévalant pas sur la législation tout en étant, de plus, déclarés n'exister que "dans la mesure prévue par la loi"⁴⁷⁷ (ce qui, du point de vue juridique, est tout à fait redondant): les restrictions à ces droits, provenant d'une loi postérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte*, ne pourront déroger au principe d'égalité contenu dans l'article 10, "à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la *Charte*"⁴⁷⁸. Quant aux lois antérieures, l'interdiction de la discrimination se résume, à l'instar de la majorité des droits reconnus dans la *Charte*⁴⁷⁹, à une règle d'interprétation des lois qui doit céder le pas devant un texte législatif clairement discriminatoire mais qui, tout de même, sert à interpréter dans un sens qui favorise le droit à

473. Voir *supra*, pp. 488-489.

474. Soit le droit au secret professionnel (art. 9); le droit à l'égalité (art. 10) et l'interdiction de la discrimination dans certaines situations de fait ou activités protégées (arts 11 à 20); les droits politiques (arts 21 et 22); les droits judiciaires (arts 23 à 38). Les droits et libertés les plus classiques, soit le droit à la vie et à la sûreté de sa personne (art. 1), le droit au secours (art. 2), les libertés de religion, d'expression et d'association (art. 3), le droit à sa réputation et à sa dignité (art. 4), le droit à la vie privée (art. 5), le droit à la propriété privée (arts 6 et 8) et le droit à l'inviolabilité de la demeure (art. 7), ne prévalent donc pas sur une loi qui leur est clairement contraire, non plus que les droits économiques et sociaux d'ailleurs (arts 39 à 48).

475. *Contra*: B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 648.

476. Date d'entrée en vigueur de la *Charte*, voir *supra*, note 2.

477. Cf. arts 6, 22, 40, 41, 42, 44, 45, 46.

478. Art. 52. Voir *supra*, note 12.

479. Voir *supra*, note 474.

l'égalité les lois ambiguës. Si une telle règle ne s'avère pas toujours d'une très grande utilité, elle n'en est pas totalement dénuée non plus.

2- Les personnes

L'article 10 s'impose à toute personne et à toute activité au Québec et, à cet égard, ses seules limites semblent être celles qui découlent du contexte fédéral et que rappelle l'article 55⁴⁸⁰. Ainsi, l'interdiction de la discrimination s'adresse-t-elle à toutes les personnes physiques se trouvant au Québec, étrangers comme citoyens ou résidents. Il semble toutefois que le gouvernement québécois ne pourrait empêcher l'entrée dans son territoire d'un étranger en raison de ses pratiques discriminatoires, étant donné la compétence fédérale sur la naturalisation, les aubains et l'immigration⁴⁸¹. Toutes les personnes morales⁴⁸², privées comme publiques⁴⁸³, oeuvrant au Québec sont également dans l'obligation de respecter l'article 10. Que l'incorporation ait été faite au Québec ou au fédéral, cela n'aura aucune importance sauf dans la mesure où l'interdiction de la discrimination empêcherait une compagnie privée à charte fédérale de fonctionner⁴⁸⁴. On voit mal cependant comment cette dernière pourrait prétendre, compte tenu de l'exception prévue à l'article 20⁴⁸⁵ de la *Charte*, qu'il lui faut agir de façon discriminatoire pour la bonne marche de ses affaires.

Toutefois, si les activités d'une entreprise privée ou publique tombent dans un domaine de compétence fédérale⁴⁸⁶, cette entre-

480. "55. La *Charte* vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec". Il s'agit évidemment des compétences qui lui sont exclusivement attribuées par l'art. 92 de l'*A.A.N.B. de 1867*, voir *supra*, note 72.

481. *A.A.N.B. de 1867*, art. 91 (25). Voir (1975) 16 C. de D. 981.

482. Y compris les "corporations professionnelles": Cf. *Le Code des professions*, L.Q. 1973, c. 43, Annexe I.

483. Il peut s'agir en ce cas tant d'organismes gouvernementaux tels que les "corporations municipales" ou les "commissions scolaires" que paragouvernementaux, comme les diverses sociétés d'État (Hydro-Québec, etc.). Il faut, mais il suffit, qu'il s'agisse de personnes morales distinctes de la "Couronne" (le gouvernement et ses agents) comme telle. Voir: G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Précis de droit administratif*, 2e éd., Thémis, Montréal, 1977, 322 et ss., pour un aperçu des critères servant à déterminer s'il s'agit de la Couronne, d'un agent de la Couronne ou d'une personne morale distincte de celle-ci.

484. H. BRUN, *loc. cit.*, p. 187 et note 43; *John Deere c. Wharton*, (1915) A.C. 330.

485. Voir *infra*, pp. 525 et ss.

486. Il peut s'agir d'une compagnie privée ou publique oeuvrant notamment dans le domaine des communications interprovinciales (ex.: Bell Canada et Radio-

prise paraît être tenue de se conformer tant à l'article 10 de la *Charte* qu'aux dispositions de la nouvelle *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴⁸⁷, sous réserve de la prépondérance fédérale^{487a}.

3- Le gouvernement

L'article 54 énonce laconiquement que "la *Charte* lie la Couronne". On sait qu'il faut une mention expresse à cet effet pour que le gouvernement et ses agents, bénéficiant de divers privilèges, prérogatives et immunités, soient effectivement liés par une loi⁴⁸⁸. C'est d'ailleurs en vertu de la théorie de "l'immunité interjuridictionnelle" que l'article 10 ne risque pas en pratique de s'appliquer au gouvernement fédéral ou à l'un de ses agents⁴⁸⁹ qui se trouvent plutôt liés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴⁹⁰. Par ailleurs, si l'article 54 a plein effet sur le gouvernement québécois en tant que gestionnaire et que celui-ci se trouve lié par les prescriptions de l'article 10 et plus particulièrement en ce cas par celles des articles 11 à 20, il paraît moins certain qu'il soit possible d'obtenir contre ce dernier les injonctions prévues aux articles 49 et 83 ou 84 de la *Charte*⁴⁹¹. Le Code de procédure civile⁴⁹² stipule en effet que le gouvernement jouit d'une immunité en la matière. En outre, par le jeu d'une prérogative écartant toute possibilité de tenir une Couronne pénalement responsable, l'inapplication de l'article 87 a)⁴⁹³ au

Canada), du transport interprovincial, comme les compagnies de chemin de fer (ex.: le C.P. et le C.N.) ou d'aviation (ex.: Nordair et Air Canada), ou encore dans le domaine bancaire. Cf. *A.A.N.B. de 1867*, art. 91.29 et 92.10.

487. Voir *supra*, note 3.

487a. Sur cette question, voir: *In re Culley and Canadian Pacific Airlines*, (1977) 1 W.W.R. 393 (B.C.S.C.); *Forest Industries Flying Tankers c. Kellough*, C.A. Vancouver, no. CA790042, 22 janv. 1980, 13 pp. (j. Kinkson) infirmant S.C. Vancouver, no. C787036, 3 janv. 1979, 15 pp. (j. Andrews); *Canadian Pacific c. Alberta Human Rights Commission*, S.C. Calgary, no. 18792, 23 mars 1979, 14 pp. (j. Kirby); *Cooligan c. British American Bank Note Company*, (1980) Trib. Droits Pers. 30 pp. (Can.).

488. *Loi d'interprétation*, voir *supra*, note 331, art. 5; *Code civil*, art. 9.

489. B. LASKIN, *Canadian Constitution Law*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1966, 555 et D. GIBSON, "Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism", (1969) *R. du B. Can.* 40 in H. BRUN, *loc. cit.*, 190, note 59.

490. Voir *supra*, note 3, art. 63 (1).

491. H. BRUN, *loc. cit.*, 188 et note 51; voir en général; *Jaundoo c. A.-G. Guyana*, (1971) A.C. 972 et *Auger c. R.*, (1975) C.F. 330.

492. Art. 94 b.

493. "Commets une infraction: a) quiconque contrevient aux articles 10 à 19".

gouvernement ne fait aucun doute⁴⁹⁴. Bref, face au gouvernement gestionnaire, l'interdiction de la discrimination paraît peu sanctionnable, ce qui en fait un droit plutôt théorique à son égard.

Lorsque le gouvernement québécois agit en tant que puissance publique ou, en d'autres termes, lorsqu'il édicte des normes générales (pouvoir réglementaire) ou particulières (pouvoir discrétionnaire), se trouve-t-il toujours lié par la *Charte*⁴⁹⁵? Il nous faut considérer ici tant les organes déconcentrés (régies, commissions...) que décentralisés (conseils scolaires, municipalités...) du gouvernement.

Le principe d'égalité a été, à toutes fins utiles, mis de côté en matière de pouvoir *discrétionnaire* depuis l'affaire *Smythe*⁴⁹⁶. La Cour suprême du Canada a en effet décidé que l'existence même d'une discrétion autorisait en soi une certaine discrimination. Étant donné qu'une différence de traitement discriminatoire peut être fondée sur des motifs complètement étrangers à la loi qui l'autorise⁴⁹⁷, il faut déplorer que la jurisprudence ultérieure ait consacré l'inapplicabilité de l'égalité devant la loi au sens matériel en ce domaine⁴⁹⁸. Quant à la façon d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, il faut noter que les commissions d'enquête et les organismes détenant des fonctions quasi judiciaires sont tenus de respecter les conditions de forme prévues aux articles 23 à 38 de la *Charte* (droits judiciaires)⁴⁹⁹ et, par conséquent, le principe d'égalité⁵⁰⁰ qui, ne l'oublions pas, fait partie intégrante de chacun des droits et libertés qui y sont reconnus⁵⁰¹. Mais face au pouvoir discrétionnaire de nature purement administrative, l'individu se retrouve complètement dépourvu de toute protection formelle ou matérielle contre la décision discriminatoire.

494. H. BRUN, *loc. cit.*, 188 et note 52; *C.B.C. c. A.G. Ont.*, (1959) R.C.S. 188.

495. Voir l'article 56, paragraphes 1 et 3 en relation avec l'article 52.

496. *Smythe c. La Reine*, (1971) R.C.S. 680.

497. H. BRUN, *loc. cit.*, 193 et note 82; *Smith and Rhuland c. R.*, (1953) 2 R.C.S. 95 (discrimination fondée sur les convictions politiques).

498. *Polai c. Toronto*, (1973) R.C.S. 38; *Re Payne and Prince George*, (1975) 55 D.L.R. (3d) 147 (B.C.S.C.), à la page 150; *Beaudry c. R.*, (1975) C.A. 829, à la p. 832; *Davis c. Montréal*, (1975) C.A. 503, à la p. 506.

499. Article 56.1.

500. Il s'agit donc ici de l'égalité formelle qui, comme nous l'avons vu, fait implicitement partie de l'article 10 par le biais de la *common law*, voir *supra*, note 60.

501. À cet égard, les mots "en pleine égalité" insérés à l'article 23 sont redondants par rapport à l'article 10, à moins que, par cette mention générale, on ait voulu élargir la portée du principe d'égalité à l'interdiction de toute forme de discrimination, ce qui paraît fort plausible dans le cadre de l'article 23.

En vertu de l'article 56.3 de la *Charte*, le pouvoir réglementaire se voit contraint de ne pas adopter de normes ayant des effets discriminatoires. Toutefois, seuls les règlements adoptés postérieurement à l'entrée en vigueur de la *Charte*, soit après le 28 juin 1976⁵⁰², sont sujets à cette contrainte. Les autres doivent, en cas de doute, s'interpréter dans le sens de l'égalité, mais devant un libellé clair, peuvent contrevenir à ce droit⁵⁰³. Heureusement, le droit administratif traditionnel supplée au vide laissé par la *Charte*⁵⁰⁴, et c'est donc à cette source qu'il faudra recourir pour annuler l'effet d'un acte réglementaire discriminatoire⁵⁰⁵.

4- Les tribunaux

Les tribunaux judiciaires du Québec ont pour mission de déclarer le droit et de faire appliquer la loi. Il va donc sans dire que tant le contenu de leurs décisions (sens matériel) que la procédure suivie (sens formel) devront être conformes au droit à l'égalité proclamé par l'article 10 de la *Charte*⁵⁰⁶, sous peine d'être infirmés en dernière instance par la Cour suprême du Canada contre laquelle, bien entendu, il n'existe plus aucun recours judiciaire dans l'éventualité d'une décision à caractère discriminatoire. Toutefois, lorsqu'une cour québécoise entend une affaire en matière pénale dont la procédure est régie par le droit fédéral, de même possiblement pour d'autres matières fédérales comme la faillite, les lettres de change ou les droits d'auteurs⁵⁰⁷, elle n'est plus tenue de respecter le principe d'égalité de l'article 10, mais celui de l'article 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits* complété par les dispositions de la nouvelle *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵⁰⁸. À l'inverse, la Cour fédérale, qui relève exclusivement du gouvernement central⁵⁰⁹, pourra être amenée à se conformer aux prescriptions égalitaires de la *Char-*

502. Voir *supra*, note 2.

503. Par le jeu combiné des articles 52 et 53 d'une part, et 56.3 d'autre part.

504. BRUN, *loc. cit.*, 191-2 et notes 68-69.

505. D'ailleurs, même lorsque des règlements municipaux ont été adoptés postérieurement à la *Charte* et sont par conséquent visés par elle, les plaideurs utilisent toujours les ressources du droit administratif à l'encontre du règlement discriminatoire, voir: *Fountainhead Fun Centre c. Ville de Montréal*, à la p. 17 et *Fountainhead Fun Centre c. Ville Saint-Laurent*, *supra*, note 18.

506. BRUN, *loc. cit.*, 197.

507. *Ibid.*, note 105; *Gravel c. Call-A-Tronics*, (1975) C.P. 27 et (1976) 17 C. de D. 223.

508. Voir *supra*, note 3.

509. A.A.N.B. de 1867, art. 101.

te si jamais on les invoque à l'encontre d'une entreprise publique fédérale à l'occasion d'une affaire de droit civil par exemple⁵¹⁰.

Bref, si l'application d'une norme d'égalité matérielle s'étend normalement à tous — législateur, personnes, gouvernement et tribunaux — pour s'imposer au contenu de leurs pratiques, ce principe souffre plusieurs tempéraments dus, notamment, au texte même de la *Charte*, au régime constitutionnel canadien ou encore à une jurisprudence restrictive.

SECTION 2

QUANT AUX CONCEPTIONS ABSOLUE ET RELATIVE

Afin de situer le cadre précis à l'intérieur duquel on peut conclure à une discrimination interdite par l'article 10, nous avons jusqu'à présent isolé et analysé les éléments de cette dernière comme si aucune exception ne pouvait y être apportée. En d'autres mots, nous en tenir aux seuls éléments d'une différence de traitement, d'un motif interdit et d'un droit reconnu par la *Charte* pour définir la discrimination, signifierait que la norme d'égalité, en plus d'avoir un sens matériel opposable à tous et au contenu substantiel de toute législation, devrait recevoir une acception absolue. Cela, il va sans dire, serait tout à fait inconcevable. C'est pourquoi le législateur, conscient de la nécessité de faire parfois certaines distinctions, a choisi de donner au droit à l'égalité une signification plus relative par la voie de certaines exceptions contenues dans des dispositions expresses de la *Charte*. Mais en dehors de ces exceptions spécifiques, la norme antidiscriminatoire de l'article 10 a-t-elle un sens absolu ou relatif? On verra que si le législateur a marqué de façon explicite son choix de "relativiser" l'application matérielle de l'interdiction de la discrimination en certaines circonstances, il a toutefois implicitement rejeté les diverses conceptions faisant de cette dernière un principe relatif de façon générale.

Sous-section 1 — Le choix explicite d'une conception relative

C'est en édictant expressément certaines dérogations à la norme antidiscriminatoire que le législateur a clairement indiqué son choix de ne pas faire de l'égalité un droit absolu. Certaines de ces dérogations ont elles-mêmes un caractère absolu car l'article 10 ne

510. H. BRUN, *loc. cit.*, 197.

peut jamais s'appliquer aux situations qui y sont prévues. D'autres, au contraire, sont plutôt relatives puisque la norme d'égalité continue de s'y appliquer sauf dans la mesure où certaines circonstances justifient et permettent l'utilisation de certaines formes de discrimination. Il faut donc observer ici quelles situations sont visées par chacun de ces deux types de dérogation au droit à l'égalité.

1- Les dérogations absolues

La *Charte* ne prévoit que trois situations où l'application de la norme antidiscriminatoire n'est jamais possible. En ces domaines, la discrimination, fut-elle manifeste, est donc parfaitement autorisée et légale, quoi qu'il arrive.

Ainsi à l'article 14 stipule-t-on que "l'interdiction (de la discrimination) ne s'applique pas au locateur d'une chambre située dans un local d'habitation, si le locateur ou sa famille ne loue qu'une seule chambre et n'annonce pas celle-ci...". Il s'agit d'un premier cas où le droit à l'égalité d'un locataire entre en conflit avec le droit à la vie privée⁵¹¹ du locateur. Le législateur fait expressément connaître ici lequel doit prévaloir. Comme nous l'avons vu en effet, la vie privée appartient de toute évidence au domaine de non-ingérence du droit⁵¹² à telle enseigne que l'absence de cette clause aurait vraisemblablement amené les tribunaux à trancher dans le même sens le cas échéant. On aura sans doute voulu éviter tout conflit ou ambiguïté possible à ce sujet.

