

LES MÉANDRES DU CONCEPT D'ÉGALITÉ ET LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Pierre Blache

Volume 17, numéro 1, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108751ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19852>

[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

Blache, P. (1986). LES MÉANDRES DU CONCEPT D'ÉGALITÉ ET LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 17(1), 85–148. <https://doi.org/10.17118/11143/19852>

Résumé de l'article

L'auteur veut surtout révéler et explorer l'ambiguïté que recèle l'option d'un ordre juridique en faveur de l'égalité.

Dans une première partie, il s'interroge sur la nature même de la discrimination que l'on peut vouloir prohiber. Il étudie alors diverses perspectives selon lesquelles l'on peut établir la liste des facteurs de discrimination auxquels il sera défendu d'avoir recours. Il oppose ensuite les systèmes antidiscriminatoires selon qu'ils prohibent la classification en tant que telle ou ne prohibent celle-ci que là où elle paraît non raisonnable ou non rationnelle.

Dans une seconde partie, la classification elle-même retient son attention. Il s'agit alors de vérifier à quelles conditions le rapport d'un acte donné avec un facteur prohibé transforme cet acte en discrimination. Les diverses possibilités sont regroupées selon deux perspectives : celle de l'intention de l'acteur et celle de la relation objective de l'acte et des facteurs prohibés.

Au long de l'étude, l'auteur exprime ses préférences face aux diverses voies possibles et s'efforce de préciser lesquelles furent retenues dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne.

LES MÉANDRES DU CONCEPT D'ÉGALITÉ ET LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE*

par Pierre BLACHE**

L'auteur veut surtout révéler et explorer l'ambiguïté que recèle l'option d'un ordre juridique en faveur de l'égalité.

Dans une première partie, il s'interroge sur la nature même de la discrimination que l'on peut vouloir prohiber. Il étudie alors diverses perspectives selon lesquelles l'on peut établir la liste des facteurs de discrimination auxquels il sera défendu d'avoir recours. Il oppose ensuite les systèmes antidiscriminatoires selon qu'ils prohibent la classification en tant que telle ou ne prohibent celle-ci que là où elle paraît non raisonnable ou non rationnelle.

Dans une seconde partie, la classification elle-même retient son attention. Il s'agit alors de vérifier à quelles conditions le rapport d'un acte donné avec un facteur prohibé transforme cet acte en discrimination. Les diverses possibilités sont regroupées selon deux perspectives: celle de l'intention de l'acteur et celle de la relation objective de l'acte et des facteurs prohibés.

Au long de l'étude, l'auteur exprime ses préférences face aux diverses voies possibles et s'efforce de préciser lesquelles furent retenues dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne.

The author's aim is to explore the ambiguities inherent in a juridical system adopting the principle of equality.

In the first part, he examines the fundamental types of discrimination to be proscribed. He identifies various approaches towards determining a list of prohibited factors. He then compares

* La recherche pour le présent article fut effectuée principalement au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. L'auteur y bénéficia d'une subvention dans le cadre du programme Formation de chercheurs et action concertée (F.C.A.C.).

** Doyen, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

two systems for combating discrimination: one where any classification is prohibited and the other, where a classification is to be avoided only if it is unreasonable or irrational.

In the second part, the author deals with the notion itself of classification. The conditions upon which the relationship between a given action and a prohibited classifying trait gives rise to discrimination are ascertained. He then opposes two categories of such relationship; one based on the actor's intention, the other on the objective link between the action and the prohibited factor.

The author expresses his personal preferences on the various questions raised and points out which choices were made in the Quebec Charter of Rights and Freedoms of the Person.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE: LA NATURE DE LA DISCRIMINATION	89
A) JUSTICE FORMELLE OU APPROCHE DESCRIPTIVE	90
B) APPROCHE ABSOLUE OU APPROCHE NUANCÉE	95
i- La doctrine de la relation rationnelle	95
ii- Doctrines de raisonnabilité	99
iii- Le libellé de l'article 10	103
iv- L'enchassement relatif	104
v- Le domaine d'application	105
vi- Les exceptions de l'article 20	106
DEUXIÈME PARTIE: LES CARACTÈRES DE LA DISTINCTION DISCRIMINATOIRE	108
A) DISCRIMINATION ET INTENTIONNALITÉ	108
i- Discrimination intentionnelle et non intentionnelle	108
ii- Discrimination engagée et discrimination neutre	116
iii- Discrimination bénéfique et maléfique	118
B) DISCRIMINATION ET EXPLICITATION	124
i- Discrimination de juré et de facto	124
ii- Discrimination médiata et immédiate	125
iii- Discrimination directe ou discrimination indirecte	137
1) La discrimination inhérente	138
2) La discrimination contextuelle	142
3) La discrimination inductive	145
CONCLUSION	148

La valeur égalité rallie superficiellement beaucoup de gens. Au second regard, elle pose cependant d'énormes difficultés d'appréhension autant que de mise en oeuvre. Et les débats qu'elle suscite sur la place qu'il convient de lui assigner n'ont pas fini d'opposer les meilleurs esprits. Ainsi faut-il constater les hésitations qui s'emparent de plusieurs en ce temps de remise en cause d'un idéal socio-démocrate auquel les gouvernements québécois des dernières décennies prétendaient se vouer et dans lequel l'égalité jouait un rôle central. C'est qu'aujourd'hui, tant les contraintes budgétaires que la résurgence de courants de pensée d'abord soucieux de liberté en conduisent plus d'un à une remise en question de la place de l'égalité.

C'est donc l'heure toute indiquée pour engager une réflexion sur le sens de l'égalité que la Charte des droits et libertés de la personne¹ a situé très haut parmi les droits fondamentaux. Nous avons cru que cette réflexion devait commencer par une découverte de l'ambiguïté que recèle une option pour l'égalité comme celle que l'on trouve à la Charte québécoise. Aussi le texte qui suit vise-t-il surtout à poser quelques-unes des questions cachées sous l'idéal autour duquel il est souvent trop facile de se rassembler, et contient-il quelques réactions critiques aux choix du législateur québécois.

Les questions soulevées, l'identification des préférences du législateur, et les critiques que nous leur adresserons ne sauraient faire l'unanimité. Mais le temps de l'unanimité trop facile, comme celui des oppositions simplistes, est révolu. Les questions que l'égalité nous pose doivent être entendues.

La présente étude procède d'une problématique générale de l'égalité qui n'a pu être exposée dans son intégralité. L'essentiel de celle-ci est toutefois présenté pour permettre une véritable compréhension des questions soulevées. On trouvera donc, au long du texte, des explications abrégées sur les concepts clés qui ont permis de poser les problèmes. Mais la plus grande partie de l'étude demeure consacrée au repérage des alternatives et à la critique des solutions retenues par le législateur québécois.

Les choix sont étudiés selon une approche en deux temps du concept de discrimination. Nous nous arrêtons d'abord à cerner la nature de la discrimination à laquelle a voulu s'en prendre le législateur. Nous étudions ensuite la distinction discriminatoire. La première démarche concerne surtout le choix des facteurs discrimi-

1. L.R.Q., c. C-12.

natoires et la possibilité d'une analyse de rationalité ou de raisonnable. La seconde porte sur les diverses approches relatives à la vérification du lien entre un acte quelconque et un facteur prohibé.

PREMIÈRE PARTIE: LA NATURE DE LA DISCRIMINATION

Chercher quel est l'objet discriminatoire à combattre au regard de la Charte québécoise, c'est nous poser deux questions: celle du choix des facteurs discriminatoires et celle de la rigueur qui prévaudra dans l'identification de l'acte ou de la pratique discriminatoire.

Quant à la nature du choix des facteurs discriminatoires, deux voies s'offrent: celle de la justice formelle et celle d'une option descriptive. La première² aboutit à interdire au législateur de prendre en compte des caractéristiques biologiques ou physiques présentes à la naissance, immédiatement identifiables et immuables³. Nous qualifions de descriptive l'option qui consiste, au contraire de la justice formelle, à autoriser à prendre en compte certains caractères des personnes qui n'apparaissent qu'après la naissance.

La rigueur à laquelle le repérage des discriminations est assujéti constitue aussi un élément central de tout système juridique antidiscriminatoire. Elle peut se situer à trois paliers selon que les décideurs sont ou non obligés à une analyse de rationalité ou de raisonnable des actes qu'ils ont à juger. L'analyse de rationalité est préoccupée d'une seule chose: assurer à tous ceux qui sont en situation identique une identité de traitement⁴. Elle est plus exigeante que l'analyse de raisonnable qui aboutit à valider des actes qui s'écartent de la rationalité pour des raisons que le tribunal trouve acceptables.

2. On trouvera un exposé de cette conception à J.C. SMITH, «*Regina v. Drybones and Equality before the Law*», (1971) 49-R.B.Can. 163. Voir aussi J.C. SMITH, *Legal Obligations*, University of London, The Athlone Press, 1976, pp. 109-130.

3. *Ibid.*, 182.

4. TUSSMAN et TENBROEK, «The Equal Protection of the Laws», (1949) 37 *California Law Review* 341-381.

A) JUSTICE FORMELLE OU APPROCHE DESCRIPTIVE

Après avoir étudié le traitement appliqué à la Déclaration canadienne des droits de l'homme par les tribunaux en ce qui a trait au principe d'égalité devant la loi, le professeur J.C. Smith, dans un remarquable article⁵, déplore l'absence de cohérence doctrinale de la Cour suprême et suggère une théorie de l'égalité qui évite de multiples embûches où se sont fourvoyés quelques juges⁶. Il présente ses vues comme un essai de justification d'une doctrine de l'égalité «in terms of the form of a law rather than in terms of the specific content»⁷.

L'auteur entreprend la présentation du principe de justice formelle par un rappel du principe d'universalité, principe général de raisonnement qu'il énonce comme suit:

«Any judgment made in regard to any particular situation that a person ought (in a moral sense) to do a particular act, entails that the judgment instances a rule such that anyone whatsoever in a similar situation, ought to do the same act»⁸.

Il le transforme alors en un principe de raisonnement juridique:

«What is lawful, or is the law for A, must be lawful or the law for B, granted similar circumstances»⁹.

Il révèle alors l'inutilité d'un tel principe pour une définition de la discrimination ou comme instrument de distinction des règles en discriminatoires et non discriminatoires. Il signale que la situation ou les conditions dans lesquelles la règle s'applique font partie elles-mêmes de cette règle, ce qui permet d'universaliser toute règle:

«Any legal rule is universalizable in that it applies to everyone who comes within the provisions or conditions under which the rule applies.»¹⁰

Après avoir brièvement évoqué quelques façons de contourner cette difficulté par des doctrines de raisonnabilité des conditions ou d'autres distinguant les conditions utilisables par le législateur par leur contenu, il passe à l'étude de la structure ou forme des règles

5. J.C. SMITH «*Regina v. Drybones and Equality before the Law*», (1971) 49 *R.B. Can.* 163. Voir aussi J.C. SMITH, *Legal Obligation*, University of London, The Athlone Press, 1976, pp. 109-130.

6. *Ibid.*, pp. 177-186

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, p. 172.

9. *Ibid.*, p. 173.

10. *Ibid.*, p. 173.

afin d'y trouver la clé d'une distinction entre règles discriminatoires et non discriminatoires qui ne doive rien à l'empirisme des doctrines reposant sur la raisonnabilité et le contenu des conditions d'application des règles.

Il rappelle d'abord que toute règle comporte trois éléments: le sujet qui en précise le domaine, la condition révélant en quelles circonstances la règle s'appliquera, et la prescription qui précise quel comportement est ordonné, permis ou interdit¹¹.

Il explique alors que le sujet d'une règle doit être fixé en toute indépendance de sa condition car autrement il serait possible de diminuer ou accroître artificiellement un sujet qui doit demeurer fixe vu sa relation avec le but de la règle¹². Il apparaît alors que la difficulté principale est de déterminer parmi les propriétés attribuées à une entité quelconque celles qui délimitent le domaine d'une règle et celles qui en fixent la condition. Le coeur de la thèse de l'auteur est alors atteint. Il propose un critère de distinction des propriétés déterminatrices du domaine et des propriétés fixatrices de la règle:

«A property generally limits the domain of the rule when it functions to exclude a determinate class as irrelevant to the rule in that the consequent of the rule can never function at any point in time in regard to any of its members. A property functions as a condition of a rule when it merely specifies out of the class of entities to which the consequent may be applied, the class of entities to which it will be applied at any given moment of time.»¹³

L'auteur offre un exemple de l'application de son critère en opposant une règle commençant par les mots «All persons who are born blind...» à une autre commençant par les mots «All persons who are blind...». La première formule délimite le domaine parce qu'elle désigne «a property or characteristic which would enable one at any time, past, present, or future, to say of every entity the moment it came or comes into existence, that the rule definitely will or will not apply to it»¹⁴. La seconde joue le rôle de condition parce qu'elle «is (thus) not one which allows us to determine immediately for any person, at the moment of birth, whether he will or will not be blind»¹⁵.

11. *Ibid.*, p. 177.

12. *Ibid.*, p. 178.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, p. 179.

15. *Ibid.*

Après avoir ainsi posé le principe d'universabilité, énoncé les principes régissant les rapports du domaine et de la condition des règles, et offert un critère permettant de rattacher des propriétés données à l'une ou l'autre de ces deux composantes des règles, l'auteur aboutit alors à la formulation d'un principe de justice formelle dans ces termes:

«Any judgment made in regard to a particular situation, that a particular person is or is not legally obligated to do a particular act, logically entails that the judgment instances a rule of law such that anyone in a relevantly similar situation is legally obligated to do the same act.»

Ultimement, la règle résultant de cette démarche est celle selon laquelle toutes les personnes dans les mêmes circonstances doivent être soumises aux mêmes règles par un législateur donné. Si on l'applique à l'action privée elle signifie que chacun doit juger et se conduire à l'égard de toute personne de la même façon dans des circonstances identiques.

L'essentiel est de comprendre que ce principe pose que toutes les personnes constituent le domaine de cette règle, «toute» parce qu'il s'agit d'une règle universalisée, et «personne» parce qu'il s'agit d'une règle des obligations, lesquelles ne s'appliquent qu'à des personnes¹⁶.

Il s'ensuit que le législateur soumis à ce principe ne pourra déterminer, parmi les composantes des règles, que les conditions et les prescriptions sans prétendre à modifier le domaine prédéterminé de son action normative: «toutes les personnes» sous son autorité. Dans ces conditions, il ne saurait attribuer de propriétés à ces personnes qu'en recourant à des descriptions d'action ou à certaines caractéristiques biologiques ou physiques se développant après la naissance (grandeur, intelligence, éducation, etc...) et non à celles qui sont présentes à la naissance, immédiatement identifiables et immuables¹⁷. L'auteur conclut à la validité de sa thèse en insistant sur son aptitude à interdire au législateur le recours à l'usage de critères comme la couleur, la race, le sexe, la nationalité, le lieu de naissance, la famille, toutes qualités entrant dans la catégorie des propriétés interdites parce que modificatrices du domaine «toutes personnes» et non seulement déterminatrices des circonstances dans lesquelles toute personne se trouve visée par la prescription.

16. *Ibid.*, p. 181.

17. *Ibid.*, p. 182.

Il suffit de lire l'article 10 de la Charte pour comprendre qu'il n'est pas inspiré de la doctrine de la justice formelle. Celle-ci n'interdit pas que des distinctions portant sur des traits acquis de façon permanente par une personne dès son apparition dans l'existence. L'article 10 comporte mention de facteurs qui n'entrent pas dans cette catégorie: les convictions politiques, la langue, l'état civil, la grossesse. D'autres y mentionnés ne sont pas toujours inscrits de façon irréversible dès la naissance: l'orientation sexuelle, le fait d'être une personne handicapée ou d'utiliser quelque moyen pour pallier son handicap, la religion, la condition sociale. Il reste donc la race, la couleur, le sexe, l'origine ethnique ou nationale. Certains contesteront même que le sexe doive être mentionné en invoquant la possibilité d'en changer. Quoi qu'il en soit, il suffit de constater que le législateur québécois ne s'est pas inspiré de la doctrine de la justice formelle. Il a interdit le recours à de nombreux facteurs de distinction qui ne renvoient guère à des traits à ce point inhérents à la personne qu'ils constituent des éléments de définition du «sujet» de la règle à rigoureusement distinguer des «conditions» d'application de celle-ci. Les facteurs mentionnés à l'article 10 de la Charte ressortissent en effet à ces deux catégories sur l'opposition desquelles repose la thèse du professeur J.C. Smith à laquelle nous référerons plus haut¹⁸. Leur justification doit donc venir d'ailleurs.

Nous nous rangeons d'emblée à l'avis du législateur. Il est en effet facile de révéler combien inadaptée à la recherche d'une véritable justice se révèle la doctrine de la justice formelle jugée à l'aune de ses résultats.

Cette doctrine de la justice ou de l'égalité formelle paraît pécher en particulier par les résultats auxquels elle aboutit. Sans doute a-t-elle l'heureux effet de permettre l'interdiction des discriminations reposant sur plusieurs des critères de distinctions les plus condamnables comme le professeur Smith le fait remarquer. Mais il me semble d'abord qu'elle ne parvient à ce résultat bénéfique qu'au prix de l'interdiction d'utiliser de nombreux critères dont le caractère répréhensible ne saute pas aux yeux. Elle a aussi le malencontreux effet de tolérer, sous prétexte qu'il s'agit de distinctions portant sur les conditions et non le domaine des règles, de nombreuses distinctions que d'autres doctrines peut-être moins pures interdiraient volontiers. Il suffira, pour illustrer la première de ces propositions, de s'arrêter à l'exemple de l'opposition nette

18. J.C. SMITH, «*Regina c. Drybones and Equality before the Law*», (1971) 49 R.B.C. 163.

suggérée par l'auteur entre une distinction des personnes selon qu'elles sont aveugles ou qu'elles sont nées aveugles. À qui paraîtra-t-il évidemment avantageux qu'une doctrine de l'égalité aboutisse à censurer absolument une distinction fondée sur le fait d'être né aveugle. Si l'on élargit le débat aux nombreuses distinctions fort pertinentes que la science contemporaine permet déjà de faire entre personnes dès leur naissance, distinctions au caractère souvent immuable, qui ne voit l'ampleur du domaine juridique dont l'interdiction au législateur paraîtra vraisemblablement inopportune. Il s'agit d'effets excessifs d'une doctrine qui suffiraient déjà à la discréditer s'ils constituaient les seuls reproches qu'on puisse lui adresser. Mais il y a plus. Cette doctrine aurait en effet aussi le désavantage de réduire considérablement le contrôle judiciaire de l'activité étatique et privée, si elle était adoptée par les tribunaux, en légitimant l'utilisation de nombreux critères de distinction dont le caractère répréhensible en eux-mêmes ou dans un certain contexte ne saurait être oublié sous prétexte qu'ils ne modifient pas la délimitation d'un domaine légitime d'action législative identifié à «toutes les personnes». Il suffit de songer à des critères dont l'emploi paraîtra illégitime à plusieurs dans de nombreux contextes. La mention du handicap, de l'intelligence, de l'âge, de l'éducation, de la profession, parmi les critères dont l'utilisation ne heurte en rien cette doctrine révèle son insuffisance à fonder un ordre antidiscriminatoire adapté aux exigences d'une égalité qui, quant à certains domaines à tout le moins, exclut le recours à des distinctions de cette espèce. S'il fallait donc juger la justice formelle à ses fruits possibles il ne faudrait pas tarder à la rejeter tant elle pêche par l'excès et l'insuffisance.

Nous approuvons donc sans réserve le choix effectué dans la Charte des droits et libertés de la personne d'une interdiction de l'usage de distinctions entre personnes même là où ces distinctions ne concernent pas leurs traits indélébiles et originels. Sans doute, un tel élargissement de l'aire où la discrimination pourra être repérée se fait-il au prix de l'affaiblissement des justifications dites objectives. Mais le risque d'erreur dans l'expression des valeurs n'est pas si grand qu'il faille y substituer une illusoire recherche d'objectivité. Il faut à chaque époque assumer cette responsabilité morale sans chercher dans de séduisantes constructions des solutions trop faciles qui limitent aux traits de la personne humaine naissante une protection qu'ils refusent absolument à ceux qu'acquière l'homme et la femme par certains de leurs choix majeurs¹⁹.

19. Ce que fait la doctrine de la justice formelle en ne bannissant que des

B) APPROCHE ABSOLUE OU APPROCHE NUANCÉE

Nous abordons ici une question cruciale qui a déjà donné lieu à des avis divergents²⁰. Il s'agit de déterminer si la norme antidiscriminatoire de la Charte québécoise a une rigueur absolue ou relative. Au premier cas elle prohibera toute classification reposant sur le recours à l'un des facteurs y mentionnés et applicables dans l'un ou l'autre des domaines désignés. Au second cas elle interdira les seules classifications de ce genre ne trouvant pas justification ou légitimation dans un examen des finalités et circonstances où elles s'inscrivent. Le rôle des responsables de l'application de la norme variera donc beaucoup selon l'option retenue par le législateur à ce sujet.

L'on peut opposer deux types d'approches relatives: la doctrine de la relation rationnelle et les doctrines de raisonabilité.

i— La doctrine de la relation rationnelle

Le lecteur déjà quelque peu familiarisé avec les doctrines utilisées par les tribunaux américains doit se garder de croire que je vais ici présenter l'équivalent de la doctrine de «reasonableness» avec les variantes qu'elle a connues et dont je traiterai plus loin. Il s'agit plutôt de faire voir une conception plus rigoureuse de l'égalité dans laquelle la doctrine de classification raisonnable a su ne pas s'enfermer. Qu'il suffise, avant de décrire les grandes lignes de la doctrine de la relation rationnelle, de signaler qu'elle aboutit à une exigence de stricte rationalité des distinctions ou classifications, législatives ou autres, en fonction d'un but de l'auteur de la distinction ou classification, alors que la doctrine de la raisonabilité se caractérise précisément par la tolérance judiciaire de classifications ou distinctions qui ne satisfont pas à l'exigence de rigoureuse rationalité au but.

Ceci dit, il convient de préciser le contenu de cette conception. Pour ce faire, je ne trouve rien de mieux que de m'inspirer très directement des propos des professeurs Joseph Tussman et Jacobus

distinctions reliées à des traits originels et indélébiles et en refusant de chercher ailleurs s'il n'existerait pas des facteurs tout aussi répréhensibles mais renvoyant à des traits que la personne humaine aurait acquis au cours de sa croissance.

20. Voir Bernard 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, 651-652 et Daniel PROULX, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative», (1980) 10 *R.D.U.S.* 381, 545-565.

Tenbroek dans un article devenu un des classiques relatifs à l'égalité ou la non discrimination juridique. Il s'agit de l'article intitulé «The Equal Protection of the Laws»²¹ dans lequel se trouve exposée une doctrine de la classification raisonnable, mais où l'on trouve aussi une description de ce qu'il convient de qualifier plutôt de doctrine de la relation rationnelle.

Les auteurs procèdent de la constatation que les lois, comme les jugements personnels, comportent généralement une classification, à savoir l'utilisation d'un trait permettant de déterminer qui est visé par une loi ou un jugement²². Cette opération caractéristique de la loi, dont se préoccupent exclusivement ces auteurs, heurte de front le principe d'égalité puisqu'elle consiste à choisir certaines personnes pour en faire les seules auxquelles la prescription législative s'appliquera, les traitant ainsi de façon différente ou inégale. Comme une doctrine viable de l'égalité des lois ne saurait nier cet effet inhérent des lois, il convient de la formuler en termes compatibles avec celui-ci. Les auteurs annoncent alors que la constitution américaine «does not require that thing different in fact be treated in law as though they were the same»²³ mais que «those who are similarly situated be similarly treated»²⁴. Ils concluent alors:

«A reasonable classification is one which includes all who are similarly situated and none who are not.»²⁵

À mes yeux, cette proposition est contredite par la suite de l'article²⁶ car il apparaît bientôt que la doctrine de raisonnable consiste plutôt en tout autre chose. Elle désigne les démarches et critères auxquels les tribunaux auront recours pour juger constitutionnelles des lois qui, précisément, ne visent pas tous les individus de situation identique et aucun de situation différente. Je substitue-rais donc les mots «rational classification» à l'expression «reasonable classification» afin d'en arriver à un énoncé de la doctrine de la relation rationnelle qu'il ne faut pas confondre avec une autre doctrine (celle des classifications raisonnables) dont Tussman et Tenbroek étudient la nature dans le même article.

21. TUSSMAN et TENBROEK, «The Equal Protection of the Laws», (1949) 37 *California Law Review* 341-381.

22. *Ibid.*, p. 343.

23. *Ibid.*, p. 344.

24. *Ibid.*, p. 344.

25. *Ibid.*, p. 345.

26. *Ibid.*, pp. 348-353.

Une fois posé ce principe, les auteurs s'arrêtent à l'idée de «situation identique» qui recèle évidemment la clé de l'énigme. Ils écartent alors deux conceptions extrêmes du sens à attribuer à cette expression, conceptions qui ont d'ailleurs exercé un fort attrait sur certains juges comme l'attestent des décisions citées par les auteurs²⁷. Ainsi faut-il rejeter l'opinion selon laquelle la situation identique serait celle des gens possédant le trait choisi pour opérer la classification. Comme tous ceux qui possèdent le trait choisi par le législateur sont, en vertu même de l'idée de classification législative, visés par la loi de même façon l'on arriverait à valider ainsi toute classification. C'est pourtant la conclusion à laquelle étaient arrivés le juge Harlan dans *Powell v. Pennsylvania*²⁸ et le juge Tysoe dans *Regina v. Gonzalez*²⁹. L'on peut excuser ceux-ci d'avoir eu une conception aussi étroite en signalant qu'ils fondaient l'un et l'autre leurs conclusions sur une approche exégétique du 14^e amendement de la constitution américaine et sur l'article 1 b) de la Déclaration canadienne, et non pas sur une vue théorique cohérente du principe de l'égalité juridique. Après avoir exclu cette signification trop étroite, ils s'en prennent à la distinction des classes naturelles et artificielles sur laquelle reposerait une doctrine de l'unique justification des classifications naturelles. À leurs yeux, la classification législative est essentiellement artificielle et l'on ne peut lui faire reproche de tracer les limites de ses classes ailleurs qu'aux lieux de séparation naturelle³⁰.

Ils proposent ensuite que la rationalité (raisonnabilité selon leur terminologie) d'une classification repose sur l'analyse de la relation du trait classificateur et du but législatif. Plus précisément, il s'agira de comparer deux classes de personnes. La première sera composée de toutes les personnes visées par le trait classificateur utilisé par le législateur. La seconde comprendra toutes les personnes reliées au (possessing, tainted by) le problème (mischief) auquel la loi a pour but de s'attaquer. Comme les auteurs l'expliquent, la nécessité de cette comparaison découle du fait habituel que le trait classificateur ne peut habituellement pas être le but ou le problème lui-même sous peine d'une délégation excessive de pouvoir discrétionnaire aux administrateurs. Ainsi si l'on veut com-

27. *Ibid.*, pp. 345-346.

28. (1888) 127 U.S. 678, 687.

29. (1962) 32 D.L.R. (2d) 290, 294-297.

30. TUSSMAN et TENBROEK, «*The Equal Protection of the Laws*», (1949) 37 *California Law Review* 341, 346.

battre la criminalité héréditaire, à supposer qu'elle existe, il sera inopportun de définir la classe visée comme celle de ceux atteints de tendances criminelles héréditaires car on devra alors confier une tâche énorme de repérage de ces individus à de nombreux administrateurs avec les risques inhérents à ces habilitations trop vagues. Pourtant, il faut reconnaître que si ce procédé était utilisé, il aurait la qualité d'une parfaite coïncidence entre la classe des individus visés par la loi et celle de ceux désignés par elle. La rationalité de la classification ou désignation serait parfaite en raison de son complet accord avec le but législatif. Les problèmes, évacués du processus d'édiction des normes, seraient cependant purement et simplement escamotés et reportés au palier d'application vers un personnel à moindre responsabilité politique. Le gain serait donc superficiel. En raison de ces considérations, le législateur se voit contraint de classer, ou désigner de façon qui laisse moins place à la discrétion, en recourant à des traits qui explicitent le trait général découlant immédiatement du but législatif. La rationalité d'une désignation ou classification existe là où le législateur parvient à désigner exactement tous les individus que la loi a pour but de toucher. Tous les cas où ces deux classes ne se recoupent pas parfaitement illustrent des classifications irrationnelles qui ne satisfont pas parfaitement aux exigences absolues d'une logique finaliste ne tolérant que des moyens parfaitement proportionnés aux fins législatives. Les auteurs analysent ces autres situations vu leur préoccupation d'une doctrine de la classification raisonnable. La portion de leur exposé consacré à ce que je qualifie de doctrine de la relation rationnelle s'arrête cependant à la démonstration que j'ai résumée ci-haut.

La nature de cette conception de l'égalité l'oppose nettement à celle de la justice formelle. Cette dernière est exclusivement préoccupée de la relation du domaine et de la condition des règles. En effet, selon la première doctrine, la conformité de la norme avec le principe d'égalité ne s'apprécie que par l'examen des conditions des règles en rapport avec un domaine prédéterminé qui regroupe tous les humains. Le rapport de ces conditions à un tel domaine doit être tel qu'elles ne l'élargissent ni ne le rétrécissent. L'on peut donc dire de la première doctrine qu'elle est en quelque sorte interne à la classification ou désignation dont elle distingue deux étapes entre lesquelles elle établit des rapports nécessaires. La doctrine de la relation rationnelle ne s'engage pas dans une dissection de l'opération de classification et concentre au contraire toute l'attention sur le rapport entre la désignation ou classification et le but de la loi dont elle apprécie le degré d'identité véritable. L'on peut considérer

la première doctrine, de ce point de vue, comme absolutiste³¹ car elle écarte de façon nette certaines classifications (par un contrôle des conditions) au nom du sujet unique de toute règle. La seconde est relativiste en ce qu'elle n'entraîne pas, par elle-même, d'exclusion pure et simple de certaines classifications, celles-ci étant appréciées à la lumière du but législatif qui échappe à tout contrôle. Alors que la première s'articule à partir du sujet des règles qu'elle identifie à tous les humains, la seconde s'articule à partir des buts législatifs sur lesquels elle n'exerce aucune espèce de pouvoir.

ii— Doctrines de raisonnabilité

Avant de tenter une présentation de ces doctrines, il y a lieu de mettre en garde contre une conception que certains lecteurs tiraient d'une connaissance du droit constitutionnel américain et qui ne coïncide guère avec celle que j'entends étudier généralement ici. Les juges américains appelés à exercer un contrôle de la constitutionnalité des lois développèrent une attitude de grande déférence à l'endroit des lois adoptées par les législatures. Un auteur allait jusqu'à écrire récemment:

«According to the rule of reasonableness the Court must hold a presumption in favor of the constitutionality of any law 'until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt', or until it is shown that the legislators 'not merely made a mistake but have made a very clear one — so clear that it is not open to rational question.'»³²

En ce sens existe une règle de raisonnabilité dont l'utilisation ne paraît pas à tous d'une cohérence irréprochable³³ et qui prescrit aux juges de favoriser la validité des lois. Je ne m'inspire guère de ce qui constitue l'essentiel de cette règle quand j'annonce ici des doctrines de raisonnabilité. Tout au plus devrait-on considérer la doctrine résumée par le professeur Shaman comme l'une des doctrines que j'entends englober dans l'expression générale «doctrines de raisonnabilité». Je regroupe plutôt sous cette expression un ensemble de doctrines qui, se refusant à exiger du constituant ou des parlements une délimitation explicite des zones discriminatoires, ont en commun d'habiliter les tribunaux à apprécier le caractère non-discriminatoire d'une norme ou d'un jugement en fonction de

31. L'on pourrait aussi la qualifier d'humaniste.

32. M. Jeffrey SHAMAN, «The rule of reasonableness in constitutional adjudication: toward the end of irresponsible judicial review and the establishment of a viable clause», (1975) 2 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 153 (156).