On trouve parmi les droits judiciaires une autre exception à l'application de la norme antidiscriminatoire. L'article 26 énonce en effet que "toute personne détenue dans un établissement de détention a droit d'être soumise à un régime approprié à son sexe, son âge et sa condition physique". Si une telle différence de traitement fondée sur le sexe est commandée par des impératifs évidents de "bonnes moeurs", celle qui est fondée sur l'âge et la condition physique ou mentale semble répondre aux prescriptions de l'article 48 sur la protection des personnes âgées et handicapées⁵¹³. Quant à l'âge, qui ne fait pas partie de l'énumération des motifs interdits par

511. Article 5 de la *Charte*: "toute personne a droit au respect de sa vie privée".

512. Voir *supra*, pp. 492-493.

513. 48. "Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation. Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu."

l'article 10, il ne peut, de toute façon, constituer le fondement d'une discrimination.

Il faut mentionner enfin, au chapitre des dispositions diverses de la *Charte*, l'article 97 qui exclut de l'application de la norme anti-discriminatoire les régimes de rentes ou de retraite, d'assurance de personnes ainsi que tout régime d'avantages sociaux qui opèrent des distinctions fondées sur le sexe ou l'état civil⁵¹⁴. Cette exception à la règle de l'égalité s'imposait afin d'éviter de bouleverser — ce qui aurait été sans doute extravagant — tout le fonctionnement des systèmes actuels d'assurance basés sur des données actuarielles fondées sur le sexe et l'état civil. À noter que l'assurance de choses, comme l'assurance-automobile concernant les dommages matériels, paraît exclue de cette exception et partant, se trouve sujette à l'application rigoureuse de l'article 10⁵¹⁵.

Ces premières dérogations au principe d'égalité sont spécifiques et ne posent aucun problème d'interprétation: il s'agit de situations de fait facilement identifiables et à l'intérieur desquelles la discrimination doit être autorisée.

2- Les dérogations relatives

La *Charte* contient cependant des dispositions d'exception d'ordre plus général qui semblent faire appel à la conception relative de l'égalité en vertu de laquelle certaines distinctions fondées sur un motif de discrimination seront réputées non discriminatoires lorsqu'elles peuvent être valablement justifiées⁵¹⁶. Il s'agit de l'article 20, qu'il faut compléter en matière d'emploi par l'article 19, et qui se lit comme suit:

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou édu-

514. La formulation de l'article 97 ayant été modifiée après l'adoption de la *Charte* (par L.Q. 1976, c. 5), il s'est malencontreusement glissé une erreur technique suite à une nouvelle modification de la *Charte* (L.Q. 1977, c. 6) qui n'avait pour objet que d'inclure l'orientation sexuelle dans l'énumération des motifs de discrimination de l'article 10. Il appert, en effet, que le législateur a de toute évidence oublié d'apporter les changements que cette modification impliquait quant à l'article 97. Si bien que, selon une interprétation littérale, une distinction fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être réputée non discriminatoire dans un régime d'assurance de personne. On ne doute pas cependant que tel n'était pas le but du législateur en édictant l'exception contenue à l'article 97.

515. Voir *supra*, note 256 et texte correspondant.

516. Voir *supra*, pp. 431 et ss.

catif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

Cette disposition prévoit en fait la possibilité de distinctions discriminatoires justifiées dans deux types de situation: en matière d'emploi et au regard de certaines institutions particulières. Les règles traditionnelles⁵¹⁷ ayant donné naissance à la théorie de la "différence de traitement justifiée" et mettant en rapport le motif de distinction et les objectifs poursuivis par une mesure discriminatoire sont-elles applicables dans le cadre de l'exception de l'article 20? La grande différence entre les deux situations envisagées dans cette disposition nous force ici à aborder cette question de façon séparée pour chacune d'elles.

a) En matière d'emploi

L'exception relative aux "qualités et aptitudes exigées de bonne foi pour un emploi" a, de toute évidence, été calquée sur une disposition semblable qu'on retrouve dans toutes les lois antidiscriminatoires canadiennes⁵¹⁸ ainsi que dans le *Civil Rights Act*⁵¹⁹ américain. Elle est d'ailleurs communément désignée en langue anglaise par l'expression "*bona fide occupational qualifications clause*". Il eût été préférable, croyons-nous, de parler d'"exigences professionnelles normales" en français^{519a} car cela exprime plus justement ce dont il s'agit et ce, même dans le cadre de l'article 20 de la *Charte québécoise* comme nous le verrons. Il vaut donc la peine ici d'examiner quelques-uns des modèles qui ont inspiré le législateur québécois dans la rédaction de cette dernière disposition. Considérons d'abord les termes de l'article 4 (6) de la loi ontarienne:

(6) the provisions of this section relating to any discrimination, limitation, specification or preference for a position or employment based on age, sex or marital status do not apply where age, sex or marital status is a bona fide occupational qualification and requirement for the position or employment.

517. *Ibid.*

518. *Ontario Human Rights Code*, art. 4 (6) et 4 (7); *Human Rights Act (Man.)*, art. 6 (7); *Saskatchewan Human Rights Code*, art. 16 (5) et (7); *Individual's Rights Protection Act (Alb.)*, art. 6 (3); *Human Rights Code of British Columbia*, art. 8 (2); *Loi sur les droits de l'Homme (N.-B.)*, art. 3; *Human Rights Act (N.-E.)*, art. 8 (4) et 11A; *Human Rights Act (I.-P.-É.)*, art. 14; *Newfoundland Human Rights Code*, art. 9; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 14a. Voir *supra*, note 3.

519. Voir *supra*, note 21, art. 703 (e) et (h).

519a. C'est ce que fait la nouvelle *Loi canadienne des droits de la personne*, voir *supra*, note 518.

Quant au *Civil Rights Act* américain, il mentionne à l'article 703 (e) (1) ce qui suit:

(e) Notwithstanding any other provision of this title, (1) it shall not be an unlawful employment practise for an employer to hire and employ employees (...) on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise (...).

La similitude entre ces clauses relatives aux exigences professionnelles normales et celle de notre article 20 ne fait donc aucun doute. La jurisprudence québécoise étant encore à l'état embryonnaire pour ce qui est de définir le sens et la portée de pareille clause^{519b}, nous devons recourir à l'interprétation qu'en ont déjà donnée les tribunaux canadiens et américains. C'est du côté de nos voisins du sud⁵²⁰ qu'on trouvera les premières indications plus précises à ce

519b. Dans une décision du 20 décembre 1979, soit *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne*, voir *supra*, note 18, la Cour supérieure s'est prononcée pour la première fois sur le sens et la portée de l'article 20 de la *Charte* dans les termes suivants (cf. p. 8):

"La Cour est d'avis que la distinction, l'exclusion ou la préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi, dont parle l'article 20, *se rapporte à la compétence professionnelle et technique*. Toute interprétation contraire équivaudrait à permettre indirectement ce qui est prohibé directement par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*".

Les faits de cette affaire sont identiques à ceux d'une autre affaire rendue quelques mois plus tôt, à savoir *Commission des droits de la personne c. Biscuits Associés du Canada*, voir *supra*, note 18. Dans les deux cas, en effet, il s'agissait d'établir si des impératifs de "saine administration" (élimination du favoritisme, etc.) justifiaient, au sens de l'article 20, le refus d'embaucher une personne dont un parent travaillait déjà pour l'employeur. La Cour supérieure a conclu à exclusion fondée sur l'état civil et a rejeté les justifications des deux employeurs mais en n'expliquant pourquoi que dans *Ville de Brossard*.

Le critère énoncé de "la compétence professionnelle et technique" correspond fort heureusement à celui qu'ont adopté les tribunaux canadiens et américains en pareille matière. Devant le laconisme de la Cour supérieure, on ne doit donc pas hésiter à rechercher la signification plus précise de ce critère et l'illustration des problèmes qu'il peut causer dans la jurisprudence extérieure pertinente.

520. Les quelques arrêts classiques suivants constituent la base de notre éclairage américain: *Weeks c. Southern Bell Telephone and Telegraph Co.*, (1969) 408 F. 2d 228; *Phillips c. Martin Marietta Corp.*, (1970) 91 S. Ct. 496; *Griggs c. Duke Power*, voir *supra*, note 301; *Diaz c. Pan American World Airlines*, (1971) F. 2d 385; *Spurlock c. United Airlines*, (1972) 475 F. 2d 216; *Hodgson c. Greyhound Bus Lines*, (1974) 499 F. 2d 859; *Albermarle Paper Co. c. Moody*, voir *supra*, note 305; *Trans World Airlines c. Hardison*, (1977) 97 S. Ct. 2264; *Dothard c. Rawlinson*, *supra*, note 305. Du côté doctrinal, il faut voir: A.W. BLUMROSEN, *loc. cit. supra*, note 304 et le

sujet, car il s'agit là d'affaires judiciaires plus étoffées. La jurisprudence administrative canadienne⁵²¹, qui d'ailleurs, faute de mieux, s'est largement inspirée des décisions américaines, apporte tout de même, quoique à un degré moindre, un éclairage de plus en plus important dont il faut tenir compte.

Il ressort en premier lieu de cette double jurisprudence qu'une distinction, pour être réputée non discriminatoire en matière d'emploi, doit consister en une condition d'embauche ou de promotion (une qualité ou une aptitude) directement liée à l'accomplissement normal des fonctions d'un emploi donné⁵²². En d'autres ter-

commentaire anonyme suivant: "Business Necessity Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964: A No-Alternative Approach", (1974) 84 *Yale L.J.* 98.

521. Les décisions administratives les plus pertinentes à ce sujet sont les suivantes: *Gore c. Ottawa Separate School Board*, (1971) B.I. (Ont.); *Gares c. Alexandra Hospital*, (1974) B.I. (Alb.); *Williams c. Dept. of Transportation*, (1974) B.I. (T.-N.); *Shack c. London Drive-Ur-Self*, *supra*, note 157 (Ont.); *Segrave c. Zeller's*, *supra*, note 157 (Ont.); *Kesterton c. Spinning Wheel Restaurant*, (1975) B.I. (C.-B.); *Tharp c. Lornex Mining*, *supra*, note 139 (C.-B.); *McBean c. Village of Plaster Rock*, *supra*, note 157 (N.-B.); *Lindsay c. Girling*, (1975) B.I. (Sask.); *Gay Alliance c. Vancouver Sun*, *supra*, notes 250 (B.I.) et 22 (C. Supr. can.); *Nechiporenko c. Hickman*, (1975) B.I. (C.-B.); *Dept. of Labour c. University of Regina*, (1975) B.I. (Sask.) confirmé in (1976) 62 D.L.R. (3d) 717 (Sask. Q.B.); *Wilson c. Vancouver Vacation Institute*, (1976) B.I. (C.-B.); *Lopetrone c. Harrison*, (1976) B.I. (C.-B.); *H.W. c. Kroff*, *supra*, note 250 (C.-B.); *Borho c. Nelson*, (1976) B.I. infirmé in 1 B.C.L.R. 207 (B.C.S.C.); *Human Rights Commission c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, *supra*, note 250 (C.-B.); *Jefferson c. Baldwin*, *supra*, note 250 (C.-B.); *Nembhard c. Caneurop*, (1976) B.I. (Ont.); *Hadley c. City of Mississauga*, (1976) B.I. (Ont.); *Cosgrove c. City of North Bay*, (1976) B.I. (Ont.) confirmé in (1977) 17 O.R. (2nd) 712 (Ont. S.C.); *Human Rights Commission c. Yorkton Regional High School*, *supra*, note 157; *Derksen c. Flyer Industries*, (1977) B.I. (Man.); *Singh c. Security and Investigation*, *supra*, note 289 (Ont.); *Hawkes c. Brown's Ornamental Iron Works*, *supra*, note 157 (Ont.); *Hall c. City of Etobicoke*, (1977) B.I. (Ont.); *Cummings c. Ontario Minor Hockey Association*, *supra*, note 254; *Bremer c. Board of School Trustees*, *supra*, note 250 (C.-B.); *Boyd c. Mar-Su Interior Decorators*, (1978) B.I. (Ont.); *Froese c. Pine Creek School*, *supra*, note 289 (Man.); *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 289 (Ont.); *Adler c. Metropolitan Board of Commissioners of Police*, (1979) B.I. (Ont.); *Re Burns and United Association of Journeyman*, voir *supra*, note 272; *Bone c. Hamilton Tiger-Cats Football Club*, voir *supra*, note 254; *Foster c. B.C. Forest*, voir *supra*, note 250; *Gadowsky c. School Committee of the County of Two Hills*, voir *supra*, note 149; *Grafe c. Sechelt Building Supplies*, voir *supra*, note 289; *Jittle c. St-John Shipbuilding*, (1980) B.I. (N.-B.); *Foreman c. Via Rail Canada*, voir *supra*, note 289, 13-14. Voir également les commentaires de I.A. HUNTER, *loc. cit. supra*, note 157, aux pp. 34 et ss. et de E.S. LENNON, *loc. cit. supra*, note 286.

522. "If an employment practise which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practise is prohibited". *Griggs*, voir *supra*, note 301, 853.

mes, les exigences requises doivent être pertinentes aux fonctions. Rappelons ici que la discrimination peut être exercée de façon directe aussi bien qu'indirecte. Dans le premier cas, un employeur qui, pour un poste donné, fixerait arbitrairement comme qualifications que le candidat soit par exemple un homme, marié, catholique et francophone pourrait commettre ouvertement une discrimination fondée à la fois sur le sexe, l'état civil, la religion et la langue, par opposition à une préférence justifiée et réputée non discriminatoire parce que fondée sur les qualités exigées de bonne foi pour un emploi. Mais les pratiques discriminatoires se font rarement au si grand jour. L'arrêt *Griggs*⁵²³ nous enseigne en effet qu'une firme peut très bien, par des exigences en apparence "neutre", commettre de façon déguisée de la discrimination lorsque, dans les faits, ces exigences écartent de façon disproportionnée, par rapport aux autres groupes de personnes en général, les membres d'un groupe racial, religieux, sexuel ou autre.

Quel degré de relation doit-il y avoir entre les exigences professionnelles (discriminatoires) et l'emploi offert pour que ces dernières soient considérées justifiées ou pertinentes aux fonctions aux yeux du juge? C'est l'affaire *Diaz*⁵²⁴ qui, aux États-Unis, a énoncé la règle à cet égard, laquelle a été suivie au Canada⁵²⁵:

We begin with the proposition that the use of the word "necessary" in section 703 (e) requires that we apply a *business necessity test*, not a *business convenience test*. That is to say, discrimination based on sex is valid only when the essence of the business operation would be undermined by not hiring members of one sex exclusively.

En d'autres termes, les exigences professionnelles discriminatoires ne doivent pas avoir été fixées parce que cela a paru simplement plus commode à l'employeur, mais bien parce qu'elles sont réellement *nécessaires*, c'est-à-dire essentielles, à l'accomplissement des fonctions normales d'un poste donné et, par voie de conséquen-

523. *Ibid.* Cet arrêt, comme nous l'avons vu, est de plus en plus suivi au Canada, voir *supra*, note 289.

524. Voir *supra*, note 520, 385 (les italiques sont de nous).

525. Si le vocabulaire utilisé au Canada n'est pas toujours le même qu'aux États-Unis, le résultat concret est le même. On parlera par exemple dans *Borho c. Nelson*, voir *supra*, note 521, 21, de la nécessité d'une "relation significative" entre les qualités exigées et les fonctions normales d'un emploi tandis que dans *H.W. c. Kroff*, voir *supra*, note 250, 6, on exigera que cette relation soit "fonctionnelle" pour marquer qu'il ne saurait s'agir de n'importe quelle sorte de lien vague entre les deux éléments en cause.

ce, à la bonne marche de l'entreprise⁵²⁶. Le critère, en effet, n'en est pas un de commodité, mais bien de nécessité.

Le motif religieux a soulevé un problème particulier en jurisprudence à cet égard. On sait que les adeptes de certaines religions voient des aspects divers de leur liberté individuelle restreints de par leurs croyances même: ils ne peuvent, par exemple, travailler le samedi (ex.: religion juive orthodoxe), ils sont contraints de respecter certaines exigences vestimentaires comme le port de la barbe et d'un turban (ex.: religion sikh) ou encore l'accomplissement de certains actes médicaux, à savoir l'avortement, leur est interdit (ex.: religion catholique). Le droit, en pleine égalité, à l'exercice de la religion peut donc entrer en conflit ici avec le principe dérogatoire des qualités exigées de bonne foi pour un emploi. On a toutefois décidé⁵²⁷ qu'en pareils cas, un employeur ne peut, sans commettre une pratique discriminatoire fondée sur la religion, congédier ou refuser péremptoirement d'embaucher un individu parce que ses préceptes religieux ne correspondent pas aux exigences requises par un emploi. Contrairement à la définition de base que nous avons déjà donnée de l'égalité suivant laquelle cette notion se satisfait de l'interdiction des différences de traitement fondées sur un motif de discrimination⁵²⁸, l'égalité ou la non-discrimination religieuse implique pour un employeur l'obligation de prendre en considération les aspects contraignants de la foi de ses employés. Sinon, une entreprise pourrait fixer des exigences professionnelles auxquelles certaines personnes, simplement à cause de leurs croyances religieuses, ne pourraient répondre. Une telle politique ayant comme conséquence directe d'obliger ces personnes à choisir entre leur religion et leur emploi, il en résulterait alors une discrimination fondée sur ce motif.