33. *Ibid.*, p. 157.

la légitimité des écarts que manifestent ces normes et jugements au regard d'une exigence de stricte rationalité. Je crois utile, pour circonscrire exactement la portée de cette conception, d'en préciser le point d'insertion et le rôle.

Il n'est possible de comprendre le sens de ces doctrines qu'en révélant leur point de rattachement qui ressort clairement si l'on se reporte au rôle de la doctrine de la relation rationnelle. Celle-ci, nous l'avons vu, juge discriminatoire toute classification n'aboutissant pas à l'identité entre le trait utilisé pour classier et celui coïncidant avec le but législatif. Les professeurs Tussman et Tenbroek ont déjà précisé les quatre hypothèses où une telle irrationalité de la classification apparaissait³⁴. Si l'on écarte la première concernant la situation où aucune des personnes désignées par la classification n'est réellement reliée au mal auquel la loi a pour but de remédier, il reste trois situations de relative irrationalité: celle où les personnes classifiées ne représentent qu'une partie de celle touchée par le mal auquel la loi s'attaque, c'est le cas de sous-inclusion; celle où les premières comprennent plus que les secondes, c'est celui de l'hyper-inclusion; et celle où les deux caractéristiques précédentes s'appliquent à la classification. Or, le propre des doctrines de raisonabilité est en quelque sorte de prendre le relais de la doctrine de la relation rationnelle au point d'apparition de l'une ou l'autre de ces trois situations de relative irrationalité. Elles ont en propre, et c'est ce qui les distingue de la doctrine de la relation rationnelle, de refuser le verdict de discrimination auquel aboutit cette dernière dans tous les cas, d'opérer parmi ceux-ci une distinction entre classifications imparfaites raisonnables et déraisonnables et de ne conclure à la discrimination qu'à l'endroit de ces dernières.

Une fois dégagée une situation pouvant donner lieu à une distinction du déraisonnable et du raisonnable, leur rôle se ramène essentiellement à préciser le situs, la qualité et la nature du fardeau de démontrer la raisonabilité ou la non-raisonabilité d'un accroc aux exigences de stricte rationalité. Il suffit d'évoquer brièvement les perspectives générales des investigations auxquelles ces doctrines conduisent. Quant au situs même du fardeau assigné, nous verrons les tribunaux osciller selon les cas entre les extrêmes d'attribution exclusive au demandeur ou à la puissance publique en passant par des solutions intermédiaires autorisant le déplacement du fardeau à raison de l'établissement de certains faits. La qualité de la démonstration pourra varier de la manifestation d'un doute

34. TUSSMAN et TENBROEK, «The Equal Protection of the Laws», (1949) 37 *California Law Review* 341, (347).

raisonnable à celle satisfaisant presque à la preuve hors de tout doute raisonnable, l'une ou l'autre qualité s'appliquant à une preuve de raisonnable par la puissance publique ou de non-raisonnable par le demandeur. Enfin, l'on verra que la nature même du fardeau imposé ne se révèle que dans l'évaluation du rapport complexe existant entre l'intérêt public poursuivi par le législateur, le préjudice subi par les personnes visées par la classification, la nature même de la distinction sur laquelle repose cette dernière, et l'envergure de l'accroc dont souffre la classification en regard d'une classification parfaitement rationnelle.

Cette manière d'aborder le problème de la discrimination présente des avantages appréciables auxquels il me semble injustifié d'opposer des faiblesses réelles qu'il paraît par ailleurs relativement aisé de tempérer. Appréciée du point de vue de ses résultats, elle paraît dotée d'un réalisme qui la rend préférable à la doctrine de la relation rationnelle. Alors que cette dernière conduit à la paralysie du législateur, les doctrines de raisonnable par la nuance sur laquelle elles reposent et dont témoignent précisément leur variété, assurent au législateur une réelle marge de manoeuvre alors que le géométrisme de la stricte rationalité risque de décourager les plus patients légistes et parlementaires. Par ailleurs, le fonctionnement même de ces doctrines les hisse au-dessus de leurs concurrentes par la multiplicité des aspects dont il impose la prise en considération. Ainsi ressort-il de l'évocation sommaire que j'en ai faite que la classification, le but de la loi et le rapport de convenance entre l'un et l'autre, au-delà mais à la lumière du rapport de rationalité, font l'objet de la mesure d'où jaillit le verdict relatif à une norme, un jugement ou une action quelconque. De ce point de vue, les doctrines de la justice formelle, caractérisées par leur exclusif souci de la classification paraissent en effet dépassées. Il en est de même de la doctrine de la relation rationnelle qui semble bien indifférente aux fins législatives comme à la nature même des classifications puisqu'elle s'enferme dans l'étude exclusive de la relation logique existant entre eux.

On ne peut toutefois oublier d'autres traits de ces doctrines qui en constituent des points faibles qu'un ordre juridique ne saurait sous-estimer. Du point de vue des institutions politiques, ces doctrines, dans la mesure où elles dominent à elles seules l'organisation juridique antidiscriminatoire, ont l'inconvénient de déplacer l'ensemble des choix politiques impliqués vers le pouvoir judiciaire qui paraît bien mal adapté à ceux-ci tant en raison de son caractère non-représentatif que par la nature traditionnelle de ses fonctions qui est d'être habilité à appliquer des normes fournies, au

moins à un stade embryonnaire, par les pouvoirs constituants ou législatifs. Aussi me paraît-il requis que ces derniers pouvoirs assument leur responsabilité politique essentielle et n'abandonnent pas la totalité des choix impliqués dans une doctrine des classifications raisonnables aux seules instances judiciaires. La tâche des pouvoirs politiques suprêmes comporte celle de déterminer quelles classifications ou quelles fins devront susciter les plus hautes exigences quant à leur raisonnabilité. Seule devrait être laissée aux tribunaux la tâche d'appliquer les diverses doctrines de raisonnabilité. À ces conditions serait respectée la nature des institutions participant à l'élaboration et à l'application de l'ordre juridique antidiscriminatoire. On peut, d'autre part, reprocher à cet ensemble de doctrine une certaine fragilité de leur fondement. En quoi peuvent-elles bien prétendre en effet constituer d'authentiques doctrines de la discrimination? Ce dernier terme nous renvoie à un signifié: la distinction ou la distinction indue. Et notre premier réflexe est de demander à de telles doctrines qu'elles révèlent les distinctions discriminatoires ou à tout le moins une façon mécanique d'y parvenir. Les doctrines formelles satisfont cet appétit par l'automatisme du processus d'identification qu'elles décrivent. Le propre des doctrines de raisonnabilité, par opposition, est de s'accommoder de n'importe quelle distinction ou classification. Leur nature même est d'être relativiste en ce qu'elles se bornent à prescrire des attitudes judiciaires dans l'appréciation des rapports entre diverses composantes d'une norme ou d'un jugement, sans que le fondement même de la classification joue un rôle déterminant, et sans que ces attitudes, au contraire des principes logiques appliqués dans les doctrines formelles, ne garantissent nettement le sort que connaîtra une classification. La modestie des lumières qu'elles apportent ainsi à la démarche juridique ne s'oppose-t-elle pas à ce que l'on qualifie de doctrines ces techniques qui méritent tout au plus de passer pour un ensemble de méthodes? Je ne le crois pas. Sans doute faut-il reconnaître que les doctrines de raisonnabilité fournissent une méthode d'analyse des normes. Mais là ne s'arrête pas leur apport. Elles ont aussi quelque chose à dire de plus immédiat sur le contenu des classifications mises dans leur contexte normatif ou de jugement. Elles prescrivent d'abord un point de vue fondamental à l'analyse, celui de la substance ou de l'opportunité. Ensuite, prises séparément, elles en arrivent à imposer des attitudes de rigueur variable à l'endroit des normes, jugements ou actions. Leur poids concret au stade du contrôle de constitutionnalité ou de légalité n'est donc pas indéterminé mais au contraire fortement dirigé vers la générosité ou la restriction. Il s'agit, en raison de cet engagement qui est le leur, de véritables doctrines dont l'impact

favorable ou défavorable à une norme ou un jugement, sans avoir la portée absolue des conclusions que commandent les doctrines formelles, ne permet pas de les ranger parmi les méthodes dont le domaine est celui de la neutralité et le propre de n'annoncer ni résultats certains ni probables. Encore faut-il reconnaître que le fondement des doctrines de raisonabilité paraît moins ferme que celui des doctrines formelles à raison de leur aptitude à ne fournir que des indications probables du sort que subiront certaines normes. Il me paraît qu'un ordre juridique ne saurait reposer à ce point sur des doctrines probabilistes dans un secteur essentiel de l'ordonnement juridique sans laisser subsister une excessive imprécision sur le droit applicable. De ce point de vue, comme du point de vue institutionnel, il me paraît essentiel à tout ordre juridique antidiscriminatoire de reposer partiellement seulement sur des doctrines de raisonabilité. Celles-ci ne sauraient s'appliquer aux classifications et fins qu'il convient selon l'opinion politique ferme de ranger parmi les fins ou classifications interdites.

Nous pensons que la norme de la Charte est relative. Afin d'exposer nos raisons dans un ordre qui distingue les aspects premiers de la question et permettre de présenter les motifs principaux de nos choix nous aborderons quatre questions: le libellé de l'article 10, son enchaînement relatif, son domaine limité d'application, les exceptions de l'article 20.

iii— Le libellé de l'article 10

Une lecture superficielle de l'article 10 de la Charte québécoise peut conduire à penser que le texte en lui-même suggère fortement, s'il ne l'impose pas, un sens absolu à la norme antidiscriminatoire. Cela autorise alors à conclure que le fardeau de démontrer une portée relative en est accru d'autant. Il suffit de lire la disposition comme si elle interdisait les classifications en tant que telles, et dès lors que celles-ci procèdent de l'utilisation d'un des facteurs mentionnés à l'article 10. L'on en vient ainsi à considérer que le législateur n'exige, comme élément nécessaire à la discrimination, que le recours à un tel facteur s'il détruit ou compromet le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. L'introduction de nuances apparaît alors comme une trahison du sens clair de la disposition.

Une telle conception est pourtant difficilement réconciliable avec le libellé même de l'article 10. Celui-ci ne se borne pas, en effet, à prohiber les classifications, au sens étroit du terme, résultant du recours à l'un des facteurs y mentionnés. D'abord, il ne

prohibe pas les classifications comme telles, mais les «distinctions, exclusions et préférences». C'est dire qu'il vise la règle ou norme en son entier: la désignation de certains sujets, membres d'une classe et la norme à leur propos. Le rapport à constater est donc celui qui lie cette norme ou classification au sens large à un facteur mentionné à l'article 10. Il faudra démontrer le lien du facteur non pas à la seule classe visée mais à la substance de la norme touchant cette classe. Que les éléments à relier soient ceux-ci, et non une classification au sens étroit et un facteur mentionné à l'article 10, suggère déjà une évaluation beaucoup plus complexe du lien avec le facteur, laquelle pourrait difficilement ne pas comporter une relativisation de la norme discriminatoire.

De plus, le texte de l'article 10 offre un autre indice en faveur d'une conception relative de la norme antidiscriminatoire. Le rapport entre le facteur et la classification au sens large n'est pas réduit à une relation quelconque. Le texte précise que les distinctions, exclusions et préférences doivent être «fondées» sur l'un des facteurs mentionnés pour être, éventuellement, discriminatoires. L'usage d'un terme aussi fort vient en réalité confirmer le premier trait souligné. S'il s'agit d'un rapport entre norme et facteur le lien doit inévitablement être plus ample³⁵, véritablement causal et ne pas se borner à permettre de repérer la classe visée par la norme.

La recherche d'un rapport et réelle causalité entre un facteur de l'article 10 et une norme visant une classe donnée nous paraît exiger les analyses logiques et les considérations de valeurs caractéristiques des approches nuancées inhérentes à la mise en oeuvre des «doctrines de raisonnabilité». Aussi pensons-nous que le libellé même de la norme antidiscriminatoire de la Charte, s'il ne suffit pas à justifier nos conclusions, s'harmonise cependant fort bien avec elles.

iv— L'enchassement relatif

L'on pourra opposer à nos vues l'enchassement relatif de la Charte québécoise. Ainsi le professeur Daniel Proulx, traitant de la disposition d'enchassement de la Charte québécoise, a-t-il écrit:

«..., cet article 52 se trouve également à infirmer le principe de la 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

35. La norme (par exemple: une exclusion) ne saurait être «liée» à un facteur prohibé parce que ce dernier permet d'identifier à qui elle s'applique, mais aussi parce qu'il ne paraît pas sans motif qu'elle s'applique à eux, quel que soit par ailleurs le type de motif jugé valable.

de les modifier ou d'y contrevenir sans avoir recours à la procédure extraordinaire d'une clause dérogatoire expresse.»³⁶

L'auteur infère ici le caractère absolu de la norme antidiscriminatoire de l'exigence de forme que s'est imposé le parlement québécois quant à la législation. Nous voyons mal en quoi une telle exigence relative aux lois contraires à la Charte affecterait logiquement l'interprétation des normes de celles-ci dans le sens suggéré. Au lieu d'inférer une rigueur accrue dans l'application des normes en raison de la contrainte nouvelle que le parlement a apporté à son pouvoir de s'y soustraire, ne doit-on pas plutôt relativiser la norme antidiscriminatoire pour compenser ce fardeau nouveau imposé à un parlement en principe souverain?

Que penser si l'argument tiré de la possibilité d'échapper à la Charte consiste plutôt à inférer le caractère absolu de la norme non pas de l'exigence de forme imposée au parlement mais de la possibilité de porter atteinte à la Charte qu'il s'accorde ainsi. L'on estimerait alors que la relativisation n'est pas voulue dans l'application de la norme, le parlement pouvant échapper à sa rigueur en raison de l'article 52 qui relativise l'enchaînement³⁷. Cette dernière lecture nous semble encore moins défendable car elle définit comme allègement du fardeau du parlement ce qui est en réalité un accroissement d'exigence. En effet, la souveraineté du parlement entraîne, en situation normale, le pouvoir d'échapper à la Charte sans respecter aucune exigence de forme. Dans cette perspective il est inadmissible de traiter l'article 52 comme une disposition qui permettrait au parlement de s'immuniser et justifierait une interprétation stricte de l'article 10. L'article 52, en réalité, impose une contrainte de forme au parlement. Celle-ci suggère en retour une lecture nuancée de la norme antidiscriminatoire.

v— Le domaine d'application

Mais ne peut-on penser que le caractère nettement délimité du domaine d'application de la norme justifie de la radicaliser³⁸? L'article 10 de la Charte ne prohibe en effet la discrimination qu'eu égard à certains facteurs y mentionnés et en autant que les droits

36. Daniel PROULX, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative», (1980) *R.D.U.S.*

37. C'est probablement l'approche de l'auteur. Mais sa justification juridique nous semble douteuse dans le contexte d'un système dominé par le principe de souveraineté du parlement.

38. Daniel PROULX, *loc. cit. supra*, note 20, 548.

et libertés de la personne soient en cause. Cette prétention aurait peut-être quelque force si le domaine d'application s'étendait à une zone étroitement circonscrite. Il n'en est rien. Le lecteur de la Charte québécoise découvre rapidement que la norme s'étend à de larges secteurs de la vie sociale. La liste des facteurs prohibés est généreuse au point de suggérer aussi la relativité de la norme. Il semble en tout cas assuré que le caractère limité qu'elle revêt ne saurait suffire à modifier les conclusions que le libellé même de la norme justifie si fermement. Si l'on ajoute que celle-ci ne distingue guère entre l'action privée et l'action publique il en ressort aussi que le parlement verrait substantiellement affectée sa liberté d'agir s'il fallait donner un sens absolu à la norme antidiscriminatoire. Évaluée dans ce contexte la non-généralité de la norme ne justifie guère la remise en cause du sens révélé par la libellé de la disposition.

vi— Les exceptions de l'article 20

Enfin, ne peut-on prétendre que la norme antidiscriminatoire est absolue puisque la Charte contient une disposition qui permet expressément d'en nuancer la rigueur dans certains cas? Son article 20 se lit en effet comme suit:

«Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.»³⁹

Nous ne croyons pas que cette disposition entraîne une interprétation absolue de la norme dans les autres cas. Il s'agit simplement d'un texte d'interprétation qui vient préciser, dans certains cas, quels facteurs obligeront à conclure qu'il n'y a pas discrimination. La possibilité d'arriver à des conclusions identiques dans d'autres cas parce que les circonstances révéleront que la distinction, exclusion, ou préférence n'est pas vraiment fondée sur l'un des facteurs interdits n'en est pas affectée. Même dans les domaines visés par l'article 20, d'autres considérations que celles y mentionnées justifieront peut-être des conclusions analogues. En d'autres mots, le rôle spécifique de cet article est d'obliger à conclure à non-discrimination quand certains facteurs entrent en jeu par opposition à un régime général qui permet simplement de conclure de la même manière pour d'autres raisons. Si la disposition ne faisait

39. *Charte des droits et libertés de la personne*, S.Q. 1975, c. 67, a. 20, 1982, c. 61, a. 6.

que permettre la conclusion de non-discrimination elle aurait peut être permis de déduire qu'une permission générale n'existait pas. L'imposition d'une obligation ne justifie pas d'inférence identique. La dérogation prévue à l'article 20 est donc impuissante à renverser les conclusions auxquelles nous a conduit une lecture attentive du rapport exigé par l'article 10 entre les distinctions, exclusions et préférences et les facteurs y mentionnés.