Le problème pratique qui s'est posé à cet égard fut de savoir dans quelle mesure un employeur se doit de considérer la religion particu-

526. Les mots "*reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise*" qui suivent l'expression "*bona fide occupational qualification*" dans l'article 703 (e) (1) du *Civil Rights Act* américain n'ajoutent donc rien à cette dernière puisqu'ils en sont implicitement la conséquence. En ce sens, la clause relative aux exigences professionnelles normales, plus complète en apparence dans le texte américain, ne diffère pas des clauses équivalentes au Canada et au Québec.

527. Aux États-Unis, voir *T.W.A. c. Hardison*, *supra*, note 520; au Canada, voir *Singh c. Security and Investigation*, *supra*, note 289; *Williams c. Department of Transportation*, *supra*, note 521; *Froese c. Pine Creek School Division*, *supra*, note 289; voir aussi I.A. HUNTER, *loc. cit. supra*, note 157, aux pages 34 à 38.

528. Voir *supra*, pp. 393-394 et 449.

lière de l'un ou de quelques-uns de ses employés. Le Congrès américain a dû, pour contrecarrer une jurisprudence conservatrice⁵²⁹ et ce, malgré l'existence de directives précises⁵³⁰ émises par la Commission sur l'égalité des chances dans l'emploi (ou E.E.O.C.: *Equal Employment Opportunity Commission*), esquisser une première ébauche de réponse à cette question en ajoutant, en 1972, le paragraphe suivant au titre VII du *Civil Rights Act*⁵³¹:

701 (j) The term "religion" includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to *reasonably accommodate* to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without *undue hardship* on the conduct of the employer's business.

En vertu du principe contenu dans cette disposition, lequel existait déjà avant l'adoption de cette dernière⁵³², un employeur ne peut refuser de se conformer au droit de ses employés à l'égalité des chances que s'il démontre que l'embauche ou le non-renvoi d'une personne appartenant à un certain groupe religieux lui causerait des difficultés vraiment insurmontables — "*an undue hardship*" — dans la gestion de son entreprise. Tout le problème consiste dès lors pour les tribunaux à déterminer quand l'obligation patronale de s'adapter à un individu en fonction de sa pratique religieuse devient exagérée ou indue. Étant donné que l'interprétation de la clause relative aux exigences professionnelles normales avait jusque-là amené la Cour suprême à élaborer un critère rigoureux de nécessité — ou "*business necessity*", — on se serait attendu à ce que cette Cour soit aussi exigeante en matière de discrimination religieuse. Malheureusement, elle en est plutôt arrivée à la conclusion qu'il y avait

529. *T.W.A. c. Hardison*, voir *supra*, note 520, 2279. Relatant l'histoire législative des amendements de 1972 du *Civil Rights Act*, le juge Marshall fait voir dans son opinion dissidente comment l'article 701 (j) fut ajouté pour contrer les effets de deux jugements ayant restreint l'obligation d'un employeur d'accueillir les employés en fonction de leur religion respective, soit: *Dewey c. Reynolds*, (1971) S. Ct. 2186 et *Riley c. Bendix Corp.*, (1972) 464 F. 2d 1113 (5th Circuit).

530. *Guidelines on Discrimination Because of Religion*, 29 C.F.R., art. 1605.1, 32 Fed. Reg. 10298 (1967). L'article 701 (j) du *Civil Rights Act* ne fait que reprendre le principe général de la directive de la Commission émise en 1967. Notons que l'affaire *T.W.A. c. Hardison* fut rendue en ne tenant compte que de la loi existante en 1967, laquelle ne comprenait pas le nouvel article 701 (j) mais était accompagnée de la directive précitée. Pour un aperçu du statut juridique de ces directives, voir *Griggs c. Duke Power*, *supra*, note 301, aux pages 854-855.

531. Voir *supra*, note 21.

532. Voir *supra*, note 530.

“*undue hardship*” pour une entreprise dès que le respect d’une pratique religieuse impliquait pour elle “plus qu’un déboursé minimal”: “to require T.W.A. to bear more than a *de minimus cost* in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship”⁵³³. En outre, il en résulterait également une obligation indue pour un employeur s’il devait, pour motifs religieux, contrevenir au système “neutre” d’ancienneté négocié dans le cadre d’une convention collective avec le syndicat de ses employés. En ce cas, a déclaré la Cour suprême, “(an employer) would have... to deprive another employee of his shift preference at least in part because he did not adhere to a religion that observed the Saturday Sabbath. Title VII does not contemplate such an unequal treatment”⁵³⁴.

Cette décision de la plus haute instance judiciaire des États-Unis fut récemment suivie au Canada dans l’affaire manitobaine *Froese c. Pine Creek School Division*⁵³⁵. S’agissant du cas d’un professeur qui demandait un congé d’une dizaine de jours consécutifs dans l’année scolaire pour motifs religieux, le tribunal quasi judiciaire a émis l’opinion que l’obligation de l’employeur d’adapter ses politiques en fonction de la religion d’un employé devenait excessive dès qu’il était démontré que les changements requis pouvaient avoir un effet négatif “plus que minimal” sur la programmation normale des cours⁵³⁶:

In my opinion, anything *more than a de minimus detrimental effect* would have been undue and have justified the School Division denying Mr. Froese’s religious leave of absence request.

Il faut déplorer l’attitude servile du tribunal manitobain qui s’est contenté de suivre à la lettre l’opinion majoritaire de la Cour suprême américaine dans l’affaire *T.W.A. c. Hardison* à ce sujet. Il nous apparaît, à l’instar des juges dissidents Marshall et Brennan⁵³⁷, qu’un critère aussi peu rigoureux consiste à toutes fins utiles à réouvrir toute grande la porte à la discrimination religieuse dans l’emploi. On imagine aisément en effet, qu’il sera souvent extrêmement difficile pour une personne de religion “minoritaire” de prouver que ses exigences religieuses ne font pas encourir à un em-

533. *T.W.A. c. Hardison*, voir *supra*, note 520, 2277.

534. *Id.*, 2275.

535. Voir *supra*, note 289. Il s’agit d’une décision administrative exceptionnellement bien étoffée (67 pages) et rendue par Me Marshall E. Rothstein de l’étude Aikins, MacAulay & Thoraldson de Winnipeg.

536. *Id.*, 61. Les italiques sont de nous.

537. Voir *supra*, note 520, 2277 à 2283.

ployeur “plus qu’un déboursé minimal”. On s’est beaucoup éloigné, en tout cas, du rigoureux critère de la nécessité — ou “*business necessity*” — lequel, à moins de mettre sérieusement en danger le droit, en pleine égalité, à l’exercice de la religion, devrait être repris en matière de discrimination religieuse dans l’emploi dans la *Charte québécoise*^{537a}.

En résumé, le nouveau critère énoncé par la Cour suprême des États-Unis ne permet d’assurer le respect de certaines pratiques religieuses non conformes aux exigences professionnelles d’un employeur, que lorsque l’employé peut en assumer le coût ou qu’il peut faire en sorte qu’il n’en coûte rien à l’employeur.

Néanmoins, même en suivant ce critère à la lettre dans l’affaire *Froese*, le tribunal a finalement donné raison à l’employé puisque l’école intimée ne put faire la moindre preuve de quelque effet défavorable sur les étudiants du requérant étant donné qu’il avait une excellente suppléante à proposer. Par ailleurs, il n’exigeait aucune rémunération pour ses journées d’absence: la commission scolaire n’encourait donc pas le moindre coût financier supplémentaire. C’est donc au prix de certains sacrifices qu’un adepte d’une religion marginale pourra, selon cette jurisprudence, exercer librement sa foi, s’il veut en respecter les préceptes tout en travaillant. La question de preuve revêtira donc une importance considérable en matière de discrimination religieuse^{537b}.

Il en sera d’ailleurs de même concernant l’application ordinaire de la clause relative aux exigences professionnelles normales à laquelle il faut maintenant revenir. La règle judiciairement élaborée pourrait se formuler comme suit: ne seront réputées justifiées et non discriminatoires que les exigences professionnelles fondées sur des motifs comme le sexe ou le handicap physique dont on aura clairement démontré, par prépondérance de preuve, la nécessité et la pertinence à partir de faits objectifs, vérifiables et substantiels — “*a rational factual basis*”⁵³⁸ — et non pas à partir d’impressions ou encore de généralisations fondées sur des stéréotypes. La conviction paternaliste qu’un poste de surveillant de nuit est trop dangereux

537a. Voir implicitement en ce sens: A. MOREL, *loc. cit. supra*, note 19, à la p. 207.

537b. En ce qui concerne les questions de preuve, l’employé devra évidemment commencer par établir la sincérité de ses convictions religieuses et des pratiques contraignantes qui en découlent. Autrement, n’importe qui pourrait prétexter des contraintes d’ordre religieux pour se soustraire à des conditions de travail jugées pénibles ou désagréables.

538. *Weeks c. Southern Bell Telephone and Telegraph*, voir *supra*, note 520, 235.

pour la propre sécurité d'une femme⁵³⁹, le désir de créer une atmosphère plus agréable dans un commerce par l'embauche d'un personnel exclusivement féminin⁵⁴⁰, la croyance qu'une femme est incapable physiquement de satisfaire aux exigences de la fonction policière⁵⁴¹ ou encore qu'elle ne peut travailler dans un chantier parce qu'il est composé uniquement d'hommes et que, par exemple, il manque de commodités adaptées aux personnes des deux sexes, comme les salles séparées de toilettes et de douches⁵⁴², constituent ainsi des considérations impertinentes aux yeux des tribunaux⁵⁴³.

La Commission américaine sur l'égalité des chances dans l'emploi (E.E.O.C.) a de plus émis des directives en matière de discrimination fondée sur le sexe⁵⁴⁴, lesquelles excluent expressément de la notion d'exigences professionnelles normales les trois types de justification suivants: 1° le refus d'embaucher des personnes de l'un des deux sexes en raison de prétendues attitudes des personnes de ce groupe "en général" sur le marché du travail, comme par exemple la prétention que le roulement des employés est plus élevé chez

539. *Shack c. London Drive-Ur-Self*, voir *supra*, note 157, 22. Le tribunal fait ainsi sien ces propos non équivoques du juge Johnson dans l'affaire *Weeks*, voir *supra*, note 520:

"Title 7 rejects just this type of romantic paternalism as unduly victorian and instead vests individual women with the power to decide whether or not to take on unromantic tasks. Men have always had the right to determine whether the incremental increase in remuneration for strenuous, dangerous, obnoxious, boring or unromantic tasks is worth the candle. The promise of title 7 is that women are now to be on equal footing. We cannot conclude that by including the bona fide occupational qualification exception Congress intended to renege on that promise."

540. *Kesterton c. Spinning Wheel Restaurant*, voir *supra*, note 521; *Diaz c. Pan American World Airlines*, voir *supra*, note 520.

541. "It is not enough for the standards to be based solely upon the stereotype of the large male police officer": *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police*, voir *supra*, note 289, 74. Aux États-Unis, voir *Dothard c. Rawlinson*, *supra*, note 305, 2728-2729.

542. *Tharp c. Lornex Mining*, voir *supra*, note 139; *McBean c. Village of Plaster Rock*, voir *supra*, note 157.

543. Autres cas d'attitudes paternalistes explicitement rejetés par la jurisprudence: *Bulger c. Royal Canadian Legion*, (1978) B.I. (N.-B.); *McGuire c. Orchard Park Tavern*, (1979) B.I. (Ont.); *Muccilli c. Ed's Warehouse Restaurant*, voir *supra*, note 170a.

544. *Revised Equal Employment Opportunity Commission Guidelines on Discrimination Because of Sex*, article 1604.2 in E.S. LENNON, loc. cit. *supra*, note 286, 601-602. Cette directive nous paraît tout à fait applicable aux autres motifs de discrimination.

les femmes que chez les hommes; 2° le refus d'embaucher fondé sur des aptitudes soi-disant propres aux personnes de l'un des deux sexes, tel le stéréotype qui veut que les hommes soient moins habiles pour servir aux tables ou selon lequel les femmes seraient moins dynamiques dans le domaine de la vente; 3° le refus de prendre un individu à son emploi à cause des préférences des clients, des collègues de travail ou de l'employeur lui-même. Ces types de justification ne sont pas établis à partir de faits objectifs et, même s'ils l'étaient, ils s'avèreraient impertinents puisqu'ils prennent appui en réalité sur des généralisations et non pas sur une évaluation qui tiendrait compte des aptitudes et qualités réelles de chaque personne, prise individuellement et non comme membre d'un groupe donné. Voilà pourquoi ils ne sauraient être couverts par l'exception relative aux exigences professionnelles normales et que partant, ils constituent des atteintes illicites au principe d'égalité.

En ce sens, on peut affirmer qu'il n'existe plus en principe d'emplois réservés aux hommes et aux femmes^{544a}. L'exception relative aux exigences professionnelles normales impose un double critère de pertinence et de nécessité qui se traduit d'abord par la prise en considération de la seule compétence pour l'accomplissement normal d'un travail. On ne fera ensuite exception à cette règle que si la preuve est faite par l'employeur, qu'une caractéristique *exclusive* et propre à *tous* les membres d'un groupe protégé contre la discrimination — sexuel, racial ou autre — est *essentielle* à l'accomplissement normal d'une fonction donnée et, par voie de conséquence, à la bonne marche d'une entreprise. La Cour d'appel américaine a clairement énoncé le critère à appliquer à cet égard dans l'affaire *Diaz*⁵⁴⁵:

... (D)iscrimination based on one sex is valid only when the essence of the business operation would be undermined by not hiring of *one sex exclusively*.

En l'espèce, la compagnie d'aviation employeuse prétendait que l'embauche d'un personnel de bord exclusivement féminin s'avérait indispensable au bon fonctionnement de la compagnie. Le tribunal rejeta évidemment les prétentions de l'employeur et ce, en deux temps. D'abord, rien ne pouvait démontrer objectivement que tous les hommes étaient moins capables qu'une femme d'accomplir les

544a. "Est-ce à dire qu'il ne doit plus y avoir d'emplois réservés exclusivement aux hommes ou aux femmes? C'est là, en effet, en principe, l'une des principales conséquences pratiques des lois qui interdisent la discrimination sexuelle": A. MOREL, *loc. cit. supra*, note 19, 187.

545. Voir *supra*, note 520, 388.

diverses fonctions d'une hôtesse de l'air. Ensuite, même si cette preuve avait pu être faite, l'exclusion péremptoire de tous les hommes n'aurait pas été justifiée, car l'embauche de personnes du sexe masculin comme personnel de bord n'aurait pas pu porter atteinte à la nature des activités de l'entreprise et à son bon fonctionnement. Le tribunal estime en effet que la nature d'une compagnie d'aviation consistait dans le transport et non dans la restauration.

Si le critère énoncé dans *Diaz* paraît avoir été suivi de façon générale aux États-Unis, on a dû en assouplir l'application dans les cas où la sécurité publique entre en ligne de compte. On a donc jugé⁵⁴⁶ qu'il était permis de réserver certaines fonctions aux personnes d'un sexe ou d'un âge donné dès qu'on pouvait démontrer objectivement qu'"à peu près tous les individus" n'entrant pas dans ces catégories devenaient moins capables d'assurer la sécurité des personnes qui dépendent alors directement de la qualité du travail accompli. Pensons ici aux fonctions de pilote d'avion, de chauffeur d'autobus, de pompier ou encore de policier pour lesquelles l'âge en particulier peut être un facteur d'augmentation de risques, selon qu'il est trop bas ou trop élevé. Devant une telle éventualité, il suffira pour exclure tout un groupe sur la base d'un motif de discrimination que l'employeur ait, selon l'affaire *Weeks*⁵⁴⁷, "a factual basis for believing that *all or substantially all* women would be unable to perform safely and efficiently the duties of the job involved".

Ces problèmes se sont présentés au Canada et ce n'est qu'après beaucoup d'hésitations qu'on a accepté de réserver certains emplois aux personnes d'un sexe ou d'un âge donné en vertu du critère énoncé dans *Weeks* lorsque des considérations de sécurité publique sont invoquées⁵⁴⁸. Autrement, la règle de l'évaluation individuelle

546. Voir: *Weeks c. Southern Bell Telephone and Telegraph Co.*; *Spurlock c. United Airlines*; *Hodgson c. Greyhound*, *supra*, note 520.