Une certaine jurisprudence semble se rallier à une vue relativiste mais beaucoup de jugements tiennent pour acquis que la norme antidiscriminatoire sous l'article 10 a une portée absolue. Dès le 7 avril 1978 le juge Gervais de la Cour supérieure semblait adopter une conception relativiste⁴⁰. Le juge Meyer paraissait bien enclin à une vision identique en citant, à l'appui de son jugement, dans une affaire de discrimination, des extraits d'arrêts américains reposant sur une telle application relativiste ou nuancée de la norme antidiscriminatoire du 14^e amendement de la constitution américaine⁴¹. Plus récemment⁴², dans le cadre d'un *obiter dictum*, le juge Letarte renvoyait à une formulation relativiste de la norme antidiscriminatoire dont la paternité doit être attribuée au juge Pratte⁴³. On cherche en vain une justification rigoureuse de l'option retenue dans les textes de ces jugements. Sans doute un jour cet aspect essentiel du sens de l'article 10 de la Charte sera-t-il vraiment exploré par les tribunaux et les développements qui précèdent pourront-ils influencer sur les choix à faire.

Nous favorisons une conception nuancée des normes antidiscriminatoires. Rien ne nous justifie de ne pas préférer cette solution en ce qui a trait à la Charte québécoise. Le nombre de facteurs de distinction prohibés par la Charte, joint au fait qu'elle vise aussi le législateur, ferait d'une norme antidiscriminatoire

40. *The Fountainhead Fun Centre Ltd et al c. Ville de Montréal*, C.S. (Mtl) 500-05-026914-778. Il écrivait alors à propos d'un règlement montréalais restreignant l'accès à certains lieux d'amusement et à certains appareils aux adultes: «Le but du règlement adopté par l'intimée est de protéger les jeunes contre l'exploitation et la criminalité. Il n'y a rien dans cette législation visant à créer des distinctions entre personnes lorsque le législateur poursuit un but légitime et de nature préventive».

41. *Commission des droits de la personne c. La Fédération québécoise de hockey sur glace Inc. et l'Association canadienne de hockey amateur et les Ligues de hockey mineur N.D.G. Inc.*, (1978) C.S. 1076, 1082.

42. *Wade Johnson c. Commission des affaires sociales*, (1979) C.S. 525, 530.

43. *L'Association des gens de l'air de Québec Inc. c. Lang*, (1979) 89 D.L.R. 495, 501-502.

absolue un obstacle insurmontable à l'activité législative. Celle-ci implique en effet une quantité de classifications effarante qui se verraient automatiquement invalidées si une conception absolue l'emportait. Même si elle ne visait que l'action privée, la norme antidiscriminatoire de la Charte québécoise est à ce point ambitieuse, par son domaine d'application, qu'une mise en oeuvre absolutiste nous paraît conduire à l'absurde. Parce qu'elle vise l'action publique et privée à la fois, l'on voit mal, par ailleurs, sur quoi fonder une approche relativiste face à l'État et absolutiste face aux personnes privées.

DEUXIÈME PARTIE: LES CARACTÈRES DE LA DISTINCTION DISCRIMINATOIRE

Il nous paraît opportun de regrouper les caractères que la distinction discriminatoire est susceptible de revêtir selon deux perspectives: selon son intentionnalité et selon l'explicitation. Chacune des perspectives nous révèle six espèces de distinctions discriminatoires.

A- DISCRIMINATION ET INTENTIONNALITÉ

Considérée dans cette perspective, la discrimination sera intentionnelle ou non, neutre ou engagée, bénéfique ou maléfique. Examinons la portée de la Charte en regard de ces diverses espèces de discrimination.

i- Discrimination intentionnelle et non intentionnelle

La distinction entre l'intentionnel et le non intentionnel se manifeste de deux façons. Dans un cas, elle sert simplement à opposer l'auteur conscient et l'auteur inconscient. Dans une autre perspective, elle permet d'opposer l'auteur mal intentionné à celui qui n'éprouve aucune malveillance.

Comme la notion contemporaine de discrimination ne comporte plus la référence à une visée malveillante, et que le texte de la Charte québécoise épouse cette conception⁴⁴, demandons-nous d'abord si la distinction, exclusion ou préférence envisagée par la

44. En effet, comme l'article 10 inclut les «préférences» au rang des normes discriminatoires il va de soi que le concept de discrimination qui l'inspire n'exige pas la malveillance.

Charte comporte la conscience de distinguer, exclure ou préférer en fonction de l'un des facteurs prohibés.

À première vue, l'article 10 ne nous paraît pas exprimer une option claire en faveur de la classification consciente ou inconsciente. Ainsi, nous ne croyons pas que son second paragraphe⁴⁵ «constitue une indication législative non équivoque du choix d'un critère nettement objectif» au sens où il suffirait de démontrer un impact discriminatoire pour prouver discrimination⁴⁶. Si ce paragraphe fait de «l'effet» sur le droit à l'égalité, un élément nécessaire de la discrimination, il exige tout aussi clairement qu'un tel effet soit causé par une distinction, exclusion ou préférence du type décrit au premier paragraphe. Celles-ci doivent donc être «fondées» sur l'un ou l'autre des facteurs mentionnés. Or, ce terme en lui-même ne pointe nettement ni vers un test objectif ni vers un test subjectif.

Peut-on inférer de la mention d'atteintes intentionnelles à l'article 49 de la Charte que l'article 10 s'applique à la discrimination objective ou inconsciente⁴⁷? Ce serait une bien faible justification, d'autant plus que l'on pourrait tout aussi bien estimer que le terme «intentionnel» de l'article 49 renvoie plutôt à la malveillance au lieu de la conscience, interprétation fort défendable dans le cadre d'une disposition relative aux types de dommages à obtenir.

Nous préférons inviter les tribunaux à se rallier à une conception objective en invoquant la structure générale de l'article 10. Celui-ci ne se présente pas comme une interdiction à un auteur éventuel de discrimination, mais comme l'attribution du droit à l'égalité quant aux droits et libertés de la personne. Rédigé dans cette perspective, il est tout à fait légitime de conclure, en présence des formules de l'article 10, que le terme «fondée» y renvoie à une relation objective ou factuelle entre les facteurs et les classifications. S'il avait, au contraire, pris la forme d'une interdiction adressée à tous de faire des classifications fondées sur certains facteurs, il aurait paru plus légitime de conclure que discrimination n'existait que là où l'auteur basait consciemment sa classification sur l'un des facteurs et d'opter pour un test subjectif. D'ailleurs, si

45. Il se lit comme suit: «Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit».

46. Daniel PROULX, *supra*, note 20, 475, et Robert SENAY, «Discrimination selon la Charte des droits — Intention ou Effet discriminatoire», (1980) 40 *R. du B.* 667-672.

47. Robert SENAY, *loc. cit.*, 671.

une interprétation subjective des normes antidiscriminatoires a longtemps prévalu au Canada⁴⁸, c'est qu'elle reposait généralement sur des textes qui reflétaient fortement une conception subjective. Ceux-ci adressaient en effet des interdictions aux auteurs éventuels de discrimination à qui ils prohibaient de discriminer «because of» certains facteurs. Cette formulation prohibitive et ces termes qui réfèrent à une motivation ont paru un temps justifier amplement les conclusions auxquelles les juges canadiens s'étaient tenus⁴⁹.

À cette considération centrale en faveur d'une conception objective de la norme antidiscriminatoire de l'article 10, nous ajoutons les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire linguistique belge⁵⁰. Celle-ci y a privilégié une interprétation objective du texte de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette disposition est d'une facture voisine de celle de l'article 10 de la Charte québécoise⁵¹.

Il faut toutefois préciser quel sens a ce choix d'une conception objective. Selon que nous avons affaire à un cas isolé ou à de la discrimination systémique, la signification variera. Au premier cas, malgré la conception objective «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»⁵². Dans cette hypothèse, l'analyse objective signifie simplement qu'on conclura à discrimination là où la preuve

48. Voir à ce propos la liste de décisions citées par Daniel PROULX, *loc. cit. supra*, note 20, 464, note 287, et, plus généralement, pp. 464-468.

49. Dans *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c. Simpsons-Sears Limited*, (1985) R.C.S., la Cour surpêma a rejeté cette approche, trop littérale à son avis, pour une interprétation téléologique inspirée de celle qu'elle suit sous la Charte canadienne. L'option nette d'un préambule pour l'égalité des droits, le caractère essentiellement civil des recours, et la difficultés de preuve que créerait l'adoption d'une conception subjective l'ont alors conduite à une vision objective de la discrimination.

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

51. Cet article se lit comme suit: «La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée 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.»

52. Daniel PROULX, *loc. cit. supra*, note 20, 479.

tend à révéler qu'en réalité l'auteur d'un acte était sous l'influence d'un stéréotype bien qu'il n'en ait pas eu conscience. Cela pourra être établi à partir de l'absence d'un lien substantiel entre les motifs qu'il invoque consciemment et la décision qu'il a prise⁵³. Là où des ensembles de décisions ou des pratiques sont mises en question, l'analyse objective devient plus radicale. Elle autorise à voir de la discrimination là où une décision quelconque engendre exclusion, fardeau accru, ou préférence pour un nombre disproportionné de membres d'une classe repérable à l'aide de l'un des facteurs prohibés. L'on ne prétend donc plus dégager une animation inconsciente chez l'auteur de l'acte. Les répercussions de l'action mise en cause suffisent en elles-mêmes sans qu'on prétende par elles révéler un comportement inconsciemment discriminatoire. Les termes mêmes de la Cour suprême des États-Unis dans *Griggs c. Duke Power Co.*⁵⁴ révèlent bien cette portée plus radicale:

«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 statu quo of prior discriminatory practises.

...The Act proscribes not only over discrimination but also practises that are fair in form, but discrimination in operation.»⁵⁵

La jurisprudence sous la Charte québécoise semble annoncer l'adoption d'une conception objective de la discrimination. Dans deux espèces individuelles, ne soulevant pas la question de la discrimination systémique, les juges ont adopté des vues opposées. Dans *Aymong c. Le Collège St-Jean-sur-Richelieu* le juge Jules Beauregard exigeait que l'on prouve que le défendeur était «dominé par un motif discriminatoire»⁵⁶. Comme il ramenait cette exigence à l'idée de mauvaise foi, on peut penser qu'il avançait une conception non seulement subjective mais pénale de la discrimination, laquelle comporte alors un élément essentiel de malveillance. Mais dans *C.D.P. c. Oliva L'Homme*⁵⁷, la Cour d'appel du Québec a opté pour une conception objective au cas d'une plainte de discrimination individuelle. Le constat d'une animation inconsciente mais de nature discriminatoire a suffi pour conclure à discrimination. Il

53. *C.D.P. c. Clément Lambert*, (1986) C.H.R.R. d/3125.

54. (1971) 91 S. Ct. 849.

55. *Id.*, 853.

56. (1980) C.H.R.R. D/85, D/86; (1984) R.D.J. 76 [C.A.].

57. (1982) 3 C.H.R.R. D/849; voir au même sens *C.D.P. c. Lambert C.S. Ibergville*, 755-05-000333-80, 4-4-84, et *C.D.P. c. Collège de Sherbrooke*, (1981) C.S. 1083 ou (1981) 2 C.H.R.R. D/530.

faut attendre la confirmation de cette approche et l'attitude qu'on adoptera face à la discrimination systémique.

Toutes ces situations posent la question du choix entre une définition subjective ou objective de la discrimination. Ou bien celle-ci exige la conscience chez celui à qui on veut la rattacher ou elle se juge à ses fruits seulement. Il s'agit de choisir entre une discrimination produite et une discrimination sue. J'estime que la conscience de la distinction n'a pas à exister chez quelqu'un pour qu'il y ait discrimination. Le seul souci que doit avoir celui qui cherche à relier un effet discriminatoire à un auteur doit être de retracer une relation causale entre une norme ou un acte et cet effet discriminatoire. Une conduite ou une norme est discriminatoire si elle produit de la discrimination. Il suffit pour se convaincre de la justesse d'une telle conception de songer aux conséquences de l'adhésion à une conception subjective. Celle-ci aurait pour effet de faire échapper à tout contrôle de légalité les normes dont on ne pourrait démontrer clairement que leur caractère discriminatoire était perçu par leurs auteurs. Les normes ne sont pas jugées de cette manière. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'apprécier les lois du point de vue de leur constitutionnalité, les tribunaux, bien que soucieux de saisir le véritable but de la loi, se refusent à s'engager dans l'analyse des intentions des parlementaires et donc dans leur degré de conscience concernant les effets des textes qu'ils édictent. L'évaluation de la loi demeure objective. Cette approche générale qui interdit de scruter des consciences me semble bien devoir inspirer le jugement sur la présente question au moins au point de ne pas exiger la preuve de conscience chez l'auteur. Le problème de savoir si cette preuve sera permise relève d'autres considérations dans lesquelles il n'est pas requis d'entrer ici.

On aurait raison d'objecter que ces arguments ne valent guère dans le cas des actes discriminatoires individuels. Ceux-ci n'ont pas, à première vue, à satisfaire aux mêmes exigences que l'ordre normatif dont il convient de sauvegarder la validité objective sans en immuniser quelque aspect sous prétexte d'absence de preuve de conscience claire des législateurs. De même paraît-il moins légitime de s'inspirer à leur propos de l'attitude de susceptibilité générale à l'endroit des recherches d'intention qui prévaut dans le domaine de l'interprétation des normes. Ne s'agit-il pas de déterminer si un individu s'est rendu coupable d'un acte discriminatoire et ne convient-il pas alors de faire de la conscience de ses actes un élément essentiel de l'acte de discrimination? Une conception moderne de la culpabilité pénale ne suggère-t-elle pas une recherche d'inten-

tion ou, plus précisément, une vérification de conscience? Je ne le crois pas. Cette façon pénale de voir la question de la discrimination est contestable. L'interprétation d'une telle règle antidiscriminatoire me semble devoir plutôt s'inspirer d'une vision des choses empruntée au droit de la responsabilité civile. Celle-ci est toute entière axée sur le préjudice subi. Dans le cas de la discrimination, il s'agit de l'effet discriminatoire d'une décision. Le droit de la responsabilité se préoccupe ensuite du rapport de cause à effet. Dans notre hypothèse, la décision a causé le préjudice. Enfin, faut-il vérifier si une faute fut commise par celui à qui on attribue l'acte ayant causé le préjudice. Or, cette recherche de la faute n'implique pas la démonstration chez l'auteur de l'acte d'une connaissance exacte du caractère illégal de son acte. L'ignorance n'est pas une excuse et l'acte ayant causé discrimination doit être déclaré fautif nonobstant le fait que l'auteur ignorait l'erreur qu'il commettait quant au sens de sa décision. Comme le médecin qui aurait causé un préjudice lors d'une intervention chirurgicale, par ignorance de la technique appropriée, il ne saurait plaider cette ignorance inconscience d'un individu dominé par un stéréotype relatif à une certaine race par exemple.

Si l'intentionnalité de la discrimination pose d'abord la question de la conscience qu'on peut avoir de la distinction qualifiée de discriminatoire, elle soulève aussi le problème de la mauvaise intention. Il faut alors se demander s'il n'y a discrimination que là où la distinction ou classification en cause est devenue une fin en elle-même aux yeux de l'auteur, un objectif qui acquiert une telle autonomie dans son esprit qu'il ne s'inscrit plus dans une autre finalité qui pourrait le justifier. En 1949, dans leur étude du droit américain de l'égalité, les auteurs Tussman et Tenbroek utilisaient le qualificatif «discriminatory» à seule fin de désigner des classifications de ce genre. Ils exposaient cette doctrine des lois discriminatoires comme suit:

«... the prohibition against discriminatory legislation is a demand for purity of motive. It erects a constitutional barrier against legislative motives of hate, prejudice, vengeance, hostility, or, alternatively, of favoritism, and partiality. The imposition of special burdens, the granting of special benefits, must always be justified. They can only be justified as being directed at the elimination of some social evil, the achievement of some public good. When and if the proscribed motives replace a concern for the public good as the 'purpose' of the law, there is a violation of the equal protection prohibition against discriminatory legislation.»⁵⁸

58. TUSSMAN et TENBROEK, *op. cit.*, 358-359.

On trouve trace d'une conception de ce genre dans la jurisprudence canadienne. Ainsi le juge Brossard, confronté à une restriction contractuelle à la liberté de circulation et d'association avec les Indiens et les Eskimos, en arrivait à écarter une argumentation selon laquelle il y aurait eu atteinte à l'ordre public par discrimination, en insistant d'abord sur le fait que:

«rien dans le contrat ou le dossier ne permet de conclure que ces restrictions avaient été imposées dans le but de priver les populations indigènes des villages indiens et eskimos de quelque droit que ce soit.»⁵⁹

L'affaire Bintner⁶⁰ a donné l'occasion à la Cour d'appel de Saskatchewan de proposer une conception identique. Elle était alors invitée à invalider comme discriminatoire le refus d'une autorité scolaire d'admettre un enfant catholique. Elle s'y refusa. La démarche qu'elle adopta se résume ainsi: elle rappela que l'autorité scolaire avait considéré que son devoir d'éducation lui imposait d'admettre les membres de la communauté rattachée à l'école publique. L'enfant en cause n'était pas de cette communauté car il y avait une école séparée catholique dans le district. Elle conclut à sa non admission. Cette conclusion est formulée en des termes révélant clairement que le but discriminatoire doit, à ses yeux, être démontré. Le juge Culliton écrivait:

«It thus follows that the public school board, in limiting its obligations to educating children of the faith of the public school community, does in fact, refuse to enrol children of the Roman catholic faith. Such, however, is the inevitable result of the policy but not the purpose thereof.»⁶¹

Comme on l'a signalé très justement, cette façon de voir équivaut à considérer qu'aussi longtemps que l'intention de discriminer est absente il n'y a pas de discrimination, quels que soient par ailleurs les résultats d'une action donnée⁶².

Il me paraît opportun d'apprécier le rôle de l'intention discriminatoire en distinguant trois attitudes susceptibles d'être adaptées à son propos. D'une part, il y a celle selon laquelle l'intention est un élément essentiel de la discrimination. D'autre part, il y a le point de vue tendant à faire jouer un rôle complémentaire à l'intention dans certains cas seulement. Enfin, l'on peut considérer l'opinion selon laquelle l'intention peut jouer un rôle capital au

59. *Whitefield Canadian Marconi Co.*, (1968) B.R. 92 (96).

60. *Bintner c. Regina Public School Board District no 4*, 55-D.L.R. 646.

61. *Ibid.*, p. 653.

62. Frank L. ROTH, (1967) *Osgoode Hall Law Journal*, 295-298.

point de justifier l'interdiction d'une discrimination par sa seule présence, en l'absence de normes et d'effets discriminatoires. L'opposition des cas de discrimination normative et de ceux de discrimination active s'avère aussi d'une certaine utilité.

J'estime inopportun de faire de l'intention discriminatoire un ingrédient essentiel à la discrimination normative. D'autre part, il faut reconnaître la difficulté qu'il y a à dégager les intentions des législateurs. Cette difficulté justifie d'écarter le plus possible la recherche d'intention. Dans l'hypothèse où existe une norme discriminatoire, cette prudence commande d'écarter une telle recherche. D'autre part, l'ordre juridique ou normatif me semble devoir s'apprécier à ses résultats jusqu'à preuve du contraire. S'il peut être excessif de nier l'opportunité d'une preuve d'intention contraire aux textes et aux effets, imposer l'obligation de prouver l'intention de normes aux effets discriminatoires me semble contraire au respect des exigences de cohérence auxquelles le droit doit satisfaire, lesquelles demandent l'attribution aux normes d'une intention conforme à leurs effets.

La question de l'opportunité de faire jouer un rôle simplement complémentaire à l'intention discriminatoire est celle de savoir s'il convient, au cas où la discrimination se manifeste déjà partiellement par certains faits, de permettre qu'une preuve d'intention achève la démonstration requise. Nous écartons l'hypothèse où la discrimination est explicite soit dans la norme ou dans l'action. Le seul cas où le problème surgit est donc celui où des effets discriminatoires apparaissent qu'il est impossible de relier à une norme ou une action explicitement discriminatoire. Je crois que le rôle de l'intention discriminatoire doit alors varier selon qu'on a affaire à la discrimination normative ou à la discrimination active.

Un effet discriminatoire en contexte normatif prend un sens tout à fait particulier. L'effet discriminatoire d'une règle peut apparaître là où une norme d'apparence innocente produit des effets s'apparentant à ceux qu'aurait évidemment une norme explicitement discriminatoire. L'on peut, dans une telle hypothèse, déjà constater une discrimination *de facto* dont la gravité peut varier. Un tel début de preuve de droit discriminatoire me semble devoir jouer un rôle d'autant plus important que nous nous trouvons dans un domaine où la réalité objective me semble devoir dominer l'interprétation: celui du droit. Là où l'effet disproportionnel revêt une grande ampleur, l'intention peut évidemment faire partie de la démonstration. Il est légitime de mener une enquête sur l'intention des législateurs. Ce n'est cependant pas notre problème. Nous nous

demandérons ici s'il peut être nécessaire de prouver l'intention pour réussir. J'estime que cette nécessité ne devrait apparaître, en matière normative, que là où l'effet disproportionnel n'est pas irrésistible. Dans les autres cas, l'intention ne jouerait qu'un rôle complémentaire facultatif, la discrimination factuelle équivalant à la preuve d'intention.

Si l'on étudie le cas d'un effet discriminatoire dans le domaine de l'action par opposition à celui des normes, les conclusions me semblent devoir se radicaliser. C'est que l'effet discriminatoire ou la discrimination *de facto* dans un tel cas prend une allure différente de celle de l'effet disproportionnel par lequel j'ai défini la discrimination normative *de facto* ou d'impact. Il suffit ici de démontrer qu'une personne a souffert un refus ou subi un préjudice et qu'elle est d'une certaine classe pour soulever un problème de discrimination *de facto*. Ainsi le noir qui se voit refuser un logement sans pouvoir invoquer une décision explicitement discriminatoire peut déjà invoquer un début de preuve de discrimination. Mais ces faits ne suffisent pas à démontrer que le logis fut refusé en raison de l'appartenance à la race noire. Il faut même ajouter qu'une preuve révélant, par exemple, une proportion de refus beaucoup plus élevée à l'endroit des noirs, ne saurait tenir lieu de preuve d'intention discriminatoire pour un geste isolé de refus. Ce qui valait parfois pour la norme ne peut, en effet, valoir pour l'acte individuel. Il ne s'agit pas de juger s'il y a généralement discrimination raciale mais s'il y en a eu dans un cas particulier. Tout au plus, la démonstration d'une attitude généralement préjudiciable pourrait-elle justifier un allègement du fardeau de la preuve d'intention sans pour autant faire disparaître celui-ci. La preuve d'intention discriminatoire devrait être exigée dans tous les cas où un effet préjudiciable atteint un membre d'une classe protégée sans qu'existe une décision explicitement discriminatoire à l'origine d'un tel préjudice.

ii- Discrimination engagée et discrimination neutre

Deux autres types de discrimination également perceptibles à partir d'une réflexion axée sur les nuances d'intentionnalité sont la discrimination engagée et la discrimination neutre. Selon la première, il n'y a discrimination que si certaines classes de personnes sont touchées: les femmes, les noirs, etc. Selon la seconde, la discrimination naît du recours à certains facteurs: la race, le sexe, etc. La notion de discrimination est donc radicalement différente selon que l'une ou l'autre voie est choisie. La jurisprudence constitution-

nelle américaine en est venue à faire place aux deux concepts en mettant au point des tests de rigueur variable, mais au stade de l'application de la norme antidiscriminatoire, selon les classes affectées et les facteurs de distinction utilisés⁶³. Strictement, une telle réception de la conception engagée ne met pas en cause la notion de discrimination en elle-même puisqu'elle joue au stade de l'application d'une norme antidiscriminatoire fondée sur la classification (ou l'usage d'un facteur) et non sur les caractéristiques des classes. Nous ne nous interrogerons donc pas ici sur la possibilité de ce type de pénétration de la conception engagée sous l'article 10 de la Charte. C'est plutôt de l'adoption d'une telle conception de la norme antidiscriminatoire elle-même que nous nous préoccupons. Qu'en est-il?

La Charte ne relie nulle part le concept de discrimination aux caractéristiques propres à une classe. C'est exclusivement l'usage d'un facteur donné qui constitue la fautive caractéristique d'une classification discriminatoire en tant que classification. La terminologie de l'article 10 ne laisse aucun doute à ce sujet en assurant «toute personne» d'un droit contre les classifications fondées sur un ensemble de facteurs y mentionnés.

Nous approuvons cette option. Elle rejoint à la fois le sens étymologique du terme «discriminer» et la perception générale de la discrimination qui adresse sa réprobation à l'usage d'un facteur de distinction et non au fait qu'une classe donnée subit un régime préjudiciable. Nous ne croyons pas que ce choix d'une conception neutre de la discrimination implique le rejet d'une conception relative de la norme analogue à celle prévalant aux États-Unis dans l'application de la clause d'«égal protection of the law». À ce stade pourrait intervenir une prise en considération de certains traits propres à une classe donnée. Ainsi pourrait-on se montrer plus ou moins exigeant face à une discrimination sexuelle selon qu'elle affecte les femmes ou les hommes dans certaines circonstances. Mais cette opération ne consistera pas à substituer un test de classe à un test reposant sur le facteur. Elle tendra simplement, une fois, une discrimination repérée *prima facie*, à constater que le fondement réel n'est pas le facteur mais un ensemble de considérations qui légitiment une classification superficiellement basée sur un facteur prohibé. Mais, toute évolution abusive vers un simulacre de justification de ce genre aboutirait indéniablement à mettre en cause les fondements mêmes du concept de discrimination en

63. On trouvera des positions contradictoires à ce sujet dans *Frontiero c. Richardson*, (1973) 411-US-677 et *Kahn c. Shevin*, (1974) 416-US-351.

introduisant la contradiction au coeur de la norme. Une telle évolution est toujours à craindre et ne saurait être évitée que par une grande prudence dans la relativisation qui repose sur la classe touchée, même seulement au stade de l'application.

iii— Discrimination bénéfique et maléfique

Enfin, l'intentionnalité permet aussi de distinguer entre discrimination bénéfique et maléfique. La première favorise une classe alors que la seconde impose un fardeau à une classe. De nombreuses lois canadiennes sont ainsi rédigées⁶⁴ qu'elles permettent de conclure qu'il n'y a vraiment discrimination que là où l'acte de quelqu'un porte atteinte à la dignité de la personne qu'il vise.

Ça n'est pas le cas de la Charte québécoise. Son article 10 prohibe expressément la «préférence» fondée sur l'un ou l'autre des facteurs y mentionnés. Sans doute y trouve-t-on, depuis⁶⁵, un ensemble de dispositions autorisant, dans certains cas, des programmes d'accès à l'égalité, mais leur présence ne change rien au principe général sous la Charte. La Charte québécoise prohibe donc la classification fondée sur un facteur interdit et opérant dans un domaine visé par la loi sans exiger ce caractère maléfique que le langage courant tend à prêter à la discrimination.

Que penser des deux thèses en présence: celle selon laquelle il n'y a discrimination que par défaveur et celle selon laquelle les faveurs créent discrimination. L'intérêt pratique de l'issue d'une telle confrontation ne doit pas être sous-estimé. Il me semble ressortir particulièrement bien de l'examen des conclusions opposées auxquelles ces deux approches doivent logiquement aboutir en ce qui a trait à la question de l'intérêt pour poursuivre et à celle de la sanction ou du remède approprié.

Les partisans d'une conception de la discrimination reposant sur le critère et les classes seulement acceptent volontiers qu'une

64. On trouve dans plusieurs textes des formulations qui traitent de discrimination «against» quelqu'un. Voir en ce sens *Loi sur les droits de l'homme du Nouveau-Brunswick*, art. 3(1); *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, art. 3, 4, 5; *Alberta Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. 1-2, art. 3, 4, 7; *Saskatchewan Human Rights Code*, art. 10, 11, 12, 15, 16; *Manitoba Human Rights Act*, art. 3, 4, 5; *Ontario Human Rights Code*, art. 1, 2, 3, 4; *Nova Scotia Human Rights Act*, art. 5, 6; *Prince Edward Island Human Rights Act*, art. 2, 3, 4; *Newfoundland Human Rights Code*, art. 8, 9; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33, art. 5, 6, 7.

65. Il s'agit des articles 86.1 à 86.10 (L.Q. 1982, c. 61, art. 21).

personne entrant dans une classe visée s'adresse aux tribunaux pour faire apprécier la discrimination dont elle est victime, que la norme qui la vise lui confère avantage ou désavantage relatif. Aux yeux de ces gens, ce dernier aspect n'entre guère en ligne de compte en ce qui a trait à la suffisance d'un intérêt. Sans doute l'importance de l'avantage ou du désavantage pourra-t-elle ensuite jouer un rôle au stade d'une appréciation de la raisonnable d'une norme donnée, mais la nature immédiatement avantageuse ou désavantageuse d'une norme ne joue aucun rôle quant à la décision relative à l'intérêt du plaignant. À l'opposé de ceux-ci les défenseurs d'une vue de la discrimination qui fasse jouer un caractère immédiatement désavantageux de la norme un rôle essentiel dans l'établissement d'une discrimination ne concluront à la présence d'un intérêt suffisant que là où un caractère désavantageux apparaîtra. Tout demandeur qui prétendra se plaindre de discrimination sans pouvoir satisfaire le tribunal du désavantage immédiat dont la norme en question l'accable en tant que membre d'une certaine classe se verra écarter. Le tribunal n'aura même pas à s'engager dans l'examen de la rationalité ou de la raisonnable d'une norme dont le caractère discriminatoire n'aura pas été ainsi établi.

Des conclusions toutes aussi diverses seront tirées par chaque groupe en ce qui regarde le remède à apporter à la discrimination. Il semble que ceux qui excluent la nécessité du caractère désavantageux d'une norme pour conclure à la présence d'une discrimination se trouvent dans une situation plus difficile. Ceux-ci, en effet, devront examiner tout autant les normes avantageuses que désavantageuses et en arriveront éventuellement à un verdict de discrimination face à des cas de chaque espèce. Comment alors procéderont-ils au rétablissement de l'égalité? En abolissant la norme désavantageuse ou la norme avantageuse, en hissant l'ensemble des sujets des classes opposées au niveau de satisfaction des mieux traités ou en les ramenant au niveau de la moindre satisfaction? L'une et l'autre solutions paraissent également justifiables dans la mesure où la discrimination réside dans la différence relative des normes. Il faudra donc chercher dans les révélations qu'apportera la recherche de rationalité ou de raisonnable les éléments permettant de décider de la direction que devra prendre l'opération égalisatrice. Au contraire, la tâche paraîtra plus facile à ceux qui ne peuvent trouver de discrimination que là où quelqu'un se plaint d'une norme qui lui est relativement désavantageuse. Dans un tel cas, le remède à la discrimination doit nécessairement résider dans une amélioration du sort du demandeur et de ceux qui le partagent. Nous nous trouvons donc devant deux situations fort

différentes. Ces conséquences pratiques de l'adhésion à l'une ou l'autre des conceptions de la discrimination susmentionnées en révèlent l'intérêt et nous justifient d'en mesurer brièvement les mérites théoriques comparés.