547. Voir note précédente, à la p. 235.

548. Le problème de la sécurité publique s'est surtout posé en regard de l'âge au Canada, des travailleurs refusant d'être mis à la retraite alors qu'ils étaient toujours bien portant. Voir par exemple: *Hadley c. City of Mississauga*; *Hall c. City of Etobicoke*; *Cosgrove c. City of North Bay*; *Derksen c. Flyer Industries*; *Foster c. B.C. Forest*; *Gadowsky c. School Committee of Two Hills*; *Grafe c. Sechelt Building Supplies*; *Little c. St-John Shipbuilding*, *supra*, note 521. Voir aussi: I.A. HUNTER, *loc. cit. supra*, note 157, 41 et E.S. LENNON, *loc. cit. supra*, note 286, 603. On notera que la principale difficulté, dans des cas où l'employeur invoqua la sécurité publique pour exclure les gens ayant atteint l'âge de la retraite, en fut une de preuve. Comment prouver objectivement, c'est-à-dire sur la base de faits réels et vérifiables, qu'"à peu près tous les gens" de plus de 60 ou 65 ans constituent un

prévaut, ce qui exclut toute possibilité de catégoriser les gens selon leurs caractéristiques essentielles (sexe, etc.), à moins que celles-ci soient absolument indispensables à une fonction bien précise et à la bonne marche d'une entreprise, le cas échéant.

À ce propos, les directives de la Commission américaine sur l'égalité des chances dans l'emploi (E.E.O.C.)⁵⁴⁹ nous fournissent ici, une fois de plus, de bons exemples des cas couverts par l'exception relative aux exigences professionnelles normales, puisqu'elles sont conformes au critère énoncé dans *Diaz*. Ainsi un motif de discrimination peut devenir une qualité exigée de bonne foi pour un emploi lorsqu'il est nécessaire pour assurer l'authenticité d'un poste: par exemple, l'exigence d'une actrice plutôt que d'un acteur. Un restaurant japonais serait également justifié, en vertu du même principe, de n'embaucher que du personnel de ce groupe national ou ethnique. Lorsque les caractéristiques sexuelles sont elles-mêmes requises pour l'accomplissement d'une fonction, comme dans le cas du don de sperme, elles constituent évidemment une exigence professionnelle normale. Le sexe constituerait aussi, bien sûr, une qualité exigée de bonne foi lorsque la "décence publique" — ou les bonnes moeurs — sont directement en cause: la Commission donne ici en exemple l'embauche d'un surveillant de toilettes⁵⁵⁰.

On peut donc constater ici que la clause relative aux exigences professionnelles normales reçoit une interprétation fort restrictive. En définitive, seuls les cas d'évidence paraissent répondre à cette norme d'exception qui commande l'application rigoureuse de critères objectifs appuyés sur des faits vérifiables dans l'évaluation *personnelle* des qualités et aptitudes d'un individu, au regard des fonctions devant être normalement accomplies dans le cadre d'un emploi donné.

Qu'en est-il dès lors de l'élément subjectif de la bonne foi? L'article 20 n'indique-t-il pas que les aptitudes ou qualités exigées pour un

risque de danger plus élevé que des personnes moins âgées dans l'accomplissement de certaines fonctions. Doit-on exiger des preuves scientifiques ou statistiques? Que faire quand elles n'existent pas? Les décisions mentionnées, surtout les plus récentes, apportent des réponses intéressantes en cette matière qui dépasse le cadre modeste de notre article.

549. Voir *supra*, note 544.

550. Il s'est d'ailleurs présenté un cas de ce genre au Canada dans l'affaire *Lindsay c. Girling*, voir *supra*, note 521. Bien entendu, le tribunal administratif en est arrivé à la conclusion que la plus élémentaire décence justifiait l'emploi exclusif d'individus du même sexe que les personnes fouillées eu égard aux fonctions de gardien de sécurité dans un aéroport.

emploi sont réputées non discriminatoires dès lors qu'elles sont requises de bonne foi? La réponse apportée tant par la jurisprudence américaine que canadienne à ce sujet, et que nous n'avons aucune raison de rejeter, est à la fois claire et unanime: la bonne foi au sens subjectif du terme ne doit pas être considérée comme élément justificateur sous le régime des "*bona fide occupational qualifications*"⁵⁵¹. Accepter une excuse aussi subjective que celle de la bonne foi aurait pour conséquence directe, en effet, de perpétuer les pratiques et attitudes discriminatoires traditionnelles fondées sur des conceptions vieillottes mais honnêtes sur les rôles respectifs des hommes et des femmes par exemple dans la société^{551a}. C'est pourquoi, contrairement à la règle usuelle⁵⁵², il semble que la bonne foi ne doive pas être présumée. Car, il ne faut pas l'oublier, la clause relative aux exigences professionnelles normales constitue une dispo-

551. "In my opinion, the words *bona fide* do not simply mean "good faith" or "honest intention" but require also that the employer show that the minimum height standard of 5'10" is reasonably necessary to the employer's operations as a police force. In my view, any exception to the Code is intended to be strictly construed, and the burden to prove the exception lies with the person asserting it". *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police*, voir *supra*, note 289, 71 (Ont.).

551a. "... it may be particularly useful to emphasize that the notion of direct discrimination is not precisely co-extensive with attitudes which might be referred to as "bigotry" or "irrational hatred" or "dislike" of a particular group. One might engage in stereotyping which amounts to a contravention of the Code without feeling any personal animus or hostility toward members of the group as a general matter, or toward the particular individual who is subject to the stereotyped judgment. Thus, one might profess or indeed feel a great affection for Canadians in general but refuse to employ them on the assumption that they share, as a general matter, some undesirable characteristic which would render them less capable than others for the particular job in question. Discrimination on the basis of sex may provide a more obvious illustration. It may be that there are employers who refuse to hire women for certain jobs on the basis of stereotyped attitudes towards the capacities of women in general, even though no particular enmity is felt towards women in general or towards any particular candidate for employment by the employer in question. To act on the basis of such attitudes, rather than on the basis of merit, is to engage in what I have termed "direct" or "intentional" discrimination and clearly, in my view, would amount to a contravention of Section 4 of the Code": *Bone c. Hamilton Tiger Cats Football Club*, voir *supra*, note 254, 9-10. Voir aussi: *Bremer c. Board of School Trustees*, (1977) B.I. 12 (C.-B.); *Gawne c. Chapman*, (1979) B.I. 13-14 (C.-B.); *Findlayson c. Misty*, (1979) B.I. (C.-B.); *McGuire c. Orchard Park Tavern*, (1979) B.I. (Ont.).

552. Au Québec, art. 2202 C.c. La bonne foi se présume toujours cependant au stade de l'établissement du fondement discriminatoire d'une différence de traitement opérée sur une base individuelle, car la victime n'a pas d'autres choix alors, pour avoir gain de cause, que de mettre en preuve les intentions discriminatoires de l'auteur de la distinction reprochée. Voir *supra*, pp. 474 à 480.

sition d'exception par rapport à la règle d'égalité et, pour cette raison même, elle doit recevoir une interprétation des plus restrictives⁵⁵³.

Ainsi un employeur ne parviendra à établir sa bonne foi que s'il démontre à la satisfaction du tribunal, c'est-à-dire par une preuve objective basée uniquement sur des faits vérifiables — "*a rational factual basis*" — et non sur des impressions, que les qualités ou aptitudes discriminatoires requises (être de tel sexe, de telle langue, etc.) pour l'obtention d'un poste sont directement reliées aux fonctions normales du travail offert, à telle enseigne que si l'employé ne les possédait pas, cela nuirait considérablement à la bonne marche de l'entreprise. C'est donc à l'aide du double critère de la pertinence et de la nécessité que le patron démontrera sa bonne foi. La simple preuve de sa bonne foi au sens subjectif du terme, soit d'avoir agi honnêtement sans entretenir quelque intention discriminatoire, ne suffira pas à répondre aux prescriptions de la clause d'exception de l'article 20^{553a}.

Bref, la clause relative aux qualités ou aptitudes exigées de bonne foi pour un emploi, ou autrement et mieux dit, aux exigences professionnelles normales, qu'on retrouve dans la *Charte* à l'article 20 de même qu'au second paragraphe de l'article 19⁵⁵⁴, est une exception de justification raisonnable dans un sens différent de celui que nous avons exposé en première Partie de cet ouvrage⁵⁵⁵ dans le cadre de l'étude des conceptions relatives de l'égalité. Il s'agissait alors de mettre en rapport un moyen et une fin, le moyen étant le traitement distinct fondé sur un motif discriminatoire et la fin, les objectifs

553. "The exception for bona fide occupational qualifications was not intended to swallow the rule": *Philipps c. Martin Marietta Corp.*, voir *supra*, note 520; "The exception was intended to be narrowly construed...": *Weeks*, voir *supra*, note 520 in *Shack c. London Drive-Ur-Self*, voir *supra*, note 157, 19. Voir aussi *Ville de Bros-sard c. C.D.L.P.*, *supra*, note 519b et *Association des Gais du Québec c. C.E.C.M.*, *infra*, p. 541.

553a. Une telle preuve a toutefois son utilité en ce qui concerne l'évaluation monétaire du préjudice causé, voir article 49 de la *Charte*, second alinéa.

554. Les deux articles sont formulés de la même façon: ils débutent tous les deux par l'expression "une différence de traitement *fondée sur*". Les règles établies au sujet de la clause relative aux exigences professionnelles normales s'appliquent donc de la même façon à l'article 19 et avec beaucoup plus de facilités puisque l'expérience, la quantité de production ou le temps supplémentaire sont des faits plus facilement identifiables que les qualités ou aptitudes exigées de bonne foi pour un emploi. On peut lire pour s'en convaincre les affaires suivantes: *Gares c. Alexandra Hospital*, *supra*, note 521; *Tharp c. Lornex Mining*, voir *supra*, note 139; *Nechiporenko c. Hickman Tye Hardware*, *supra*, note 521; *Dept. of Labour c. University of Regina*, *supra*, note 521; *Human Rights Commission c. Yorkton Regional High School*, *supra*, note 157.

555. Voir *supra*, pp. 431 et ss.

visés par une telle politique. Aux termes de l'article 20, les objectifs d'un employeur ne serviront pas à justifier les qualités et aptitudes discriminatoires qu'il requiert^{555a}. Les objectifs d'un chef d'entreprise demeurent toujours, et rien n'est plus normal, la recherche des meilleurs bénéfiques et l'élimination de la concurrence. Or, l'article 20 n'est pas concerné par ces objectifs. Ce qui compte sous ce régime d'exception, c'est uniquement le rapport pertinent et nécessaire entre le motif de distinction exigé comme qualité ou aptitude et l'accomplissement normal des fonctions relatives à un emploi donné^{555b}. Quels que soient les objectifs d'un employeur, si ce rapport n'est pas établi, ses exigences ne pourront pas être réputées non discriminatoires au sens de l'article 20.

b) Les institutions à caractère particulier

L'article 20 ouvre largement la porte à la conception relative de l'égalité selon laquelle une discrimination justifiée ne doit pas être considérée comme une atteinte illicite au principe d'égalité dans le cas de certaines institutions, à savoir: celles qui n'ont aucun but lucratif tout en se distinguant par leur caractère charitable, philanthropique, religieux ou éducatif et celles qui sont exclusivement vouées au bien-être d'un groupe ethnique.

La première question qui se pose au regard de cette deuxième situation d'exception consiste à se demander ce que le législateur a bien voulu viser par l'emploi du terme "institution". Dans les autres lois canadiennes⁵⁵⁶ où on a jugé bon d'inclure une disposition similaire, on aura d'ailleurs préféré le mot "organization" qui paraît beaucoup plus large que celui d'"institution". À défaut de définition jurisprudentielle, il nous faut donc recourir au sens ordinaire des mots⁵⁵⁷ pour connaître ce que ce dernier terme peut englober comme réalité.

Le *Petit Robert*⁵⁵⁸ nous enseigne que le mot "institution" aurait

555a. Comme nous l'avons vu, la toute récente affaire *Weber* est venue, pour des raisons particulières inapplicables dans le cadre de la *Charte*, apporter un tempérament à cette règle, en matière de discrimination positive, voir *supra*, note 167.

555b. Voir dans le même sens: A. MOREL, *loc. cit. supra*, note 19, aux pp. 182 et 199.

556. *Ontario Human Rights Code*, art. 4 (7); *Individual's Rights Protection Act* (Alb.), art. 2 (2) (b); *Human Rights Act* (Man.), art. 6 (7); *Human Rights Code of British Columbia*, art. 22; *Human Rights Act* (N.-E.), art. 8 (4); *Human Rights Act* (I.-P.-É.), art. 6 (4) (b); *Newfoundland Human Rights Code*, art. 9 (6) (a). Voir *supra*, note 3.

557. E.A. DRIEDGER, *op. cit. supra*, note 162, 6.

558. *Op. cit. supra*, note 171.

au moins deux types de signification. D'une part, il peut désigner "un établissement privé d'éducation et d'instruction". S'il fallait nous en tenir à une définition aussi limitative, la portée de l'exception en cause s'en trouverait considérablement diminuée⁵⁵⁹. Quoique l'article 20 doive recevoir une interprétation restrictive en principe, nous sommes d'avis qu'en l'espèce, les tribunaux ne devraient pas se montrer trop sévères, puisque cette disposition a manifestement pour but d'éviter que le principe de non-discrimination ne porte atteinte à l'exercice de certains autres droits fondamentaux reconnus dans la *Charte*, comme les libertés de religion et d'opinion⁵⁶⁰, le droit à l'instruction⁵⁶¹ ou encore le droit des personnes appartenant à des minorités ethniques de faire progresser leur vie culturelle⁵⁶². En ce sens, le mot "institution" devrait, dans le contexte de la *Charte*, être considéré dans son acception la plus large⁵⁶³ et inclure certaines organisations et associations qui, d'une manière ou d'une autre, participent aux "mœurs et aux manières" d'une société québécoise de plus en plus cosmopolite. Ainsi une école, une université, un journal, une église ou un parti politique pourront-ils être considérés comme des institutions au Québec.

Cela dit, l'article 20 permet à ces institutions d'opérer des distinctions, exclusions ou préférences fondées sur l'un des motifs énumérés à l'article 10, à condition que ces différences de traitement soient justifiées par leur caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif. Notons à cet égard que cette disposition d'exception est, avec celle de la loi de la Colombie-Britannique, unique tant au Canada qu'ailleurs par le fait qu'elle s'applique à

559. C'est à ce sens restreint que fait référence l'exception similaire du titre VII du *Civil Rights Act* américain, à l'art. 703 (e) (2), mais elle le fait en termes non équivoques: "(2) it shall not be an unlawful employment practise for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees..."

560. Art. 3.

561. Art. 40.

562. Art. 43.

563. Le Petit Robert: "*Par extension — sens courant*: la chose instituée (personne morale, groupement, régime). Institutions nationales, internationales. Institutions politiques, religieuses. Les lois sont "des institutions du législateur, les mœurs et les manières des institutions de la nation en général" (Montesquieu). *En construction absolue*: les institutions, l'ensemble des formes ou structures sociales, telles qu'elles sont établies par la loi ou la coutume, et dans un sens plus étroit, celles qui relèvent du droit public. Peuple attaché à ses institutions. Saper, défendre les institutions. Les institutions de l'an VIII".

tous les domaines d'activité protégés par la *Charte*⁵⁶⁴ au lieu de se confiner au secteur de l'emploi comme c'est le cas dans les autres provinces⁵⁶⁵ et dans le *Civil Rights Act* américain.

Mais alors, à quel type de justification l'article 20 veut-il faire appel ici? Autrement dit, quels éléments veut-il mettre en relation et de quelle façon? À ce sujet, la Cour supérieure a déjà eu l'occasion de se prononcer de la façon claire et nette suivante^{565a}:

Il faut toutefois souligner que l'article 20 de la *Charte* est un article d'exception: il doit donc être interprété restrictivement et la charge de la preuve quant à son application incombe à l'intimée.

Interprété restrictivement l'article 20 de la *Charte* ne dispose pas que l'article 10 de la même loi ne s'applique pas aux institutions sans but lucratif qui ont un caractère religieux ou éducatif mais il dispose que l'exclusion invoquée par l'institution sans but lucratif doit être "*justifiée*" par le caractère religieux ou éducatif de cette institution.

Si encore l'on interprète restrictivement l'article 20 de la *Charte* il faut en conclure également que la justification de l'exclusion doit être objective, c'est-à-dire fondée non pas sur une discrétion plus ou moins capricieuse de l'institution mais sur des faits qui font de l'exclusion une conséquence logique et rationnelle du caractère religieux ou éducatif de l'institution.

Ainsi, l'article 20 nous renvoie ici, comme en matière d'emploi, à des critères objectifs. Il doit donc y avoir un lien direct, et que les faits permettent d'établir, contrairement à des impressions ou stéréotypes, entre le motif de distinction et le caractère particulier d'une institution. Ce rapport devrait également en être un de "nécessité" et non pas de "commodité"⁵⁶⁶ afin de ne pas permettre aux institutions de justifier des distinctions discriminatoires tout à fait

564. Une institution protégée par l'art. 20 peut donc diffuser de la publicité discriminatoire (art. 11), participer à des actes juridiques discriminatoires (arts 12 et 13), refuser l'accès à ses lieux et services publics pour des motifs raciaux, religieux ou autres, comme elle peut refuser d'embaucher des personnes pour des considérations du même genre.