Ce genre d'étude ne saurait aboutir à quelques résultats satisfaisants que si elle porte directement sur les fondements mêmes des deux thèses en présence. À nous en tenir à une appréciation reposant sur les effets de ces thèses l'on arrive, en effet, à une impasse. Ainsi, serait-on enclin à préférer la thèse neutre⁶⁶ si l'on devait choisir en fonction des solutions qu'elle entraîne en ce qui a trait aux remèdes. Les défenseurs d'une conception qui ne discerne la discrimination que dans la norme causant désavantage relatif doivent logiquement proposer que la différence dans les normes soit aplanie par l'abolition de la norme relativement désavantageuse dans tous les cas. Un tel automatisme dans l'extension à tous du privilège de quelques-uns paraît bien simpliste et artificiel. L'ouverture égale à des solutions d'abolition des avantages et des désavantages, ouverture caractéristique de la solution neutre, semble autrement mieux adaptée, par sa souplesse même, à un contrôle ne visant rien de moins que l'activité législative elle-même, et s'impose comme la meilleure formule.

D'autre part, les conséquences qu'entraîne la solution neutre sur la détermination de l'intérêt à poursuivre me paraissent bien en exiger le rejet. Alors que celle-ci ne voit aucun inconvénient à reconnaître un tel intérêt tant aux bénéficiaires d'avantages relatifs qu'aux victimes de désavantages relatifs, la conception de la discrimination-désavantage perçoit un tel intérêt que chez les secondes. Il faut reconnaître que cette dernière approche s'accorde mieux avec les principes traditionnels régissant ce domaine du droit. L'intérêt pour poursuivre, s'il était étendu à l'ensemble des contribuables ou des citoyens, y compris ceux qui tirent profit de la situation, ne pourrait sembler défendable que s'il était légitime d'assimiler ces recours à certaines contestations portant sur la constitutionnalité des lois au regard de l'A.A.N.B. C'est douteux. Il faut donc conclure que l'examen des seuls effets des thèses en présence ne permet pas d'accorder une préférence absolue à l'une ou l'autre.

66. Je désigne ainsi la conception voulant que la discrimination apparaisse tout autant dans la norme conférant un avantage relatif que dans celle imposant un désavantage relatif.

Je crois cependant qu'une recherche axée sur les fondements des différents points de vue justifie un choix net en faveur de la conception neutre. Quels sont ces fondements? Si l'on s'arrête à chercher quelle idée de la discrimination se cache derrière chacune des conceptions en cause l'on peut discerner deux approches radicalement opposées par le lieu où elles situent la discrimination. La première, celle selon laquelle la discrimination s'exprime sans la norme désavantageuse seulement, se caractérise par la concentration de l'attention au niveau de la norme elle-même. Puisque la discrimination réside dans la norme désavantageuse, c'est que la discrimination est une réalité qui apparaît au stade même de la norme. La seconde conception repose sur une perception totalement autre puisqu'elle exprime une indifférence à un choix entre normes au point de justifier le recours de celui qui bénéficie de la norme avantageuse. Cette indifférence même révèle que le phénomène discriminatoire tel que perçu selon cette seconde vision réside plutôt dans le rapport des normes. C'est précisément parce qu'une telle conception situe la discrimination dans le rapport des normes qu'elle ne s'oppose en rien à ce qu'un bénéficiaire d'avantage intente le recours antidiscriminatoire. Dans cette perspective, en effet, tous ceux qui sont impliqués par les normes conférant avantage ou désavantage à des personnes identifiées selon des critères interdits apparaissent comme également victimes d'une discrimination qui découle de la différence de normes elle-même. Une fois cette différence de point de vue perçue, l'on doit se demander lequel rend le meilleur compte du phénomène discriminatoire. À cette fin, il convient de vérifier laquelle de ces deux perceptions sous-tend les diverses visions possibles de la discrimination. Quatre perspectives semblent dominer ces visions, chacune s'attachant à un aspect du mécanisme complexe par lequel naît la discrimination et par lequel le droit la combat. Ces aspects relatifs à la naissance de la discrimination sont l'acte créateur et le résultat qu'il produit. Ceux qui concernent l'action du droit sur le phénomène sont la notion de victime et le sens de la sanction applicable à la discrimination.

Si l'on définit la discrimination d'abord par l'acte qui la fait apparaître, on est nécessairement entraîné vers une conception neutre de celle-ci. Le seul trait distinctif d'une norme créant discrimination est en effet d'apparaître en second lieu par rapport à une autre norme visant d'autres personnes quant aux mêmes questions. Son effet est alors d'établir la relation avantage-désavantage sans laquelle il ne saurait y avoir de normes relativement avantageuses ou désavantageuses. L'établissement de ce rapport résulte tout aussi bien de l'apparition d'une norme relativement désavantageuse

qu'avantageuse. Aussi, ceux qui préféreraient décider de la discrimination en cherchant non pas quel est le caractère relatif d'une norme mais quelle est la norme qui a produit une relation d'inégalité, opteraient-ils indifféremment pour des normes conférant un avantage ou désavantage relatif. Leur définition repose essentiellement sur le rapport apparaissant alors et n'a rien à voir avec le caractère relatif de la norme. Cette définition participe donc de la même approche que celle qui juge également discriminatoires les normes relativement avantageuses et relativement désavantageuses.

L'étude de la définition reposant sur l'effet global de la norme plutôt que sur son rôle créateur de différence de traitement conduit au même résultat. Qu'arrive-t-il, en effet, dans un tel cas? Les partisans de cette conception estimeront que la discrimination ne s'exprime pas dans un acte pris séparément ou mis en rapport avec certains qui le précèdent ou le suivent. Pour eux, il y aura discrimination dans l'ensemble constitué de deux normes différentes visant certaines personnes identifiées par des critères interdits. L'adoption d'une telle façon de voir les mènera à autoriser tant ceux jouissant de l'avantage relatif que ceux subissant un désavantage relatif à se plaindre du rapport discriminatoire. Elle ne préjuge en rien de la direction que devra prendre la sanction égalisatrice puisque le phénomène global disparaîtra tant par une égalisation améliorative que diminutive. L'on voit clairement qu'une telle conception rejoint fondamentalement une vue de la discrimination d'abord axée sur le rapport des normes plutôt que sur les normes elles-mêmes.

Si l'on passe à l'examen des définitions de la discrimination qui reposent sur l'analyse des rapports du droit et du phénomène discriminatoire, la réflexion sur les remèdes semble bien confirmer ma préférence pour une conception neutre. J'ai déjà indiqué que l'avantage ou le désavantage relatif dans lequel certains voient la discrimination peut être aboli tout aussi efficacement par une disparition de la moins avantageuse des normes que par une abolition de la plus avantageuse. Puisque tel est le cas, ne peut-on conclure que la discrimination ne réside guère dans le caractère d'avantage ou de désavantage relatif d'une norme mais plutôt dans la relation même. C'est en tout cas la conclusion à laquelle arrive toute réflexion puisant dans la modalité même du remède l'indice déterminant de ce qu'est la discrimination. Cette voie conduit donc, comme les deux précédentes, à privilégier le rapport différentiel aux différences mêmes qu'il relie.

La seule démarche dont les conclusions s'écartent de celles qui précèdent est celle qui prétend découvrir l'essence de la discrimina-

tion à partir d'une identification de la victime. Si l'on se demande, en effet, qui subit le préjudice découlant de normes d'inégale rigueur visant des personnes différentes quant à un même sujet, il faut bien conclure qu'il s'agit de celui ou celle à qui la norme la plus désavantageuse s'adresse. Si l'on fait de ce fait l'élément indicateur premier de la nature de la discrimination, l'on conclura que celle-ci apparaît dans la norme désavantageuse. Une telle conclusion situe donc la discrimination au niveau des normes et non pas au niveau du rapport différentiel les reliant.

Des quatre démarches envisagées, une seule préfère définir la discrimination au plan de la norme même dont le caractère devient alors déterminant. Toutes les autres se révèlent indifférentes au caractère même de la norme car elles placent la discrimination dans la relation inégalitaire révélée par la comparaison de normes. Dans ces conditions, il me semble justifié de préférer la conception neutre et de considérer qu'une norme relativement avantageuse manifeste tout autant la discrimination qu'une norme désavantageuse.

Il reste à corriger une impression cependant. J'ai suggéré plus haut⁶⁷ que la conception neutre paraissait contraire aux attentes du réalisme parce qu'elle se montrait également accueillante aux recours de personnes bénéficiant d'une norme relativement avantageuse et à ceux des victimes de normes relativement désavantageuses. Cette contradiction n'est que superficielle comme le révèle une claire intelligence du concept de discrimination qui sous-tend la conception neutre. Ce concept fait du rapport différentiel l'essence même de la discrimination. Puisqu'il y a discrimination là où existe un tel rapport différentiel, toute personne touchée par quelques normes manifestant celui-ci en est victime. Comme cette manifestation de la différence prend tout aussi bien la forme de la plus avantageuse des normes mises en rapport que celle de la plus désavantageuse, il est logique de reconnaître, à quiconque est ainsi visé, le droit de se plaindre, non pas de la norme qui le régit mais de la relation qu'elle entretient avec une norme autre visant d'autres personnes quant au même sujet et émanant de la même autorité normative. Qu'il ne se plaigne pas nécessairement de la norme qui le régit mais bien plutôt du rapport susmentionné ressortira d'ailleurs clairement de l'éventail de solutions disponibles en ce qui regarde les sanctions. Celles-ci peuvent, par exemple, prendre la forme d'une abolition de la norme visant les autres personnes.

67. Voir *supra*, p. 52.

Dans un tel cas, la réparation obtenue ne soustrait en rien le demandeur à la norme qui vise. Elle abolit simplement l'inégalité juridique révélant ainsi clairement en quoi résidait la discrimination. Aussi faut-il reconnaître que toute doctrine de la discrimination qui tend à enfermer celle-ci dans la norme désavantageuse doit être écartée en raison des conclusions par trop mécaniques qu'elle privilégie quant aux remèdes, et de son incompatibilité avec le point de vue contraire sur lequel repose la plupart des manières de définir la discrimination.

B- DISCRIMINATION ET EXPLICITATION

Considérées dans la perspective de l'explicitation, les distinctions discriminatoires peuvent être de jure ou de facto, médiates ou immédiates, directes ou indirectes.

i- Discrimination de juré et de facto

La discrimination *de facto* apparaît lorsque l'absence de distinction entre individus soumis à la même norme révèle l'inégalité régnant entre eux. La discrimination de juré exige au contraire l'apparition d'une distinction. Les partisans de la discrimination *de facto* concluent au caractère discriminatoire d'un acte si, sans différencier lui-même, il manifeste une distinction prohibée. L'on en arrive ainsi à juger discriminatoire le traitement égalitaire parce qu'il perpétue les effets de discriminations anciennes. Apparaît donc une exigence de distinction fondée sur une conception dynamique de la discrimination.

Certains croiront que cette conception ne se distingue guère de la notion objective de discrimination dont nous avons traité plus haut à propos d'intentionnalité. Mais, en réalité, une conception objective se distingue nettement d'une conception qui inclut la discrimination *de facto*. La première repose sur la conclusion qu'il y a une classification sous couvert de neutralité et demande l'annulation simple sauf excuses très sérieuses⁶⁸. La seconde reconnaît l'absence de classification dans l'acte étudié, mais aboutit à une demande de distinction. Cette dernière approche, fort exigeante, s'est développée aux États-Unis à l'occasion de disputes constitutionnelles rela-

68. Ainsi, dans *Griggs c. Duke Power CO.*, (1971) 91, S. Ct. 849, l'on a exigé de tests apparemment neutres imposés à des travailleurs qu'ils soient directement reliés à l'exécution des tâches en vue desquelles ils étaient utilisés.

tives au fardeau imposé à l'État par la clause d'«equal protection of the law» du 14^{ème} amendement. Il est évident que le fait que l'État soit impliqué et que la disposition soit rédigée en termes faisant appel à sa vocation de protecteur ne sont pas étrangers à une telle évolution. Mais est-elle autorisée par la Charte québécoise?

L'article ne vise pas seulement l'État, et son libellé ne prête pas aussi facilement à une interprétation aussi généreuse. Aussi ne croyons-nous pas qu'il puisse justifier le recours à une conception aussi activiste que celle-ci. Sous l'article 10, il y a discrimination là où l'on distingue, exclut, ou préfère. Il nous paraît difficile d'en inférer un devoir de distinguer, exclure ou préférer pour corriger les retombées des discriminations commises par d'autres.

Que la lecture que nous proposons s'impose ou non, elle ne paraît pas répréhensible. Sans doute aurait-on pu songer à édicter deux normes antidiscriminatoires, l'une visant l'État, l'autre les particuliers, et rendre la première exigeante au point de permettre aux juges d'exiger la distinction quand ils l'auraient jugée requise. Une telle solution leur attribuerait toutefois un rôle disproportionné et menacerait la cohérence de l'ordre antidiscriminatoire. Il s'agit, en effet, d'imposer aux juges la tâche de préciser les nuances que le pouvoir public doit établir dans ses interventions normatives. C'est bien plus que le pouvoir de s'opposer à une action étatique. D'autre part, ce pouvoir prend la forme d'une demande de distinguer qui met en cause la conception générale de la discrimination. Si une conception raffinée de la justice peut justifier une telle vision de l'idéal antidiscriminatoire, nous pensons que c'est au pouvoir politique qu'il revient de la mettre en oeuvre. La judiciarisation d'une telle fonction risque de mettre en cause éventuellement la légitimité d'un pouvoir judiciaire auquel on demanderait trop.

ii- Discrimination médiate et immédiate

Toujours selon le degré d'explicitation, les discriminations peuvent être médiate ou immédiate selon le rapport qu'elles ont avec un facteur de distinction prohibé par la loi. Une classification est immédiatement discriminatoire si son rapport est immédiat avec un tel facteur. Ainsi en est-il si une norme vise uniquement les femmes et que la loi prohibe le recours au facteur sexuel. Elle serait médiatement discriminatoire si son rapport n'était pas évident, du point de vue sémantique, avec un facteur prohibé. Ainsi, serait-ce le cas si le fait de viser les personnes enceintes uniquement constituait de la discrimination sexuelle.

À n'en pas douter, la formulation de l'article 10 de la Charte permet au juge de déceler, derrière l'usage ostensible d'un facteur irréprochable, le recours réel à un facteur prohibé. On y protège, contre des distinctions, exclusions, ou préférences fondées sur certains facteurs. Un tel libellé autorise à se satisfaire de la réalité du lien entre une classification ostensible et un facteur prohibé pour conclure à discrimination. La jurisprudence sous la Charte ne permet pas de percevoir sûrement l'attitude que les tribunaux adopteront. Ainsi, dans *C.D.P. c. Aristocrat Apartment Hotel*⁶⁹, a-t-on écarté une demande d'injonction interlocutoire reposant sur la prétention que l'annulation d'un contrat de travail pour grossesse était de la discrimination sexuelle. Mais le juge a insisté sur le fait que la loi ne permettait d'émettre l'injonction qu'au cas d'apparence de droit. Il jugeait que la réclamation aboutissait à instaurer un régime de congé-maternité applicable à tout contrat individuel de louage de services. Il estimait qu'il y avait là un énorme chambardement et concluait: «l'utilisation du mot 'sexe' ne paraît pas suffisant en une matière aussi complexe». Toutes les serveuses à l'emploi de l'intimé étaient par ailleurs de sexe féminin. Il semble bien que l'on ait abordé la question de la discrimination médiate en termes absolus en prétendant que viser la classe des personnes enceintes était, en toute hypothèse, discriminer sexuellement. Le recours à une proposition aussi générale explique probablement la réaction négative de la Cour, en particulier dans le cadre d'un recours en injonction interlocutoire. Aussi ne saurait-on inférer un refus absolu de discerner des discriminations médiates à partir d'une telle décision. Quant à nous, nous optons pour une approche réaliste dans la recherche d'une discrimination. Il ne faudrait donc pas interdire au tribunal de chercher à vérifier si l'usage ostensible d'un facteur non prohibé ne constitue pas un camouflage pour exclure certaines classes contre lesquelles la discrimination est prohibée. Aussi, les effets fortement disproportionnés de certaines distinctions légitimes sur des classes repérables par des facteurs prohibés (race, sexe) autorisent-ils, à notre avis, à pousser l'investigation ou à renverser des fardeaux comme on le fit dans *Griggs c. Duke Power Co*⁷⁰.

Le problème du déguisement de la discrimination est très important et doit nous retenir. L'opposition entre discrimination immédiate et médiate, ou ostensible et occulte, ne concerne pas des

69. (1978) C.S. 1073. Au même effet: *C.D.P. c. Société canadienne des métaux Reynolds Ltée*, (1981) 2 C.H.R.R. D/532, *Nye c. Burke*, (1981) 2 C.H.R.R. D/538.

70. (1971) 91 S. Ct. 849.

divergences de vues sur le concept de discrimination, mais plutôt sur le repérage de la discrimination. Pour les uns, la discrimination doit être immédiate. Pour les autres, elle ne peut être que médiate. Alors que la discrimination immédiate manifeste clairement le critère sur lequel elle repose, la discrimination médiate paraît fondée sur un autre critère et ne révèle son véritable fondement qu'au second regard. Cette opposition entre diverses formes de discrimination revêt une extrême importance dans le cadre d'un ordre juridique où certains critères de distinction seulement sont bannis. Cet intérêt demeure grand là où une interdiction d'inégale rigueur s'applique aux discriminations selon les critères sur lesquels elles reposent. Par ailleurs, là où toute distinction est en principe interdite avec une égale force, le législateur ne peut échapper à l'obligation de se justifier en choisissant un critère au lieu d'un autre et il est moins utile de chercher à découvrir s'il n'a pas eu recours à un principe de distinction qu'il camoufle sous un autre admis par l'ordre juridique auquel il est soumis. Aussi, paraît-il doublement utile de nous arrêter au problème du déguisement des critères de distinction. Ce dernier peut prendre une importance très considérable là où l'on ne prohibe que certaines distinctions puisque l'identification du critère décide alors de la soumission au contrôle judiciaire. Il peut par ailleurs prendre une importance moindre mais non secondaire là où l'identification du critère réel d'une distinction, sans décider de l'ouverture ou de la non-ouverture au contrôle judiciaire, permet de déterminer, au long d'une échelle graduée de rigueurs, laquelle est de mise.

Afin de saisir quelle démarche permettra de déceler sous une distinction apparente le critère réel qui la sous-tend, il faut d'abord décrire d'une façon générale mais abstraite le mécanisme d'occultation. Ce mécanisme est toujours le même. Il se résume comme suit. L'auteur d'une discrimination médiate recourt ostensiblement à un facteur de distinction autorisé pour opposer entre elles certaines personnes. Il arrive toutefois que, dans l'hypothèse d'une discrimination désavantageuse, le groupe exclu de la portée de la norme pourrait tout aussi bien être constitué par l'utilisation d'un critère interdit⁷¹. Le groupe visé par la norme désavantageuse apparaît au contraire comme une subdivision d'un groupe que révélerait l'utilisation du critère interdit, subdivision opérée par l'application du critère auquel le législateur a ostensiblement recours. L'analyse critique révèle alors toutefois que le critère ostensible est en réalité

71. Ainsi est-ce le cas des femmes qui peuvent encourir l'exclusion pour raison de sexe par l'effet d'exigences quant au poids ou à la grandeur.

appliqué de façon sélective à une classe repérée grâce à une discrimination interdite. L'on a donc en réalité affaire à une discrimination complexe où deux critères se conjuguent pour permettre l'identification d'un groupe. Ce dernier ne serait pas le même si l'on utilisait seulement l'un ou l'autre des critères combinés. L'un et l'autre sont donc efficaces et il suffit que le critère préalable et occulte, celui qui restreint le champ d'application du critère ostensible, soit interdit pour rendre la classification discriminatoire. Le qualificatif médiat paraît donc justifié pour désigner un effet qui ne saurait résulter du seul critère ostensible mais découle plutôt de la réelle subordination de celui-ci à un critère interdit qui en limite la portée.

Comme la description précédente des circonstances menant à la découverte d'une discrimination médiate a le vice de l'abstraction, il convient d'illustrer par un exemple puisé dans la jurisprudence canadienne. L'on sait qu'il y eut longtemps dans le droit pénal canadien une infraction de vagabondage ainsi décrite au Code criminel:

«Every one commits vagrancy who (c) being a common prostitute or night walker is found in a public place and does not, when required, give a good account of herself...»⁷²

La première constatation qu'un juriste normalement informé tirait de la lecture d'une telle disposition était que les hommes n'étaient pas touchés par cette description du vagabondage. Les «common prostitute» étant considérées par le droit anglo-canadien comme ne pouvant être que des femmes, la restriction de la disposition à celles-ci entraînait en effet la nécessaire exclusion des hommes. Dès que cette constatation était faite, la situation que j'ai décrite plus haut apparaissait. En effet, dès lors la distinction entre «common prostitute or night walker» et d'autres personnes qui ne le seraient pas suscite la question que j'ai mentionnée: Ne s'agit-il pas d'une distinction en deux temps, opposant d'abord hommes et femmes par l'utilisation du critère sexuel, et appliquant ensuite aux seules femmes un second critère de distinction opposant les «common prostitute or night walker» aux autres femmes? Une fois posé ce problème, il faut simplement rappeler qu'il connaît deux solutions. Ou bien seules les femmes peuvent être «common prostitute or night walker» ou les hommes et les femmes le peuvent également. Si la première réponse est fournie, nous devons conclure que la distinction ostensible est la seule qui ait joué en l'espèce et il

72. Code criminel, Statuts canadiens, 1953-54, c. 51, art. 164(1) (c).

n'y a pas eu de discrimination sexuelle. Si c'est la seconde, il faudra au contraire conclure à discrimination sexuelle.

Il faut noter que l'apparition d'une discrimination médiate ne se manifeste pas toujours sous la forme très pure que je viens de décrire. Il arrive que la distinction ostensible n'ait pas l'effet d'exclusion de manière absolue un groupe dont l'identification procède de l'application d'un critère interdit. Elle peut aboutir simplement à une exclusion approximative d'un tel groupe. Dans un tel cas, le soupçon peut être justifié. La conclusion selon laquelle il s'agit de discrimination résultant du critère interdit s'imposera si l'on constate que le groupe visé par la règle est à peu près exclusivement constitué de personnes d'un groupe repérable par l'application d'un critère interdit. La jurisprudence canadienne fournit une excellente illustration de ce procédé⁷³. Il s'agissait d'une règle ayant comme caractéristique de viser les personnes sur les réserves indiennes. À première vue, une disposition de cette nature a pour effet concret de peu concerner les non indiens puisque les indiens sont les seuls à résider dans les réserves. Mais elle n'exclut pas absolument les non indiens. Le fait que son effet concret est de s'appliquer à peu près exclusivement aux membres d'une race justifie toutefois d'y voir une discrimination raciale. Sous le couvert d'une distinction entre une activité se déroulant dans une réserve et une autre se déroulant à l'extérieur l'on découvre, en réalité, une première distinction entre indiens et non indiens, laquelle est complétée par une opposition réelle entre indiens vivant dans une réserve et indiens ne vivant pas dans une réserve. Dans un tel cas, nous ne pouvons prétendre avoir affaire à une discrimination raciale médiate simple. Le critère ostensible n'a pas cette propriété d'immuniser tous les non indiens ou de ne viser que des indiens, mais simplement d'immuniser presque tous les non indiens et de ne viser, à toutes fins pratiques, que des indiens. Il convient donc de parler ici de discrimination médiate concrète et de lui opposer la discrimination médiate logique dont j'ai décrit le fonctionnement plus haut. Elle ne se distingue d'ailleurs de cette dernière qu'en ce qu'elle ne comporte pas une exclusion absolue, mais simplement approximative d'un groupe identifiable par l'application du critère interdit. Ce caractère approximatif ne doit cependant pas faire perdre de vue l'effet globalement identique à celui d'une discrimination médiate logique. Tout se passe en réalité à peu près comme

73. *Regina c. Whiteman*, (1971) 2 W.W.R. 316.

si on avait distingué indiens et non indiens et ensuite distingué entre les premiers selon qu'ils posaient tel geste dans une réserve ou non. La quasi-coïncidence des effets ne peut être oubliée sous prétexte que la logique est sauve parce qu'un non indien pourra, dans un cas exceptionnel, poser le geste visé sur le territoire d'une réserve.

Une fois distinguées, les deux formes générales que peut prendre une discrimination médiate, la logique et la concrète, il faut pousser l'étude au-delà et chercher à identifier les voies permettant de résoudre la question centrale soulevée par ces types de discrimination: comment déterminer si un critère ostensible ne recouvre pas en réalité la conjugaison de deux critères dont l'un est d'usage interdit? Comment parvenir à vérifier ou faire taire ses soupçons quand l'on découvre que les hommes sont exclus de l'infraction de vagabondage et que les non indiens sont à peu près exclus d'une infraction consistant à boire des boissons alcooliques dans une réserve indienne par exemple? Il faut d'abord comprendre que la question alors posée consiste à se demander si le domaine naturel d'application du critère ostensible n'est pas circonscrit par l'application préalable ou concomitante d'un critère interdit. Ainsi s'agit-il dans le cas du vagabondage de vérifier si les personnes à qui s'applique réellement la distinction entre personnes se livrant au vagabondage et celles ne s'y livrant pas sont bien celles auxquelles s'applique la distinction. Dans le cas de la consommation d'alcool dans une réserve ou hors d'une réserve, il s'agit de vérifier si ce critère se trouve utilisé sans restriction ou s'il est au contraire concrètement limité à une partie seulement de son champ naturel d'application: les Indiens.

Il est utopique de chercher ici à proposer une démarche exhaustive et infaillible qui mènerait à coup sûr à une conclusion irrésistible sur la présence ou l'absence du recours à un critère interdit consciemment ou inconsciemment dissimulé sous l'utilisation ostensible d'un critère autorisé. Tout au plus peut-on suggérer une approche, et mettre en garde contre certains pièges. L'attitude la mieux adaptée à la situation consiste à chercher comment le critère autorisé et ostensible pourrait s'appliquer à des personnes qui, à première vue, lui échappent, personnes qui, nous l'avons plusieurs fois signalé, pourraient tout aussi efficacement être écartées par un recours exprès à un critère interdit. Il y a, dans cette approche, une sorte de parti pris qui vient du soupçon engendré par la coïncidence entre les deux procédés d'exclusion susmentionnés. Ce parti pris s'exprime dans une tentative de dépasser les conclusions auxquelles un premier examen a abouti. Ces conclusions font croire à une pure coïncidence. Le dépassement consiste

précisément à ne pas se rendre volontiers à cette conclusion première, à la remettre en question en raison des résultats auxquels elle aboutit et qui recourent trop justement ceux auxquels conduit l'usage d'un critère interdit.

Certains trouveront illégitime ce second regard appliqué à une distinction qui n'a rien révélé de répréhensible au premier examen. Ils y verront l'expression d'une sorte de parti pris antidiscriminatoire qui mène à trouver de la discrimination là où il n'y en a pas. Il ne faut pas nier qu'une telle appréciation puisse se trouver vérifiée dans bien des cas où des juges se laisseront trop vite emporter à des conclusions hâtives sur la seule foi d'une coïncidence derrière laquelle ils découvriront trop aisément le signe certain de la conjugaison interdite d'un critère prohibé et d'un critère autorisé. Un tel point de vue paraît cependant excessif et inapproprié dans le cadre d'un ordre juridique où un ensemble de critères de distinction sont prohibés. J'estime que le réexamen d'une distinction qui n'a rien révélé de répréhensible à première vue, s'il témoigne d'un zèle excessif lorsqu'on prétend généraliser, découle naturellement de l'esprit d'un système juridique antidiscriminatoire, lorsqu'il repose sur la perception d'une coïncidence du type de celle évoquée plus haut.

J'estime même que l'esprit d'un tel système justifie davantage qu'un réexamen de la distinction ostensible et autorisée. Celui-ci, en effet, ne saurait rien changer au problème s'il est mené comme le fut le premier. Il faut donc préciser l'esprit de ce réexamen, un esprit de méfiance qui conduit à chercher, non pas par tous les moyens, mais avec une sorte de présomption favorable, si la distinction ostensible ne pourrait pas étendre sa portée au-delà du domaine réduit auquel ses effets s'appliquent à première vue. Qu'une présomption vienne marquer ce réexamen, voilà qui suscitera sans doute une plus grande surprise que l'idée d'un réexamen! Je crois cependant qu'une telle attitude n'a rien d'étonnant si l'on adopte une conception réellement cohérente d'un ordre antidiscriminatoire. Si celui-ci juge bon de prohiber le recours à certains critères d'une façon générale ou eu égard à certains droits c'est qu'il juge non pertinente la distinction reliée à ce critère. Ne s'ensuit-il pas que les organes d'application d'un tel droit doivent chercher à bannir le plus totalement possible tout ce qui confirme en quelque manière la pertinence d'une distinction reposant sur un tel critère? Or n'assistons-nous pas précisément à une manifestation de cette pertinence chaque fois qu'une distinction autorisée prétend ne concerner qu'un groupe ou ne pas concerner un groupe dont l'identification résulterait par ailleurs directement du recours à un

critère interdit. Ne faut-il pas, par exemple, dans un ordre juridique où la distinction sexuelle est généralement bannie parce que non pertinente, qu'une méfiance réelle existe à l'endroit de toute distinction dont l'effet coïncide en quelque sorte avec celui que produit une distinction reliée à ce critère? Je le crois. En effet, la plus solide raison qu'un droit puisse fournir de sa légitimité demeure la démonstration de l'harmonie la plus complète entre ses distinctions et celles suggérées par la réalité. Or il est tout aussi juste de prétendre que la meilleure justification d'un ordre juridique en tant que non discriminatoire est de convaincre de l'absence la plus totale possible d'un domaine naturel d'application du critère dont il bannit l'utilisation normative ou explicite. Sa légitimité paraît d'autant moins convaincante que paraît large le domaine où les faits témoignent de la distinction dont le droit défend l'usage. Il faut donc considérer qu'un droit qui bannit l'utilisation de certains critères de distinction, surtout s'il le fait de façon générale, repose sur une prétention première selon laquelle les faits ne justifient généralement pas la validité du critère. Cette prétention n'a sans doute pas elle-même une valeur expressément normative. Il faudrait éviter de penser que le droit antidiscriminatoire doit aboutir à une négation normative des faits qui vont à l'encontre de cette prétention. Mais cette prétention autorise à présumer qu'une distinction apparemment factuelle est plutôt le fruit d'un choix délibéré d'un législateur ou d'une personne publique ou privée, choix que les apparences cachent au premier regard. Aussi faut-il conclure que la coïncidence évoquée plus haut justifie un réexamen de la distinction ostensible et autorisée, examen qui doit être mené sous l'influence d'une présomption défavorable puisque cette distinction va à l'encontre d'une prétention première sur laquelle repose inévitablement la prohibition du recours à certains critères de distinction.