565. Les lois du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario et de Terre-Neuve limitent en effet l'application de l'exception favorisant les organismes à caractère particulier au secteur de l'emploi, tandis que celle de l'Alberta et de l'Île-du-Prince-Édouard restreignent la portée de ladite disposition d'exception au secteur de l'affichage et de la publicité. Voir *supra*, note 556.

565a. *Association des Gais du Québec c. C.E.C.M.*, voir *supra*, note 18, 6-7. C'est le juge Beaugard qui met en italique.

566. Voir *supra*, p. 528.

impertinentes eu égard à leur caractère propre. Les faits de l'affaire de l'*Association des Gais du Québec c. C.E.C.M.* nous fournissent une excellente illustration des conditions d'application de l'article 20. En l'espèce, la commission scolaire catholique refusait de louer à l'association requérante une salle d'école pour qu'elle puisse y tenir un congrès au cours d'une fin de semaine. Or, il s'agissait d'un service public au sens de l'article 12 de la *Charte* puisque la commission scolaire loue au public en général ses édifices scolaires lorsqu'elle n'en a pas besoin. L'argument de cette dernière était alors le suivant: comme l'homosexualité est une pratique condamnée par l'Église catholique, le refus de conclure un acte juridique avec une association d'homosexuels est justifié par le caractère religieux et éducatif d'une institution d'enseignement catholique. Ce à quoi le tribunal dut répondre que le lien entre le motif de distinction, soit l'orientation sexuelle et le caractère particulier de la commission n'était qu'apparent. Il fut en effet mis en preuve que cette dernière avait déjà consenti des baux à des églises de confessions diverses et à des partis politiques athés ou agnostiques. La location d'édifices scolaires non utilisés constituait donc pour la commission scolaire une opération commerciale^{566a} sans rapport avec le caractère religieux ou éducatif de cette dernière et partant toute distinction ou exclusion fondée sur un motif énuméré à l'article 10 dans le cadre de ce commerce constituait une discrimination illégale^{566b}.

À défaut d'autre jurisprudence québécoise, il est intéressant de consulter quelques décisions administratives canadiennes à ce sujet. Une affaire ontarienne⁵⁶⁷ en particulier nous apporte un éclairage utile, bien qu'elle ait été rendue en interprétation de la clause relative aux exigences professionnelles normales. Le Conseil des écoles séparées d'Ottawa avait refusé à une jeune femme un pos-

566a. Pour un cas semblable, savoir l'exploitation d'une station-service par une église en rapport avec la religion du garagiste, voir *Dunlop c. Calvary Temple*, (1978) B.I. (N.-B.).

566b. Notons que c'est à bon droit que la Cour a rejeté l'affaire *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, voir *supra*, note 22. Dans cette affaire, comme nous l'avons vu, voir *supra*, pp. 491-492, il y avait un problème de conflit avec la liberté de presse, d'une part, et d'autre part, avec la norme édictée en Colombie-Britannique, voir *supra*, note 270, qui donne beaucoup plus de latitude aux tribunaux. Voir, en effet, la décision de la Cour d'appel dans cette même affaire, soit (1977) 77 D.L.R. (3d) 487 où l'on a dit que l'expression "cause raisonnable" — ou "reasonable cause" — pour justifier un refus de donner accès à un service public, pouvait simplement consister en un "préjugé raisonnable"...

567. *Gore c. Ottawa Separate School Board*, voir *supra*, note 521 (M. W.S. Tarnopolsky).

te de secrétaire parce qu'étant donné son caractère confessionnel, il avait décidé de n'engager que du personnel de foi catholique. Il estimait en effet qu'une école catholique était une institution où devait régner une "atmosphère catholique générale"⁵⁶⁸ et que, pour ce faire, tout le personnel, enseignant ou autre, devait appartenir à cette religion. Le tribunal rejeta les prétentions du conseil scolaire parce que le critère utilisé par le conseil était à la fois trop subjectif et trop vague. Il refusa également de considérer, parce que constituant une analyse trop subjective, si le fait pour une école de n'engager que des employés d'une même religion était basé sur une croyance légitime — "*a valid belief*". Le tribunal s'en tint plutôt à exiger une preuve objective de la *nécessité* pour une école d'exiger une telle qualité discriminatoire dans le cas spécifique de l'embauche d'une secrétaire. Ainsi, aurait-il été raisonnable et justifié de refuser d'engager la candidate si elle avait démontré une attitude franchement hostile à l'égard de la foi catholique⁵⁶⁹. En l'absence d'une telle preuve, il fallait démontrer comment une secrétaire, qui n'avait à peu près aucun rapport avec les étudiants, pouvait nuire au caractère confessionnel d'une maison d'enseignement. Le conseil scolaire, à qui il revenait d'établir ces faits objectifs qui auraient constitué une véritable justification raisonnable, ayant été incapable de relever ce fardeau de preuve, le traitement différentiel fut donc à bon droit jugé discriminatoire.

Nous croyons que cette décision trouve pleinement application dans le cas de la seconde partie de l'article 20 qui, de toute façon, couvre tous les cas de discrimination, y compris ceux relatifs à l'emploi. Deux autres exemples suffiront à illustrer le principe que seule la discrimination justifiée par le caractère particulier d'une institution est permise. Ainsi, une école vouée à l'enseignement de la religion catholique établirait-elle avec succès une relation de nécessité entre une distinction de traitement fondée sur le motif religieux et son caractère confessionnel en exigeant que ses enseignants appartiennent à cette religion et même qu'ils aient une vie personnelle et sociale conforme aux préceptes de la foi catholique^{569a}. Cela ne serait

568. "Basically a Catholic school is one in which God, his truth, his life are integrated into the entire syllabus, curriculum and life of the school", *id.*, 7.

569. "I think it would be reasonable for the separate School Board to refuse to hire a secretary who is hostile to the Catholic faith or to the aims of the Separate School system, regardless of her religious upbringing...". *Id.*, 8.

569a. *Caldwell c. Stuart and the Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese*, (1979) B.I. (C.-B.); *Blatt c. Catholic Children's Aid Society*, (1980) B.I. (Ont.). Dans ces deux cas, on a jugé justifié le renvoi et la non-embauche de candidats d'institutions catholiques, parce que ces derniers ne menaient pas une vie personnelle

toutefois pas évident si de telles exigences étaient requises pour pouvoir s'y inscrire comme étudiant, car la présence d'étudiants non catholiques n'aurait pas nécessairement comme conséquence de nuire au caractère religieux de cette école. Celle-ci ne serait en tout cas certainement pas justifiée d'exercer une exclusion ou préférence fondée sur le sexe, la race ou l'origine nationale dans le choix de ses professeurs si les préceptes de cette religion ne contiennent aucune restriction à cet égard. Une telle distinction est impertinente, en effet, puisque sans rapport direct et objectif avec le caractère religieux de l'institution concernée.

De même, une institution vouée au bien-être d'un groupe ethnique pourrait-elle facilement justifier des distinctions fondées sur l'origine ethnique. En ce cas, la relation de nécessité est évidente. Cependant, une distinction fondée sur un autre motif, sans rapport avec la vie d'une ethnie, comme le sexe, l'état civil ou l'orientation sexuelle ne saurait en aucun cas entrer dans le cadre de l'article 20 et être réputée non discriminatoire.

Ainsi, comme pour la clause relative aux exigences professionnelles normales, la deuxième exception de l'article 20 au principe d'égalité, faisant appel à la notion de discrimination "justifiée", commande-t-elle des critères d'analyse de la justification qui soient objectifs. Ils consistent dans l'établissement d'une relation directe et objective, c'est-à-dire pertinente, entre le motif de distinction et le caractère spécifique (religieux, politique, ethnique ou autre) d'une institution eu égard au droit ou domaine d'activité protégé par la *Charte* (ex.: le logement, les actes juridiques, l'emploi).

Or, comme l'article 20 demeure une disposition d'exception, il devrait revenir à l'institution elle-même de démontrer, d'une part l'authenticité de son caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif tant par les objectifs réels qu'elle poursuit que par la réalité vécue chez elle quotidiennement et, d'autre part, que l'absence d'une distinction discriminatoire dans l'admissibilité de ses membres pourrait nuire considérablement au maintien de son caractère particulier au point de le lui faire perdre à plus ou moins long terme.

Dans cette perspective, la deuxième situation de justification raisonnable prévue par l'article 20 se rapproche, contrairement à la première, de la conception relative à deux paliers et même à trois paliers élaborée par les tribunaux américains en vertu du 14e Amen-

conforme à la foi catholique. Il s'agissait en effet d'un cas de divorce et d'un cas de vie conjugale prémaritale.

dement de la Constitution⁵⁷⁰. Dans les deux cas, en effet, il s'agit de vérifier le degré de relation devant exister entre une distinction fondée sur un motif discriminatoire d'une part et certains objectifs d'autre part, lesquels doivent en l'espèce confirmer le caractère charitable ou religieux d'une institution.

Enfin, plus une institution aura un caractère privé, plus la portée de l'exception de l'article 20 sera étendue à son égard⁵⁷¹. Comme nous le savons en effet, le domaine de la vie privée échappe à l'application du principe d'égalité⁵⁷².

* * * *

Ainsi donc, par la voie de certaines dérogations expresses (les articles 14, 26 et 97 d'une part, et 19 et 20 d'autre part), le législateur nous a indiqué son choix explicite en faveur d'une certaine acception relative du principe d'égalité. On aura remarqué cependant que ce choix ne touche que les pratiques discriminatoires émanant des personnes (privées ou publiques) car il ne peut trouver application que dans les domaines d'activité protégés par les articles 11 à 19 de la *Charte*.

Sous-section 2 — Le choix implicite d'une conception absolue

Hormis les exceptions spécifiques dont nous venons de prendre connaissance, le principe d'égalité de l'article 10 constitue-t-il, en soi, un droit absolu ou relatif? Cette question fondamentale n'a en effet pas encore été abordée jusqu'ici. Or, la recherche d'une juste réponse à cette dernière est cruciale pour au moins deux raisons.

D'une part, elle nous amènera à déterminer s'il suffit, pour conclure à discrimination, de constater une différence de traitement fondée sur l'un des motifs énumérés dans l'article 10 et pratiquée

570. Rappelons-nous l'application d'un examen minimal, rigoureux ou intermédiaire de la loi, selon le cas, de la part de la Cour suprême, voir *supra*, pp. 433 à 441.

571. Le juge Perry Meyer s'est montré assez explicite à cet égard dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Fédération québécoise de hockey sur glace*, voir *supra*, note 18, à la page 1083: "Il n'est aucunement question de s'ingérer dans les affaires des associations ou organismes privés, d'ordre religieux, fraternel, etc., fondés en partie, pour protéger ou promouvoir les intérêts légitimes d'un groupe spécifique, et même des organisations restreintes, par exemple, aux hommes et aux femmes. Si le but *bona fide* et légitime d'un organisme est de promouvoir les intérêts d'un groupe particulier, il serait ridicule d'obliger ce groupe d'accepter des membres qui n'appartiennent pas au groupe".

572. Voir *supra*, pp. 492-493.

dans l'un des droits ou domaines d'activité protégés par la *Charte*, ou s'il faut en plus que cette distinction soit qualifiée d'"injustifiée" ou encore de "défavorable" à quelque membre d'un groupe protégé par le principe d'égalité. D'autre part, la portée du problème posé ici étant des plus larges, la solution apportée aura des répercussions directes non seulement sur les activités des personnes, du gouvernement gestionnaire et des tribunaux, mais également sur celles des constructeurs de normes, à savoir le législateur et le gouvernement-puissance public. Nous devons savoir, en effet, si le principe d'égalité énoncé dans la *Charte* permet une certaine discrimination tant dans la législation directe ou subordonnée que dans les activités des personnes et du gouvernement gestionnaire en dehors et en plus des dérogations expresses déjà prévues à cette fin.

Évidemment, la *Charte* ne nous instruit pas directement et explicitement du choix du législateur en cette matière. Ce n'est donc que par une analyse de la facture même de cette loi et de la formulation spécifique de sa norme antidiscriminatoire à la lumière des conceptions générales de l'égalité qui prévalent actuellement au Canada, de même qu'aux États-Unis et en droit international — dont nous avons brossé un tableau sommaire en première Partie de cet article — qu'il nous sera possible de retracer les indices qui nous permettront de mieux identifier ce choix. Nous verrons ainsi comment le législateur a opté pour une conception plutôt absolue de l'égalité, tout en laissant inévitablement subsister, à titre exceptionnel, certaines possibilités limitées de dérogations implicites.

1- La règle: l'égalité absolue

Ce qui a amené les tribunaux étrangers à trancher en faveur d'une conception relative de l'égalité réside essentiellement, rappelons-le, dans le fait que ce droit ne leur a pas semblé pouvoir raisonnablement recevoir un sens à la fois matériel et absolu^{572a}. Aux prises avec une norme d'égalité d'application illimitée, tant en ce qui concerne les droits visés que les motifs de discrimination, les tribunaux n'avaient guère le choix en réalité. À moins de déclarer que le législateur ne pouvait plus édicter que des lois de portée générale, ce qui aurait été invraisemblable, ou à moins de revenir à une conception formelle de l'égalité qui se contente de l'application uniforme de la loi à ceux à qui elle est applicable et se satisfait de l'existence de la loi peu importe son contenu, comme ce fut le cas avec la *Déclaration canadienne des droits*, la jurisprudence se vit donc contrainte à

^{572a}. Voir *supra*, pp. 423, 441-442.

opter pour une solution intermédiaire. Cette “troisième voie” prit alors la forme d’une conception relative de l’égalité n’interdisant que les distinctions injustifiées.

Ailleurs, dans les provinces canadiennes notamment, le problème s’est posé différemment. En effet, l’application de la norme antidiscriminatoire y est limitée aux distinctions fondées sur une liste de motifs de discrimination limitativement énumérés d’une part, et pratiqués à l’intérieur de certains domaines d’activité spécifiés d’autre part. Les tribunaux administratifs ont néanmoins affirmé que seules les différences de traitement ayant des conséquences défavorables sur l’un des membres d’un groupe protégé par la loi étaient prohibées par elle. Un examen attentif de cette jurisprudence nous a toutefois permis de nous rendre compte que ce choix d’un autre type de conception relative lui fut surtout imposé par la formulation même de la norme de non-discrimination — à savoir les termes “*discriminate against*” — dont elle avait à évaluer la portée⁵⁷³.

Il ne peut cependant faire aucun doute que les solutions proposées par ces sources jurisprudentielles doivent être écartées dans le cas spécifique de la norme d’égalité de l’article 10 de la *Charte des droits et libertés*, et ce, pour diverses raisons.

Tout d’abord, en ce qui concerne l’interprétation canadienne selon laquelle les traitements privilégiés ou préférentiels ne seraient pas visés par l’interdiction de la discrimination, la mention expresse du mot “préférence” dans la définition même que donne l’article 10 de la discrimination ne laisse subsister aucune ambiguïté à ce sujet. Nous avons de toute façon amplement démontré le caractère factice de la nuance des auteurs et tribunaux canadiens entre un traitement plus rigoureux qui serait prohibé et un traitement de faveur qui jouirait pour ainsi dire de l’immunité⁵⁷⁴.

Quant à la conception relative qui veut que les distinctions discriminatoires ne soient réputées contraires au principe d’égalité que lorsqu’elles paraissent injustifiées en vertu de certains critères de rationalité ou de moralité qui guideraient les tribunaux dans un examen plus ou moins rigoureux de la distinction donnée, elle est également inapplicable dans le cas spécifique de la norme d’égalité de l’article 10 car en adoptant une *Charte* qui a restreint l’application de cette norme à certaines formes limitées de discrimination d’une part, et dans le seul cadre de certains droits, libertés et domaines

573. Voir *supra*, p. 426.

574. Voir *supra*, p. 427.

d'activité reconnus d'autre part, le législateur se trouve à avoir évacué complètement la problématique qui a donné naissance à cette conception relative de l'égalité. Les tribunaux n'ont plus, en effet, à se demander quels motifs sont discriminatoires et lesquels ne le sont pas. De même, la question de savoir dans quel droit une discrimination doit se pratiquer pour être prohibée ne se pose plus. Au contraire, le législateur a clairement identifié les motifs et les droits dans le cadre desquels une distinction de traitement lui paraît inacceptable, c'est donc dire discriminatoire, optant par le fait même pour une conception absolue de l'égalité.

Mais ne faut-il pas convenir, au contraire, que la *Charte* elle-même déclare solennellement au quatrième paragraphe de son préambule que les droits et libertés sont tous et toujours relatifs? Cette partie de préambule se lit en effet comme suit:

Considérant que les droits et libertés sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général.

Le préambule fait partie de la loi et s'il n'a pas l'importance des dispositions de fond, il sert néanmoins à en interpréter l'objet et la portée⁵⁷⁵. En ce sens, il faut le considérer avec sérieux. Toutefois, il ne faut pas non plus se laisser induire en erreur par une déclaration d'intention aussi générale. C'est par l'examen de l'ensemble des dispositions de la *Charte* qu'il faut situer le sens des énoncés de principe du préambule.

Ainsi, le principe de relativité des droits et libertés reconnus dans le préambule de la *Charte* est-il entériné, en matière d'égalité, par les dérogations expresses permises dans les domaines d'activité protégés par les articles 11 à 19, lesquelles, incidemment, trouvent leur justification dans le respect "des droits et libertés d'autrui"⁵⁷⁶. Il est également confirmé de deux façons par l'inclusion de la clause de préséance⁵⁷⁷. D'une part, celle-ci établit que les droits et libertés non compris entre les articles 9 et 38 sont effectivement des droits relatifs que le législateur peut augmenter ou restreindre au plaisir au nom "du bien-être général", ou, en d'autres termes, en fonction de sa conception de l'intérêt public. D'autre part, cette clause de préséance n'accorde jamais aux droits et libertés situés entre les articles 9 et 38 qu'un caractère relatif puisqu'il demeure toujours possible au législateur de les restreindre à la condition de mentionner clairement que sa loi s'applique malgré la

575. *Loi d'interprétation*, voir *supra*, note 331, art. 40.

576. Voir *supra*, pp. 523 et ss.

577. Article 52. Voir *supra*, note 12.

Charte des droits et libertés. Toutefois, comme par effet de boomerang⁵⁷⁸, cet article 52 se trouve également à infirmer le principe de relativité des droits et libertés situés entre les articles 9 et 38, dont fait partie l'article 10, et à faire de ceux-ci des droits absolus, puisqu'il enlève toute possibilité de les modifier ou d'y contrevenir sans avoir recours à la procédure extraordinaire d'une clause dérogatoire expresse.

On peut donc dégager de la formulation de la norme antidiscriminatoire et de la facture générale de la *Charte* la règle suivante: l'égalité, conformément à la philosophie libérale traditionnelle qui a inspiré le législateur, est un droit absolu. En d'autres termes, toute différence de traitement fondée sur l'un des motifs énumérés à l'article 10 et établie dans le cadre de l'un ou l'autre des droits ou domaines d'activité protégés par la *Charte* constitue *en soi* une discrimination ou, ce qui revient au même, un traitement défavorable pour sa victime — sur le plan moral tout au moins — ou encore une atteinte injustifiée au principe d'égalité⁵⁷⁹.

La conséquence première et principale de cette règle est que la constatation d'une discrimination se passe d'éléments subjectifs comme les fins et buts poursuivis pour justifier une mesure discriminatoire, puisqu'il s'agit de données étrangères à la notion de discrimination et partant, de considérations impertinentes⁵⁸⁰. Il apparaît également tout à fait inutile de vérifier si le traitement différentiel a quelque effet défavorable sur un membre d'un groupe protégé par le principe d'égalité, sauf bien sûr pour établir le montant de l'indemnisation recouvrable par la victime en vertu des articles 49 ou 83.

En second lieu, comme le principe d'égalité s'applique tant aux

578. Ou encore par raisonnement *a contrario*.

579. On remarquera que cette définition de la discrimination diffère de la théorie générale d'égalité absolue énoncée par Conklin selon laquelle, soit l'utilisation d'un motif de discrimination, soit l'atteinte à un droit fondamental devrait suffire pour conclure à une inégalité. Voir *supra*, pp. 417 et ss. Quant à la *Charte*, comme on le sait, si elle n'exige pas une atteinte à un droit ou liberté en tant que telle, la différence de traitement doit être effectuée tout au moins dans le cadre de l'exercice de l'un de ces droits, voir *supra*, p. 498.

580. Comme le mentionne expressément l'article 10, si une distinction a pour effet de porter atteinte au droit à l'égalité de traitement, cela suffit à rendre la distinction discriminatoire, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la légitimité du but poursuivi. Nous verrons toutefois que cette règle souffre quelques exceptions commandées, entre autres, par l'élément subjectif de la dignité intrinsèque de l'individu. Voir *infra*, 553 à 564.

personnes qu'au gouvernement, aux tribunaux et au législateur⁵⁸¹, ce dernier ne peut, à moins d'avoir recours à une clause de pré-séance, adopter aucune législation comportant des mesures de type "discrimination positive" justifiées par la nécessité de corriger certaines situations inégalitaires dans le domaine couvert par l'article 10. En principe⁵⁸², rien ne justifie un traitement inégal en faveur d'un des groupes visés par le principe d'égalité (racial, sexuel, linguistique, ethnique ou autre) en matière de droits et de libertés de la personne. C'est là, quant à nous, la plus grande faiblesse de la conception québécoise de l'égalité dans la *Charte*. Certains groupes défavorisés⁵⁸³ ont besoin, en effet, d'une protection spéciale de la loi sans laquelle, justement, ils ne peuvent aspirer à aucune égalité véritable avec les autres membres de l'ensemble de la société. Telle est pourtant la conséquence inévitable du choix d'une conception absolue de l'égalité: à l'intérieur de l'éventail spécifique des droits et domaines d'activité protégés par la *Charte*, il ne saurait être accordé de traitement distinct sur la base de l'un des motifs énumérés à l'article 10. Ce désavantage, malheureux il faut bien le dire, s'explique par ailleurs parfaitement lorsqu'on le situe dans la tradition de pensée libérale et individualiste du législateur selon laquelle ces droits fondamentaux doivent appartenir à chacun des individus, dans l'égalité la plus absolue, quelles que soient leurs caractéristiques fondamentales propres. Cette philosophie n'est donc pas à l'abri de la critique⁵⁸⁴.

Ce point faible de la conception québécoise de l'égalité nous paraît cependant tempéré de deux façons. D'une part, l'application de l'article 10 étant limitée aux droits reconnus dans la *Charte* et à certains motifs limitativement énumérés, il est toujours permis au législateur comme aux personnes d'adopter des mesures de "discrimination positive" en dehors de ce champ limité d'application de la norme d'égalité. Ainsi par exemple la *Loi sur l'Aide juridique*⁵⁸⁵ aurait-elle pu être adoptée même après l'entrée en vigueur de la *Charte* sans y contrevenir, puisque tout en accordant un avantage à un groupe de personnes dans l'exercice des droits judiciaires, c'est

581. Voir *supra*, pp. 516 et ss.

582. Les droits sociaux énoncés au chapitre IV de la *Charte*, l'article 45 notamment, constituent cependant une importante exception à ce principe, voir *infra*, p. 553.

583. Ce terme restant à définir, la "condition sociale" constitue en effet un motif justifiant une protection spéciale de la loi dans plusieurs cas.

584. Voir nos commentaires à cet effet, *supra*, p. 420.

585. L.R.Q. 1977, c. A-14.

sur la base de la fortune ou des moyens financiers qu'elle le fait, lesquelles ne se retrouvent pas dans l'énumération de l'article 10^{585a}.

D'autre part, comme nous l'avons dit, s'il existe des besoins particuliers et urgents qu'il apparaît d'intérêt public de combler et que ceux-ci tombent dans le domaine d'application de l'article 10, le législateur conserve toujours la possibilité de répondre à ces attentes s'il prend la précaution de préciser qu'une telle loi doit s'appliquer "malgré la *Charte des droits et libertés de la personne*". C'est d'ailleurs ce qu'il a fait expressément dans le cas de la *Loi sur les jurés*⁵⁸⁶ qui prévoit un type de discrimination positive, pour ainsi dire, fondée tantôt sur la langue⁵⁸⁷, tantôt sur la race⁵⁸⁸, tantôt sur l'état civil⁵⁸⁹, et ce qu'il a failli faire dans le cas de la *Charte de la langue française*⁵⁹⁰.

Certains auteurs, apparemment effrayés par le danger d'utilisation abusive de ce procédé, ont dit que, ce faisant, "le Parlement ne fait que retirer d'une main ce qu'il a donné de l'autre"⁵⁹¹. Nous croyons au contraire que cette situation est de loin préférable à celle qui consisterait à laisser aux tribunaux la tâche de circonscrire, selon une acception relative qu'il n'a pas de toute façon, le principe d'égalité. On sait en effet jusqu'à quel point, dans notre régime de suprématie parlementaire, les tribunaux ont toujours observé, sauf en matière constitutionnelle, une attitude de retenue judiciaire qui rend à peu près totalement illusoire tout contrôle du fond de la législation discriminatoire. La plus récente décision de la Cour suprême⁵⁹² concernant une atteinte à la norme d'égalité de la *Déclaration* est venue confirmer cette position traditionnelle de la plus

585a. Toutefois, si on réussissait à démontrer que l'utilisation de critères d'accès à l'aide juridique basés sur les moyens financiers a pour effet concret de constituer une différence de traitement fondée sur la "condition sociale", la conformité de la loi de l'Aide juridique à la norme antidiscriminatoire aurait été plus difficile à établir si elle avait été adoptée après la *Charte*. Voir *supra*, p. 474 à 478.

586. L.R.Q. 1977, c. J-2, art. 52. L'utilité de la clause de préséance dans cette loi nous semble douteuse toutefois puisque la discrimination prévue dans cette loi ne touche l'exercice d'aucun des droits ou libertés énoncés dans la *Charte*. Voir B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 657.

587. *Id.*, articles 14, 19, 30 et 37.

588. *Id.*, articles 42 et 45.

589. *Id.*, articles 3, 4 et 6.

590. Voir *supra*, note 463.

591. H. BRUN, *loc. cit. supra*, note 19, 202 et note 131; B. GRENIER, *loc. cit. supra*, note 19, 661.

592. *Bliss c. Procureur général du Canada*, voir *supra*, note 87.

haute juridiction canadienne, ce qui témoigne une fois de plus de l'enracinement profond de nos traditions judiciaires et, par conséquent, ne laisse espérer aucun changement d'attitude dans un avenir prévisible à cet égard.

Bref, si le législateur québécois avait opté pour une conception relative du principe d'égalité, il aurait par le fait même sonné le glas de toute protection un tant soit peu efficace contre la discrimination. Or, bien au contraire et fort heureusement, on a su éviter ce piège dans la *Charte* québécoise, préférant donner à l'égalité un sens absolu tout en se réservant la possibilité d'y déroger en cas de nécessité. Brun exprime on ne peut mieux les avantages de ce choix⁵⁹³:

La technique utilisée, à savoir la clause enchâssée de dérogation expresse, apparaît, d'une façon générale, adaptée aux circonstances québécoises. Les droits individuels sont protégés par l'obligation qui est faite au Parlement de prévenir explicitement de ses intentions de diminuer une liberté. Cependant, les intérêts de la collectivité peuvent finalement prévaloir, ce qui n'est peut-être pas un abus dans un contexte où, en certaines matières, les volontés de la majorité ont besoin de l'assistance du droit pour pouvoir s'imposer.

Cet auteur croit toutefois qu'il faut laisser aux tribunaux le soin de définir le contenu du principe d'égalité suivant l'idée qu'ils se font de la nécessité ou de l'urgence d'une distinction législative donnée, c'est-à-dire selon une conception relative. Compte tenu de la position traditionnelle des tribunaux canadiens en cette matière, on comprend mal cette seconde proposition du professeur Brun et d'autant plus d'ailleurs qu'il reconnaît lui-même qu'elle entraînerait le "risque d'obtenir quelques interprétations par trop restrictives"⁵⁹⁴. Il est parfaitement inutile en effet de confier aux tribunaux un rôle qu'ils refusent de jouer. Dans le contexte juridique qui est le nôtre, "il (nous) paraît (plutôt) souhaitable", comme le disent Chevette et Marx⁵⁹⁵, "que toute législation dérogatoire aux garanties d'une déclaration des droits s'identifie comme telle, de façon

593. H. BRUN, *loc. cit. supra*, note 19, 201.

594. *Id.*, 202, note 131. En fait, l'auteur distingue entre les questions provoquant de grands débats parce qu'en rapport avec les intérêts de la collectivité et celles qui ne soulèvent pas de tels enjeux. Est-il besoin de rappeler le simple fait que la notion même d'intérêt public est celle dont se réclame toujours le législateur dans l'adoption d'une loi et que, partant, c'est nécessairement, et par définition, au nom de l'intérêt supérieur de la collectivité qu'il doit agir. En ce sens, la distinction que fait Brun entre des enjeux où l'intérêt collectif est présent et ceux où il n'y est pas nous paraît inappropriée.

595. F. CHEVRETTE et H. MARX, voir *supra*, note 107, à la p. 110.

que, par ce signal d'alarme, le contrôle parlementaire puisse s'exercer pleinement". Par ailleurs, la rareté du recours à une clause de dérogation expresse depuis l'adoption de la *Charte* vient infirmer les craintes d'une utilisation abusive de cette technique législative⁵⁹⁶.

Ainsi donc le principe d'égalité énoncé à l'article 10 doit-il être considéré comme un droit absolu. Voilà la règle de base à tirer d'un examen attentif du document québécois sur les droits et libertés. Croire que cette règle d'absolutisme s'applique dans tous les cas constituerait toutefois une erreur. En plus d'être tempéré explicitement par une clause de préséance permettant des dérogations expresses et une portée volontairement limitée, un tel principe d'égalité contient, en effet, une part inhérente de situations d'exceptions qu'il faut connaître et dont on doit nécessairement tenir compte.

2- Les exceptions

Si, selon une conception absolue de l'égalité, toute distinction, exclusion ou préférence répondant aux critères énoncés à l'article 10 est en soi interdite, il semble que, précisément pour éviter de porter atteinte à ce principe, certaines distinctions doivent malgré tout être faites. On peut retracer trois ou même quatre types de ces situations d'exceptions implicites tant à l'intérieur même de la *Charte* que dans la jurisprudence canadienne⁵⁹⁷ ou américaine qui a été confrontée à ce genre de problème.

a) Les droits économiques et sociaux reconnus par la Charte

Le législateur québécois a d'abord accordé à l'intérieur même de la *Charte* un traitement particulier à certains groupes de personnes en leur octroyant des droits fondamentaux propres. Au

596. Outre la *Loi sur les jurés*, voir *supra*, note 586, dans laquelle la clause nonobstante est de toute façon inutile, la *Loi concernant les services de santé dans certains établissements*, L.Q. 1976, c. 29, constitue le seul autre cas de dérogation expresse à la *Charte* et ce, en rapport avec le droit judiciaire à la présomption d'innocence. Quant à la tentative d'écarter la *Charte de la langue française* de l'application de la *Charte des droits et libertés*, nous savons comment l'opposition parlementaire et l'opinion publique se sont chargées de faire reculer le gouvernement. Les craintes des auteurs étaient donc prématurées.

597. Les décisions des tribunaux administratifs canadiens sont particulièrement instructives à cet égard car il en ressort généralement que la norme de non-discrimination provinciale n'interdit que la "différence de traitement défavorable", ce qui l'inscrit dans une conception relative qui, à maints égards, se rapproche de la conception absolue de l'égalité, voir *supra*, p. 425.

chapitre des droits économiques et sociaux, les parents, à cause de leurs croyances religieuses (art. 41), certaines personnes en raison de leur appartenance à une minorité ethnique (art. 43) et les nécessiteux ou économiquement défavorisés (art. 45) ont droit à des mesures de protection spéciales. Les droits et libertés étant intrinsèquement limités les uns par les autres⁵⁹⁸, il s'ensuit nécessairement que le législateur peut accorder un traitement préférentiel fondé sur l'un des motifs qui ont un rapport intime avec l'ethnie, comme l'origine ethnique ou nationale, ou même la race ou la langue, en vue par exemple d'aider une minorité ethnique à maintenir et faire progresser sa propre vie culturelle. La "discrimination positive" fondée sur la condition sociale jouit également de l'immunité si elle consiste en des mesures d'aide financière ou en des mesures sociales susceptibles d'assurer un niveau de vie décent à ceux qui en sont dépourvus. On voit mal, en effet, quel sens ou quelle portée pourrait bien avoir l'article 45 s'il était interdit de baser une mesure d'aide sociale sur un motif comme la condition sociale^{598a}.

Les conséquences de cette première situation d'exception à la conception absolue de l'égalité paraissent être les suivantes. On sait qu'en vertu de la conception relative suivant laquelle seules les différences de traitement injustifiées entrent en conflit avec le principe d'égalité, il doit y avoir une relation logique ou rationnelle entre les objectifs visés — en l'espèce l'octroi des droits reconnus au chapitre IV⁵⁹⁹ — et un motif de distinction donné. Compte tenu de l'éclairage que nous fournit la jurisprudence canadienne ayant utilisé cette conception de l'égalité dans le cadre de la *Déclaration canadienne des droits* et qui, en cette matière, ne manquera pas d'exercer une influence directe sur la jurisprudence à venir sur la *Charte*, il ne fait aucun doute que la relation motif-objectifs qu'exigeront jamais nos tribunaux sera minimale: conformément à l'approche traditionnelle américaine⁶⁰⁰ suivie au Canada⁶⁰¹, aucun tribunal ne déclarera contraire aux prescriptions de l'article 10 une mesure prétendument justifiée par l'une des dispositions du chapitre IV de la *Charte*, à moins qu'une preuve convaincante d'absence totale et évidente de rationalité ou de proportionnalité entre les moyens (ou motifs) employés et

598. Voir *supra*, pp. 490 et ss.

598a. Voir à cet effet: *Johnson c. Commission des Affaires sociales*, *infra*, p. 555.

599. Les droits économiques et sociaux ne sont pas inhérents à la personne humaine, au contraire, ils ne peuvent exister que dans la mesure où le législateur les accorde ou les octroie par la voie d'une législation positive. Voir *supra*, p. 494.

600. Voir *supra*, p. 433.

601. Voir *supra*, p. 435.

la fin visée par le législateur ne lui soit présentée. Or, comme il n'existe qu'une seule affaire aux États-Unis⁶⁰² de même qu'au Canada⁶⁰³ ayant jamais conclu à discrimination interdite à l'aide d'un tel critère, on peut affirmer, sans crainte de se tromper et malgré les différences très grandes entre les types de déclarations de droits fondamentaux en cause, que le législateur québécois peut adopter à peu près n'importe quelle loi établissant des exclusions ou des préférences fondées sur des motifs discriminatoires dans la mesure où on peut imaginer une quelconque relation entre ces motifs et l'un des droits reconnus au chapitre IV. Il faudrait faire preuve d'une grande naïveté en effet pour croire que les tribunaux québécois s'appliqueront jamais, en vertu de la simple loi que constitue la *Charte*, à scruter minutieusement les objectifs du législateur pour en juger de la valeur ou du bien-fondé ou encore pour déterminer s'ils correspondent aux véritables intentions de ce dernier ou à des prétextes, comme ce serait se bercer d'illusions de penser que les instances judiciaires vont un jour s'aventurer dans l'analyse des moyens choisis par le législateur dans le but d'atteindre ses fins. Tout au plus, ces derniers chercheront-ils peut-être à savoir si l'allégation d'absence totale et évidente d'une quelconque relation rationnelle est fondée, ce qui ne risque pas de se présenter souvent.

L'affaire québécoise *Johnson c. Commission des Affaires sociales*^{603a} nous fournit une première et excellente illustration de la situation à venir au Québec à cet égard. La Cour supérieure eut, en effet, à déterminer si l'article 8 de la *Loi sur l'aide sociale*^{603b} constituait une mesure discriminatoire en vertu des articles 10 et 52 de la *Charte*. Le droit de la personne dans lequel s'était exercée cette discrimination ne pouvait qu'être l'article 45, bien qu'il n'en fut pas question dans le jugement (ce qui constitue une erreur technique assez grave puisque, comme nous le savons, une distinction de traitement n'est considérée discriminatoire, aux termes de l'article 10, que si elle est opérée dans le cadre de l'un des droits et libertés de la personne^{603c}). L'article 8, qui est de droit nouveau, ayant été adopté postérieurement à l'entrée en vigueur de la *Charte*, se lit par ailleurs comme suit en son premier alinéa:

L'aide sociale ne peut être accordée à une personne seule qui, au sens de la loi de 1971 sur l'assurance-chômage a perdu son emploi

602. *Morey c. Doud*, voir *supra*, note 185.

603. *R. c. Mackay*, voir *supra*, note 71.

603a. Voir *supra*, note 18, pp. 528-530.

603b. L.Q. 1969, c. 63.

603c. Voir *supra*, p. 489.

du fait d'un arrêt de travail collectif ou à une famille dont un adulte a perdu son emploi dans les mêmes circonstances.

Deux motifs de discrimination furent donc allégués par le plaignant: l'état civil et la condition sociale. Quelle relation logique ou rationnelle peut-il bien y avoir entre l'exclusion fondée sur l'état civil (ou la situation de famille) et la condition sociale de chômeur d'un individu d'une part et d'autre part l'objectif législatif d'assurer, comme le dit l'article 45 de la *Charte*, un niveau de vie décent aux personnes dans le besoin? Réponse: "le tribunal n'a pas à s'interroger sur les motifs du législateur"^{603d}. Inutile d'ajouter que le tribunal ne jugera pas bon non plus de s'interroger sur l'existence d'une quelconque relation entre les motifs de distinction utilisés par le législateur et l'objectif visé dans sa loi. Ainsi, dès qu'une porte est ouverte en faveur d'une conception relative de l'égalité, ce qui est le cas en matière sociale en raison de l'article 45, le contrôle judiciaire du caractère discriminatoire d'une mesure législative, moins que minimal, s'avère à toutes fins utiles inexistant. Dans le contexte canadien et québécois, cette attitude de "retenue judiciaire" était bien sûr à prévoir.

On peut sans doute déplorer que l'"activisme judiciaire" qui a conduit les tribunaux américains à exercer, dans le cadre d'une conception relative de l'égalité, un contrôle réel sur le contenu substantiel de la loi à l'aide de critères plus rigoureux, ne puisse trouver application chez nous⁶⁰⁴. Comme nous l'avons déjà remarqué⁶⁰⁵ en effet, cette situation conviendrait parfaitement à notre régime démocratique fondé sur le principe de suprématie parlementaire puisque le législateur, devant répondre de ses actes devant le peuple et le Parlement qui exercent sur lui un contrôle naturel et puissant en une matière aussi importante que les droits fondamentaux, conserve toujours le dernier mot au cas d'excès de juridiction possible de la part du pouvoir judiciaire. Quoi qu'il en soit, s'agissant de mettre de

603d. Voir *supra*, note 18, p. 530.

604. Sur la possibilité de transposer au Canada la "solution" de l'"activisme judiciaire" américain, voir F. CHEVRETTE, *loc. cit. supra*, note 223, 353: "... il se peut qu'aux États-Unis, le "gouvernement des juges" soit fait pour durer. Cela tient à la légitimité qu'ils ont — et qu'ils conservent — et à l'omniprésence de la Constitution dont ils sont les gardiens". Plus loin le professeur ajoute: "La politisation du judiciaire n'est pas sans rapport avec une certaine "judiciarisation" du politique. En ce sens l'activisme judiciaire américain est un phénomène très enraciné dans les institutions. Pour cette raison même, ce n'est pas quelque chose qu'on importe facilement."

605. Voir *supra*, pp. 446-447.

l'avant, dans le cadre du chapitre IV de la *Charte*, des mesures sociales tout à fait bienvenues⁶⁰⁶, c'est au législateur qu'il revient d'agir en ce domaine. Au risque d'avoir ainsi à faire face à des mesures législatives discriminatoires aux justifications parfois douteuses, il est peut-être préférable que les tribunaux s'en tiennent à leur attitude traditionnelle de retenue judiciaire qui les prémunit d'une ingérence de nature vraisemblablement conservatrice⁶⁰⁷ dans un secteur, les réformes sociales, qui relève d'abord et avant tout du pouvoir politique.

b) Les exceptions inhérentes reconnues par la jurisprudence

Cela dit, la jurisprudence extérieure nous fournit un éclairage judiciaire sur les possibilités d'exceptions implicites au principe de l'égalité absolue. On y décèle d'abord un premier type de situation à l'égard de laquelle le droit à l'égalité non seulement pourra, mais encore devra souffrir l'existence d'une différence de traitement discriminatoire. Cette situation d'exception vient entre autres de la nécessité d'éviter l'écueil qui consiste à faire équivaloir bêtement l'égalité à une simple *identité* de traitement.

Si une conception absolue de l'égalité commande l'absence de toute distinction fondée sur l'un des motifs énumérés à l'article 10 et pratiquée dans le cadre de l'exercice de l'un des droits reconnus par la *Charte*, il ne faut pas oublier, comme l'ont souligné les auteurs et les tribunaux canadiens⁶⁰⁸ à propos des textes antidiscriminatoires provinciaux, que le droit fondamental à l'égalité tire son fondement de la dignité intrinsèque de l'individu et qu'à moins de vouloir en arriver à des absurdités, il faut revenir à ce critère dans l'application de ce droit. Quant à la *Charte*, elle reconnaît elle aussi l'intime relation des notions de dignité et d'égalité au deuxième paragraphe de son préambule qui contient la déclaration suivante:

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi.

606. Sauf celles qui ont trait au droit reconnu aux parents de choisir des établissements d'enseignement privés (art. 42) et qui consacrent juridiquement une situation de fait privilégiée étrangère à la notion d'égalité.

607. Comme nous l'avons déjà dit, on peut à juste titre redouter que les juges, hommes d'un âge certain, d'une appartenance sociale le plus souvent privilégiée et conservatrice, et formés dans une tradition juridique plus individualiste que sociale, se montrent moins ouverts que les élus en cette matière, voir *supra*, p. 444.

608. Voir *supra*, pp. 423 et ss.

Par conséquent, c'est en tenant compte du fondement même du droit à l'égalité qu'il faut interpréter la norme formulée à l'article 10 et plus particulièrement l'expression "distinction, exclusion ou préférence" qui y est employée pour décrire les formes de différences de traitement non autorisées. Chacun de ces mots peut, en effet, recevoir diverses significations. Un traitement différentiel pourra par exemple avoir pour effet de porter atteinte à la dignité intrinsèque de l'individu et partant, à son droit inaliénable à l'égalité. Mais si un tel traitement est effectué au nom de l'égalité, il risque fort de respecter les prescriptions de l'article 10.

Ainsi, une "exclusion" au sens de la privation pure et simple d'un droit ou d'une activité protégés par la *Charte* et une "préférence" au sens d'une faveur ou d'un privilège, équivalent nécessairement, en vertu du critère de la dignité, à des pratiques discriminatoires contraires au principe d'égalité⁶⁰⁹. Il en est bien sûr de même de la "distinction" qui constitue plus ou moins une variante de l'"exclusion" ou de la "préférence" lorsqu'elle limite d'une quelconque façon la jouissance des droits fondamentaux de l'un ou de quelques-uns des membres d'un groupe protégé par l'article 10 ou lorsqu'elle privilégie ou favorise ce ou ces derniers.

Toutefois, une distinction, limitation ou exclusion ne peut déroger au principe d'égalité lorsqu'elle est commandée au nom de certaines valeurs morales jugées supérieures par la société dans son ensemble, valeurs qui ont justement pour fondement le respect de la dignité de la personne humaine. Ainsi, au Québec, le Code civil affirme le principe moral selon lequel nul n'est admis à déroger à "l'ordre public et aux bonnes moeurs"⁶¹⁰. C'est donc en vertu de ce principe, qui s'applique tout particulièrement lorsque des questions de décence — et donc de dignité — entrent en jeu, que non seulement on peut, mais on *doit* distinguer selon le sexe dans certains services publics comme les toilettes, les salles de douches et de bain ou les dortoirs par exemple. Voilà, en droit québécois, un principe moral qui, comme l'a reconnu le juge Meyer dans l'affaire de la *Fédération québécoise de hockey sur glace*⁶¹¹, doit être considéré comme une exception inhérente à la règle de l'égalité stricte, qui se traduit normalement par l'absence de différences de traitement entre les personnes quel que soit leur sexe.

609. Voir *supra*, note 168.

610. *Code civil*, article 13.

611. Voir *supra*, note 18, 1083-1084. Voir aussi *Lindsay c. Girling*, *supra*, notes 550 et 521.

Cette exception ne signifie pas cependant qu'un organisme ou un employeur soit justifié de refuser d'embaucher les personnes d'un des deux sexes dans son entreprise ou organisation parce que les installations propres à répondre aux normes ordinaires de la décence ou de bonnes moeurs y font défaut. Au contraire, un employeur ou un organisme devra, pour ne pas déroger au droit à l'égalité, veiller à faire construire les installations requises. C'est du moins ce qui ressort de l'affaire *Tharp c. Lornex Mining*⁶¹² et la conclusion à laquelle en est également venue la Commission américaine sur l'égalité des chances dans l'emploi (E.E.O.C.) qui précise bien sûr que l'obligation de satisfaire aux exigences précitées tient dans la mesure où il n'en résulte pas des difficultés insurmontables pour une entreprise (ou "*an undue business hardship*")⁶¹³.

Le critère de validité d'une "distinction, limitation ou exclusion" justifiée par des considérations de moralité découlant de "l'ordre public et des bonnes moeurs" réside donc une fois de plus dans le respect absolu de la dignité de l'individu. La doctrine générale de l'"égalité séparée" — "*separate but equal*" — qui a longtemps prévalu aux États-Unis, dans le domaine scolaire notamment⁶¹⁴, est donc inapplicable dans le contexte d'un droit à l'égalité absolue proclamé par la *Charte*, quel que soit le droit ou le domaine d'activité dans lequel on voudrait l'utiliser. Voilà d'ailleurs pourquoi la Cour supérieure⁶¹⁵ a déclaré que les jeunes filles doivent avoir accès aux mêmes équipes sportives que les garçons lorsqu'elles satisfont aux mêmes normes d'excellence. Il n'y a, dans un tel cas, aucune raison non discriminatoire de les exclure.

Quant à la "préférence" fondée sur un motif énuméré à l'article 10, elle peut également ne pas déroger au droit à l'égalité et même répondre aux exigences de ce dernier lorsqu'elle ne consiste pas en une faveur ou un privilège *et* qu'elle n'exclut ou ne limite la jouissance des droits et libertés d'aucun autre individu. Dans un cadre aussi res-

612. Voir *supra*, note 139.

613. *Revised Equal Employment Opportunity Guidelines on Discrimination Because of Sex*, article 1604.2, voir *supra*, note 544.

614. Cette doctrine, qui fut consacrée par la Cour suprême vers la fin du 19^e siècle dans l'affaire *Plessy c. Ferguson*, (1896) 16 S. Ct. 1138, ne fut infirmée que quelque soixante années plus tard dans *Brown c. Board of Education of Topeka*, voir *supra*, note 191. Le juge Warren en a alors exprimé l'essence en ces termes simples: "Under that doctrine, equality of treatment is accorded when the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate."

615. *Commission des droits de la personne c. Fédération québécoise de hockey sur glace*, voir *supra*, note 18, 1084.

treint, il apparaît certain que toute mesure dite de “discrimination positive” non établie dans le cadre du chapitre IV de la *Charte* entre en conflit avec la norme d'égalité car elle constitue, par définition, une limitation ou exclusion pour ceux qui n'en bénéficient pas⁶¹⁶. Comme en certains cas, il n'existe vraisemblablement aucun autre moyen de combattre efficacement la discrimination, — notamment dans l'emploi où une discrimination historique a joué plus particulièrement à l'encontre des Noirs aux États-Unis et chez nous à l'encontre des femmes surtout et, de ce fait même, imprègne souvent les structures d'une entreprise au point de perpétuer une situation discriminatoire sans même qu'elle ne soit voulue ou désirée par qui que ce soit⁶¹⁷, — nous croyons que le législateur devrait, pour remédier à cette carence de la *Charte*, y apporter une modification en y ajoutant, à l'instar des législateurs fédéral^{617a}, ontarien⁶¹⁸, manitobain⁶¹⁹ et de la Saskatchewan⁶²⁰, une clause expresse donnant ouverture à des mesures de discrimination positive^{620a}. L'article 15 de la loi fédérale constitue certainement un modèle à suivre en ce domaine et, pour cela, vaut d'être reproduit ici dans son entier.

- (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en oeuvre des programmes ou des plans ou de prendre des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou

616. L'affaire *Bakke*, voir *supra*, note 167 et texte correspondant, est on ne peut plus explicite à ce sujet. Quant à l'affaire *Weber*, *ibid.*, qui semble dire que cela est moins vrai dans le cas d'une discrimination positive établie volontairement par un employeur pour corriger un déséquilibre racial manifeste au sein de son personnel, elle s'appuie sur une disposition législative (l'article 703 (j) du *Civil Rights Act*) qui n'a pas d'équivalent dans notre *Charte*.

617. Voir à ce sujet l'excellent et convaincant article de A.W. BLUMROSEN, *loc. cit. supra*, note 304. L'auteur qualifie alors de “systémique” ce type de discrimination.

617a. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 15, voir *supra*, note 3.

618. *Ontario Human Rights*, art. 6 a) (introduit par S.O. 1972, c. 119), voir *supra*, note 3.

619. *Human Rights Act*, art. 3 (introduit par S.M. 1978, c. 43) et art. 9, voir *supra*, note 3.

620. *Saskatchewan Human Rights Code*, art. 47, voir *supra*, note 3.

620a. On notera avec intérêt les résultats d'un sondage d'opinion mené par la Commission canadienne des droits de la personne en 1979 à ce sujet, voir *supra*, note 14a. À la question “En général, êtes-vous POUR ou CONTRE le fait que la société donne un traitement préférentiel à ceux qui ont souffert de discrimination dans le passé?”, les répondants québécois se sont montrés de loin les plus ouverts avec un taux d'avis favorables de 70%, comparativement à des taux de faveur de 41% en Ontario, de 61% dans l'Atlantique, de 48% dans les Prairies ou de 43% en Colombie-Britannique. Si l'on en croit ce sondage, la population québécoise semble donc prête aujourd'hui à accepter l'instauration de programmes spéciaux dits de “discrimination positive” ou de redressement progressif pour certains groupes défavorisés.

prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur sexe, leur situation de famille ou leur handicap physique en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, des services, installations ou moyens d'hébergement.

- (2) La Commission canadienne des droits de la personne, constituée par l'article 21, peut
- a) faire des recommandations d'ordre général, relatives aux objectifs souhaitables pour les programmes, plans ou arrangements visés au paragraphe (1); et
 - b) sur demande, prêter son concours à l'adoption ou à la mise en oeuvre des programmes, plans ou arrangements visés au paragraphe (1).

Une telle disposition ne nous paraît toutefois souhaitable que si on en limite la portée aux personnes et au gouvernement gestionnaire, comme c'est actuellement le cas dans la loi fédérale qui ne s'applique pas au législateur. Il serait dangereux de créer une telle ouverture de justification raisonnable en faveur du législateur dans notre *Charte* car les tribunaux n'y exerceraient aucun contrôle réel. De toute façon, la clause de préséance n'empêche pas le législateur d'adopter une loi créant une "discrimination positive" s'il estime qu'une telle politique s'impose. De plus, l'adoption d'une telle loi s'avère possible dans le cadre des droits économiques et sociaux reconnus au chapitre IV de la *Charte*.

Ajoutons ici que toute mesure sociale du législateur en faveur d'un groupe visé par l'article 10 ne résulte pas toujours et nécessairement en une limitation ou exclusion pour les autres individus en général. Aussi un traitement différentiel instauré en réponse à certains besoins particuliers et, par le fait même, dans le but de créer de véritables conditions d'égalité, ne vient aucunement en contradiction avec l'article 10 s'il n'a pas pour effet de limiter de quelque façon les droits et libertés des autres personnes en général, puisqu'il a pour fondement la dignité de l'individu. L'affaire américaine *Lau c. Nichols*⁶²¹, dont nous avons évoqué brièvement les points saillants de droit et de fait plus haut⁶²², constitue la meilleure illustration de la nécessité qu'il peut y avoir, en certains cas, de faire

621. Voir *supra*, note 140.

622. Voir *supra*, pp. 421-422.

des distinctions sans déroger au principe de l'égalité, bien au contraire.

Ainsi, une "distinction, exclusion ou préférence" fondée sur un motif de discrimination dans le cadre d'un droit ou d'un domaine d'activité protégés par la *Charte* n'est-elle un acte discriminatoire que lorsqu'elle porte atteinte à la dignité de l'individu, laquelle constitue le fondement du droit à l'égalité. Bien que ce critère comporte le sérieux désavantage d'être subjectif, des conditions d'application par ailleurs suffisamment circonscrites, comme celles que nous avons élaborées, font avantageusement contre-poids aux inconvénients d'une conception trop absolue de l'égalité qui aurait pour effet d'interdire des distinctions utiles qui ne lui sont pas contraires.

On rencontre en jurisprudence un deuxième type de limitation inhérente au principe de l'égalité absolue de traitement. Il peut en effet se présenter une situation où c'est précisément une stricte égalité de traitement qui produit une discrimination. En somme, le droit connaît ici ses limites propres: son application doit s'arrêter là où il engendre lui-même ce qu'il doit combattre.

Ainsi par exemple, s'il est vrai que les jeunes filles doivent avoir accès aux équipes sportives de garçons dans la mesure où elles en ont la capacité, on ne peut pas soutenir la proposition inverse au nom de l'égalité. Les personnes du sexe féminin étant généralement, à partir d'un certain âge, moins fortes physiquement que celles de sexe masculin, il apparaît nécessaire, afin même que les sports organisés soient également accessibles aux personnes des deux sexes, de maintenir l'exclusion des hommes d'équipes féminines séparées⁶²³. L'inexistence de telles équipes séparées ou encore la possibilité pour les personnes de sexe masculin d'y accéder auraient pour conséquence directe et évidente d'éliminer la quasi-totalité des femmes de la plupart des sports où la force physique entre en ligne de compte. On peut se demander ici si le droit à l'égalité pourrait obliger une organisation sportive de créer des équipes féminines si elle ne s'occupe que d'équipes masculines. Étant donné l'article 15 de la *Charte*, il est permis de croire qu'une telle obligation pourrait exister à l'égard d'un service public gouvernemental (municipal, scolaire,

623. Cette question de la nécessité d'exclure les hommes d'équipes féminines séparées afin d'assurer l'égalité des sexes a été longuement discutée dans les affaires ontariennes *Cummings c. Ontario Minor Hockey Association* et *Bazso c. Ontario Rural Softball Association*, voir *supra*, note 254.

etc.). Dans le cas d'une organisation privée et sans but lucratif, cette possibilité semble exclue⁶²⁴.

C'est d'ailleurs en vertu de cette même limite intrinsèque que la jurisprudence ainsi que le législateur américain lui-même ont déterminé⁶²⁵ que l'égalité sans distinction fondée sur la religion devait impliquer le droit pour un individu d'obtenir un emploi sans avoir à renier les préceptes de sa foi et l'obligation corrélative de l'employeur de s'adapter, dans la mesure du possible ou du raisonnable, aux besoins particuliers d'un tel employé. Ne pas tenir compte, selon le sens premier de l'égalité, de la religion d'une personne, conduirait paradoxalement à l'exclure à cause de sa religion et partant, à porter atteinte à ce même principe d'égalité.

La jurisprudence nous livre enfin une troisième et dernière limite intrinsèque au principe d'égalité: la santé et la sécurité publiques. Voilà bien un autre cas d'évidence où l'application du droit antidiscriminatoire doit s'arrêter. Mais le danger pour la santé ou la sécurité publiques doit être réel, immédiat et objectivement vérifiable⁶²⁶. Il s'agit toujours d'une exception à la règle et, par conséquent, il faut l'interpréter restrictivement. Aussi est-ce à bon droit qu'on a rejeté une telle justification dans le cas d'une exclusion fondée sur la religion⁶²⁷. À l'employeur qui prétendait que l'impossibilité pour un employé de travailler le samedi à cause de ses croyances religieuses constituait un motif valable de renvoi, puisque le ramassage de la neige est une question de sécurité publique l'hiver, le tribunal lui a en effet répondu que le droit à l'égalité exigeait, à moins qu'il n'en résulte des difficultés insurmontables pour son entreprise — "*an undue hardship*" — qu'il trouvât le moyen d'accommoder l'employé de cette religion. L'exigence professionnelle d'une certaine grandeur qui a pour effet d'exclure presque toutes les personnes de sexe féminin pour motif de sécurité publique,

624. En raison de l'inapplication de l'article 10 dans le secteur purement privé d'une part, voir *supra*, p. 492, et de l'immunité que procure l'article 20 à une organisation de type "institutionnel" et à caractère charitable ou philanthropique d'autre part, voir *supra*, pp. 539 à 545.

625. Voir *supra*, pp. 529 et ss.

626. Au Canada, voir *Hadley c. City of Mississauga*, *supra*, note 521; *Hall c. Etobicoke*, *supra*, note 521; *Williams c. Department of Transportation and Communications*, *supra*, note 521; *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 289; aux États-Unis, voir *Hodgson c. Greyhound Bus Lines*, *supra*, note 520; *Dothard c. Rawlinson*, *supra*, note 305; *New York City Transit Authority c. Beezer*, *supra*, note 305.

627. *Williams c. Dept. of Transportation*, voir note précédente.

doit également être prouvée objectivement⁶²⁸. Quant au législateur, la justification de sécurité publique doit avoir la même signification d'immédiateté et d'objectivité. On ne saurait en effet confondre cette exception avec quelque vague notion de "sécurité nationale". Toutefois, comme une porte de "justification" est ouverte en faveur du législateur, on ne saurait entretenir d'illusions sur le contrôle réel qu'y exerceront jamais les tribunaux^{628a}.

En d'autres termes, qu'il s'agisse des personnes, du gouvernement ou du législateur, la sécurité ou la santé publiques peuvent évidemment servir de justification valable à une mesure discriminatoire lorsque l'absence de celle-ci aurait directement et objectivement pour effet de mettre en danger la vie ou la santé d'un ou de plusieurs individus. Vue sous cet angle, la justification de sécurité publique n'est qu'une application particulière du principe de la limitation intrinsèque des droits et libertés les uns par les autres⁶²⁹, le droit à l'égalité devant ici respecter le droit à la vie et à la sûreté de la personne que reconnaît l'article premier de la *Charte*.

On peut donc résumer comme suit les quatre types de situation qui constituent implicitement, et à titre exceptionnel, une dérogation à la règle de l'égalité absolue. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif discriminatoire et pratiquée dans le cadre de l'un des droits, libertés ou domaines d'activité protégés par la *Charte*, n'entre pas en conflit avec le principe d'égalité énoncé à l'article 10 dans les cas où: 1° elle est justifiée par l'octroi de l'un des droits économiques et sociaux reconnus au chapitre IV de la *Charte*; 2° elle ne constitue pas une atteinte à la dignité intrinsèque de l'individu, soit parce qu'elle découle d'un principe de moralité largement acceptée comme celui de l'"ordre public et les bonnes moeurs", soit encore parce qu'elle répond à des besoins particuliers tout en ne limitant pas de quelque manière les droits et libertés des autres; 3° une stricte égalité de traitement résulte en une discrimination; 4° la santé ou la sécurité publiques entrent en ligne de compte.

Après analyse de la jurisprudence et du texte de la *Charte*, il nous paraît extrêmement difficile de concevoir quelque autre type de

628. Comparer par exemple *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners*, *supra*, note 289 où la justification de sécurité publique ne fut pas retenue à *Dothard c. Rawlinson*, *supra*, note 305, où la preuve d'une telle justification fut jugée satisfaisante. Il s'agit dans les deux cas d'exigences professionnelles de grandeur et de poids fixées par un service de police.

628a. L'affaire de l'*Association des gens de l'Air du Québec c. P.g. du Canada*, (1978) 2 C.F. 371 (juridiction d'appel) illustre bien l'absence de contrôle judiciaire du contenu d'une ordonnance ministérielle lorsque la sécurité publique est invoquée.

629. Voir *supra*, p. 490.

justification sous l'empire de la norme d'égalité absolue énoncée dans cette loi. Accepter autre chose consisterait en effet à faire du principe stipulé à l'article 10 ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire un droit relatif.

CONCLUSION

Dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, le principe d'égalité prend la forme d'une interdiction de la discrimination fondée sur certains motifs limitativement énumérés et pratiquée dans le cadre d'un catalogue déterminé de droits, libertés et domaines d'activité humaine. Or, cette interdiction, le législateur l'a voulue matérielle et absolue, ce qui signifie qu'elle s'oppose au contenu même de toute norme législative ou réglementaire postérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte*, de même qu'à tout autre type de mesure, et qu'elle rejette les mille et une justifications possibles de l'auteur d'une discrimination. Bien sûr, certains tempéraments ont été apportés pour assouplir et rendre viable une conception aussi rigide de l'égalité. Les plus importants demeurent sans doute la clause relative aux qualités ou aptitudes professionnelles exigées de bonne foi de l'article 20 qui permet à un employeur d'avoir des exigences discriminatoires dans la mesure où ces dernières sont nécessaires et pertinentes aux fonctions normales d'un poste donné, ainsi que la clause de préséance de l'article 52 qui laisse toujours au législateur la possibilité d'échapper complètement à l'application du principe d'égalité à la condition qu'il le dise et l'énonce explicitement dans sa loi.

En édicant un principe d'égalité aussi déconcertant par sa simplicité même, le législateur a su faire preuve, croyons-nous, de réalisme et de détermination. Réalisme d'abord, en ce qu'il s'est limité d'une part, à n'interdire que certaines formes de discrimination, à savoir celles qui sont fondées sur certaines caractéristiques innées (la race, le sexe, etc.) ou qui découlent d'un choix individuel capital (la religion, les convictions politiques, etc.) et, d'autre part, à ne les interdire que dans le cadre de certains droits fondamentaux reconnus par la *Charte*: la discrimination de fait étant impossible à traquer, à moins d'entrer dans la vie privée des gens, on a en retour étendu l'application du principe d'égalité à l'ensemble des droits et libertés, classiques comme économiques et sociaux, sans distinction de nature.

Le législateur a aussi clairement montré sa détermination à éliminer certaines pratiques discriminatoires par sa double option

en faveur d'une conception à la fois matérielle et absolue de l'égalité. Ce faisant, en effet, il a déchargé les tribunaux d'une responsabilité qu'ils assument mal ou qu'ils n'assument pas, soit à cause de la conception qu'ils se font du principe de la suprématie parlementaire, soit encore plus simplement parce que l'égalité leur paraît souvent contradictoire et inférieure comme valeur à celle plus traditionnelle de la liberté. Ainsi, contrairement au principe d'égalité édicté dans la *Déclaration canadienne des droits*, dans le 14^e Amendement de la Constitution américaine ou encore dans la plupart des Conventions internationales sur les droits de l'Homme, le législateur québécois a circonscrit le domaine d'application de la norme antidiscriminatoire, suivant en cela un courant législatif canadien et américain qui a fait sentir son influence chez nous vers les années 60, et qui veut mettre fin aux hésitations judiciaires par l'élimination de la problématique de base de l'égalité.

En revanche, le principe d'égalité tel qu'énoncé à l'article 10 n'est pas complet et gagnerait grandement à subir quelques améliorations. Il procède en effet d'une tradition de pensée libérale et individualiste qui ne tient pas compte de certaines inégalités de fait, à telle enseigne qu'il contribue à les perpétuer. L'égalité de traitement ne favorise pas nécessairement l'égalité des chances pour les personnes appartenant à un groupe historiquement exclu d'un secteur d'activité, comme les femmes sur le marché du travail au Québec. Il est évident que l'exigence professionnelle *a priori* neutre qu'est l'expérience a pour effet de continuer à les tenir à l'écart de certaines fonctions et de consacrer à toutes fins utiles l'absence de toute vraie égalité en ce domaine. Pour cette raison même, le législateur devrait puiser à la même source d'inspiration sociale qui l'incita à intégrer certains droits économiques et sociaux à la *Charte*, pour y ajouter sans délai une clause permettant l'instauration de mesures préférentielles temporaires — ou de "discrimination positive" — qui aurait pour double objectif d'éliminer les désavantages subis par certains groupes de personnes en raison de leur sexe par exemple et de leur garantir une véritable égalité de traitement par le rétablissement de l'égalité des chances au terme d'un tel programme.

Par ailleurs, nous sommes convaincu que l'article 10 interdit la discrimination fondée sur la grossesse parce qu'une telle pratique a pour effet concret d'exclure une personne en raison de son sexe. La Cour suprême a toutefois tranché dans le sens contraire dans la récente affaire *Bliss*. Par conséquent, comme aux États-Unis et en Saskatchewan, un amendement s'impose au Québec, afin de préciser que l'expression "fondée sur le sexe" dans l'article 10 inclut la distinction fondée sur la grossesse, la naissance ou les problèmes médicaux

qui y seront reliés. La voie législative est désormais la seule qui permette de mettre fin à une situation d'autant plus aberrante qu'elle se trouve à pénaliser la femme parce qu'elle remplit, comme le dit fort justement la Commission des droits de la personne dans son rapport sur la protection de la maternité, une "fonction sociale essentielle qui permet la continuation de l'espèce".

La discrimination fondée sur la religion dans l'emploi par l'exclusion de candidats ne pouvant satisfaire à certaines exigences professionnelles à cause des aspects contraignants de leurs croyances religieuses constitue un problème épineux en matière d'égalité. Si les tribunaux tant américains que canadiens ont reconnu le caractère discriminatoire d'une telle exclusion, il ne va pas de soi pour tous et chacun que le refus d'embaucher un individu ou de lui accorder une promotion à cause de ses convictions religieuses résulte en une pratique discriminatoire car, contrairement à la définition première de l'égalité, il faut dès lors considérer la religion d'un individu au lieu d'en faire abstraction. Afin d'éviter toute hésitation jurisprudentielle possible pour ne pas dire probable à ce sujet, le législateur devrait une fois de plus suivre l'exemple de nos voisins du sud et ajouter à la *Charte* une disposition spécifiant clairement que l'inclusion du mot "religion" dans l'article 10 signifie l'interdiction de refuser d'embaucher ou d'accorder une promotion ou encore de congédier une personne parce que ses croyances religieuses l'empêchent de satisfaire à toutes les exigences d'une fonction, et l'obligation corrélatrice de l'employeur de s'accommoder de la situation ainsi créée à moins qu'il n'en résulte pour son entreprise des difficultés excessives ou insurmontables.

Rappelons enfin une lacune absolument inexplicable à l'intérieur même de la norme antidiscriminatoire de l'article 10. Alors que toutes lois provinciales et fédérales ont inscrit l'âge dans leur énumération des motifs de discrimination, le législateur québécois néglige toujours d'intervenir dans le même sens. Pourtant, il est indéniable que bon nombre de personnes, celles de plus de 40 ans en particulier, souffrent d'une discrimination d'autant plus intolérable qu'elle est très ouvertement pratiquée dans le domaine de l'emploi et qu'il s'agit là d'une caractéristique inhérente et absolument inchangeable. Le retard du gouvernement québécois à modifier l'article 10 pour interdire les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur l'âge constitue une ombre incompréhensible au tableau d'une *Charte* accordant par ailleurs, et de loin, la meilleure protection au Canada contre la discrimination.

Sous réserve des quelques modifications qui précèdent, le choix du législateur québécois en matière d'égalité nous paraît bien

adapté aux circonstances et réalités québécoises. Bien entendu il ne comporte pas que des avantages, mais celui d'une lutte efficace contre les formes de discrimination les plus généralement condamnées par la société québécoise elle-même est loin d'être négligeable. De ce point de vue là, le prix d'une conception un peu trop individualiste de l'égalité n'est peut-être pas, du moins dans l'immédiat, trop élevé pour un principe certes imparfait, mais tout de même immensément perfectible.