Il ressort de l'étude de la jurisprudence sur la discrimination que la présomption défavorable dont je viens de justifier brièvement l'utilisation doit surtout s'exprimer par une méfiance à l'endroit des stéréotypes culturels dont la force de séduction atteint parfois un si haut degré que nous en venons à prendre pour évident et factuel ce qui, au second regard, s'avère une proposition éminemment contestable. Il s'agira donc pour celui à qui est confiée la responsabilité de scruter les actes de se mettre d'abord en garde contre la confusion du donné factuel et de la création culturelle. Cette méfiance sera d'autant plus justifiée dans les premières étapes d'établissement d'un ordre antidiscriminatoire. Durant ces phases initiales, en effet, le poids d'un passé récent où la perception des

faits bénéficiait de la connivence d'un droit abstentionniste ne saurait être sous-évalué. Durant ce passé, duquel était absente toute prohibition efficace des discriminations, se sont inévitablement élaborées des visions discriminatoires des rôles sociaux, visions qui ne sauraient s'effacer spontanément par la seule apparition de l'interdiction de discriminer. C'est donc une véritable entreprise de purification des perceptions culturelles à laquelle se trouve inexorablement appelés les responsables d'une mise en oeuvre lucide d'un ordre antidiscriminatoire.

Il reste que ceux à qui l'on se contenterait d'adresser une mise en garde générale contre le piège des stéréotypes culturels n'en percevraient guère mieux leur rôle. Aussi faut-il préciser quelque peu la technique interprétative la mieux adaptée à cette mission de dépistage inhérente à toute application un peu sophistiquée d'une politique antidiscriminatoire. Cela paraît possible à condition de ne pas prêter au terme « technique » une connotation d'automatisme dans le procédé et d'inévitabilité dans les résultats. Il s'agit plutôt, plus simplement, d'une manière de lire le droit ou les décisions publiques ou privées. La caractéristique de cette technique interprétative, ou de cette manière de lire, réside essentiellement dans un effort de décomposition du critère de classification suspect en ses éléments constitutifs, ou sa traduction parfaite ou approximative en un critère ou un ensemble de critères équivalents ou quasi-équivalents. En d'autres mots, il s'agit d'un effort pour exorciser le critère ostensible, effort qui s'engage dans une recherche de la substance par un procédé d'analyse décomposant le critère en sous-critères dont l'effet combiné aboutit à une distinction substantiellement identique à celle produite par le critère ostensible. L'exorcisme se continue par une application de ces sous-critères, application dont les résultats révéleront s'il y a eu conjugaison du critère ostensible et d'un critère interdit. Une telle conjugaison apparaîtra si l'application des sous-critères révèle que les personnes devant subir le préjudice ou bénéficier du privilège sous ces sous-critères ou ce critère approximatif peuvent indifféremment être ou ne pas être membre du groupe dont l'emploi du critère ostensible comporte l'exclusion automatique et apparemment accidentelle. Au contraire, l'on pourra estimer qu'il n'y a pas utilisation cachée du critère interdit si l'application des sous-critères entraîne une exclusion identique à celle résultant du critère ostensible.

L'on trouve un exemple intéressant d'une situation qui donnait prise à la technique interprétative décrite ci-haut dans la jurisprudence américaine concernant la question générale de la discrimination sexuelle. Le recours à cet exemple me paraît nécessaire

à une meilleure compréhension du procédé que je décris. Il s'agit de l'affaire *Geguldig v. Aiello*⁷⁴. On devait y juger de la constitutionnalité d'un programme étatique californien conçu au bénéfice des gens se trouvant dans l'incapacité temporaire de travailler à raison de «physical or mental disability». On excluait toutefois les femmes réclamant les avantages du programme pour perte d'emploi due à grossesse ou à toute complication en découlant. L'une des questions importantes était de décider s'il y avait là discrimination sexuelle. Pour le juge Brennan, dont les juges Douglas et Marshall partageaient l'avis, il ne faisait pas de doute qu'il y avait discrimination sexuelle dans ce cas nonobstant le fait que seules les femmes puissent être enceintes, circonstance induisant par ailleurs à penser qu'il s'agissait ici simplement d'une distinction non sexuelle. Or, les considérations sur lesquelles le juge Brennan appuie sa dissidence procèdent d'une manière de lire le programme californien selon la technique décrite plus haut. Il ressort clairement de ses propos qu'il a décomposé le critère ostensible, être enceinte ou ne pas l'être, en sous critères dont les deux plus visibles sont les suivants: avoir une incapacité reliée au sexe ou non, et avoir une incapacité volontaire ou non. Il a utilisé ces critères à la lumière de l'ensemble du programme. Ses constatations lui ont révélé que les maladies reliées au sexe masculin n'étaient pas exclues des indemnités prévues au programme. De même a-t-il découvert que les incapacités volontaires en elles-mêmes ne souffraient pas le refus absolu d'indemnisation. Il écrit ce qui suit sur le caractère volontaire des incapacités:

«Finally, compensation is paid for virtually all disabling conditions without regard to... voluntariness... Thus, for example, workers are compensated for... voluntary disabilities such as cosmetic surgery or sterilization...»⁷⁵

Il se fait plus ferme encore lorsqu'il s'agit du critère de la relation des incapacités au sexe:

«In my view, by singling out for less favorable treatment a gender linked disability peculiar to women, the State has created a double standard for disability compensation: a limitation is imposed upon the disabilities for which women workers may recover, while men receive full compensation for all disabilities suffered, including those that affect only or primarily their sex, such as prostatectomies, circumcision, homophilia, and gout. In effect, one set of rules is applied to females and another to males. Such

74. (1974) 417 U.S. 484. On trouve une excellente analyse critique de cette décision et de celle de la cour de district dans John D. JOHNSTON Jr., «Sex discrimination and the Supreme Court — 1971-74», (1974) 49 *New York University Law Review* 617, 673-688.

75. (1974) 417 U.S. 484, 499-500.

dissimilar treatment of men and women, on the basis of physical characteristics inextricably linked to one sex, inevitably constitutes sex discrimination.»⁷⁶

Il faut bien remarquer que, dans le contexte américain, la découverte d'une discrimination sexuelle ne suffit pas à invalider une loi. Encore faut-il apprécier la raisonnable de cette discrimination pour parvenir à un jugement final. La découverte d'une discrimination sexuelle selon le procédé illustré ci-dessus peut cependant entraîner des conséquences considérables dans le cadre de systèmes juridiques différemment conçus et qui excluraient, par exemple, de manière absolue toute discrimination sexuelle ou assujettiraient ces dernières à un contrôle judiciaire d'une plus grande rigueur.

La démarche du juge Brennan rappelée ci-haut n'avait pas le caractère explicite d'une recherche inspirée par une méfiance avouée des stéréotypes culturels. Ainsi ne trouvons-nous pas dans son analyse la description du stéréotype dont il se serait méfié ou qu'il aurait découvert au cours de son examen. Le professeur Johnston regrette cette discrétion ou cette naïveté dont fit montre le juge Brennan⁷⁷. Il révèle le stéréotype qu'il repère derrière l'incohérence qu'a mise à jour le juge Brennan:

«The California statute embodied the attitude that women who must leave their jobs to bear children are not really medically disabled. They are merely relinquishing a secondary social function in favor of their primary role, with the blessing and financial support of their husbands.»⁷⁸

Je ne crois pas qu'il faille insister pour que les responsables de la mise en oeuvre d'un ordre antidiscriminatoire décrivent ou mentionnent même le stéréotype qui se profile derrière le traitement variable accordé à des personnes identiquement situées. La détection de la discrimination médiate est complétée dès lors qu'est dévoilée l'inégalité dans la distribution des fardeaux ou des privilèges au regard du facteur prohibé. Sans doute l'identification de l'origine exacte de cette inégale répartition fournit-elle un éclairage accru sur les mécanismes discriminatoires, mais elle n'est pas absolument requise au travail de mise en oeuvre. On ne saurait cependant douter du rôle de stimulant à l'examen critique que peut jouer le soupçon contre un stéréotype clairement perçu.

76. *Ibid.*, p. 501.

77. J.D. JOHNSTON Jr., «Sex discrimination and the Supreme Court 1971-74», (1974) 49 *New York University Law Review* 617, 678-679.

78. J.D. JOHNSTONE, *op. cit.*, 680.

Il faut toutefois se garder d'un optimisme outré quant à l'accroissement de perspicacité pouvant découler d'un recours méthodique au réexamen d'un critère selon la formule décrite et illustrée précédemment. L'usage d'une telle technique, s'il peut parfois porter des fruits rapides et convaincants, ne peut souvent satisfaire un zèle bien intentionné qu'au prix d'une certaine distorsion dans l'utilisation. Deux cas me serviront de conclusion. Si je reviens au problème de l'infraction de vagabondage à laquelle j'ai fait allusion plus haut, il paraît aisé de découvrir une conjugaison de critères dont l'un est sexuel. Il suffit de traduire le critère ostensible, femme offrant ou non son corps aux fins d'une relation sexuelle contre rémunération, en termes équivalents dépouillés de leur exclusive référence au sexe féminin: personne offrant ou non son corps aux fins d'une relation sexuelle contre rémunération. Il apparaît aussitôt qu'une définition épurée d'une connotation sexuelle permet d'inclure tout autant des hommes que des femmes au rang des «common prostitutes et night walker» visés par l'infraction. Il s'agit d'un cas d'une extrême simplicité dans lequel le recours à des sous critères n'est pas requis, une traduction asexuée du critère sauvegardant la substance du critère et produisant un éclairage irrésistible. Le cas du viol présente une situation plus difficile. Voilà un crime qui ne tire pas son caractère masculin du seul rattachement culturel à la gent masculine. La description même qui en était donnée au Code criminel canadien, comme celle retenue dans la plupart des codes pénaux, en faisait un acte dont l'auteur ne pouvait être qu'un homme. Aussi ne suffit-il pas de reprendre la description de l'infraction et de la vider de toute connotation exclusivement masculine. Il faut plutôt traduire cette infraction en des termes qui en sauvegardent la substance et évaluer les effets comparés de l'usage d'un critère ainsi traduit et du critère traditionnel. C'est ce que n'hésitait pas à faire Lynne Smith qui écrivait à propos de la légitimité contestable de certaines discriminations sexuelles reposant sur des différences biologiques:

«There are certain arguments made to support such «proper» discrimination which at first appear convincing. First, what about rape and related offences? Surely these offences must be defined in terms of male offender. But why? If the offence is defined in terms of what one must do to commit it, exclusive of what one must be, it will still apply to all the men to whom it would have applied before, as well as applying to any women who do what amounts to the same thing.»⁷⁹

79. Lynne SMITH, «Comment», 6 *University of British Columbia Law Review* 442, 448.

L'auteur, on le voit, a dû achever sa proposition par un plaidoyer pour une définition non seulement démasculinisée mais approximative quant aux actes puisqu'elle parle de «what amounts to the same thing». Elle ajoutait en note que cette expression renvoyait «to what one sees as the essence of the offence» et concluait qu'au cas du viol, une définition de ce type se bornerait à assimiler ce dernier au «forcible unwanted sexual contact». Une telle suggestion soulèverait sans doute diverses réactions. Elle a le désavantage notable de n'atteindre à une définition asexuée que par un procédé qui sera volontiers perçu comme une négation de différences sexuelles qui font que la relation sexuelle imposée à l'homme ou à la femme se révèle différente. La traduction proposée illustre un usage abusif de la technique d'interprétation que j'ai défendue plus haut. L'erreur grave dont elle souffre consiste à pousser à l'excès l'épuration de l'infraction pour en arriver à un constat de discrimination sexuelle. Aussi faut-il mettre en garde contre un recours indiscipliné à une technique d'élucidation qui peut vite entraîner vers une antidiscrimination culturelle qui n'a rien à envier à la discrimination culturelle avec laquelle elle communique dans un irrespect remarquable des faits.

iii— **Discrimination directe ou discrimination indirecte**

Il existe une opposition subtile entre les actes discriminatoires dont la portée est directe et ceux dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par les répercussions qu'ils entraînent. Alors que les premiers établissent franchement ou clairement l'inégalité, les seconds ne font qu'instaurer une situation qui verra fleurir la discrimination. Je ne fais évidemment pas allusion à la propriété que peut avoir un type de distinction de servir de déguisement à une distinction interdite. Il s'agirait alors du procédé de la discrimination médiate dont la mécanique a été explorée plus haut. Le phénomène auquel je m'arrête ici prend la forme d'une norme ou d'une décision qui ne manifeste aucune discrimination au contraire de la situation caractéristique d'un recours à la discrimination médiate. S'il arrive que cette norme ou cette décision inoffensive produise la discrimination, c'est qu'elle possède en virtualité une signification discriminatoire qui peut se révéler de trois façons: par une conscience accrue de ses conséquences inhérentes réelles, par la conscience de l'impact discriminatoire qu'elle produit inévitablement en raison du contexte dans lequel elle s'inscrit, ou par l'usage discriminatoire généralisé qu'en feront les autorités administratives. Il faudra donc parler de trois types de discrimination indirecte: la discrimination inhérente, la discrimination contextuelle, et la dis-

crimination inductive. Chacune mérite un examen particulier car chacune témoigne d'une intensité variable de la relation entre la norme ou décision inoffensive et la répercussion discriminatoire qui lui est imputée.

1) La discrimination inhérente

Il convient de parler de discrimination inhérente au cas où l'approfondissement d'un acte normatif ou non normatif au dehors neutre en expose des effets discriminatoires nécessaires. Dans un tel cas, la relation perçue en est une de véritable causalité et il faut bien avouer que le qualificatif «indirect» n'a alors de sens que pour souligner le caractère subreptice de l'enchaînement par lequel émerge ultimement une discrimination. J'ajoute que la causalité dont il s'agit ne doit pas être conçue comme une pure causalité logique selon laquelle la discrimination découlerait *in abstracto* de la décision en cause, quelles que soient les circonstances dans lesquelles intervient cette décision. Il s'agit plutôt d'une causalité concrète ou sociologique qui s'évalue en fonction des personnes en cause dans un milieu réel. Sans doute serait-il possible de découvrir des causalités purement logiques permettant de conclure au caractère discriminatoire inhérent de certains types de normes mais tel n'est pas le sens que je donne à la discrimination inhérente dont je traite ici.

L'un des plus intéressants exemples d'une discrimination indirecte inhérente est offert par les normes ségrégationnistes. Celles-ci cantonnent certaines personnes dans un service réservé à elles seules, lequel est toutefois de qualité égale à celle des services du même genre offerts à d'autres personnes. C'est autour de ce type de normes que le débat relié à la doctrine du «*separate but equal*» fit rage longtemps aux États-Unis. Cette conception fut enfin rejetée, au moins partiellement, par la Cour suprême dans *Brown c. Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kan et al*⁸⁰, alors qu'elle avait reçu, cinquante-huit ans auparavant, l'approbation du même tribunal⁸¹. La ségrégation se présente en effet sous les traits de la neutralité car elle ne soumet pas diverses personnes à des traitements inégaux mais sépare ces personnes quant à ces traitements. Aussi le professeur Herbert Wechsler jugeait-il que la ségrégation en elle-même ne posait aucune question d'égalité:

80. 347 U.S. 483.

81. *Plessy c. Ferguson*, 163, U.S. 537 (1896).

«For me, assuming equal facilities, the question posed by state enforced segregation is not one of discrimination at all. Its human and its constitutional dimensions lie entirely elsewhere, in the denial by the state of freedom to associate, a denial that impinges in the same way on any groups or races that may be involved.»⁸²

D'un point de vue abstrait, ce jugement paraît incontestable. L'on peut en effet difficilement, au seul plan logique, démontrer que la ségrégation comporte discrimination. Si cependant l'on s'interroge sur l'effet réel de la ségrégation raciale éducationnelle dans l'Amérique au XXe siècle, la réponse risque de changer. Le professeur Charles L. Black présente clairement la perspective dans laquelle il convient plutôt de poser des problèmes de discrimination dans le cadre de l'exercice d'un contrôle juridictionnel réaliste de la constitutionnalité des lois:

«I think that some of the artificial mist of puzzlement called into being around this question originates in a single fundamental mistake. The issue is seen in terms of what might be called the metaphysics of sociology: 'Must Segregation Amount to Discrimination? That is an interesting question; someday the methods of sociology may be adequate to answering it. But it is not our question. Our question is whether discrimination inheres in that segregation which is imposed by law in the twentieth century in certain specific states in the American Union. And that question has meaning and can find an answer only on the ground of history and of common knowledge about the facts of life in the times and places aforesaid.'»⁸³

Le contraste entre les deux approches adoptées par Wechsler et Black n'est autre que celui entre la recherche d'une causalité logique et celle d'une causalité sociologique. La seconde voie se caractérise par la prise en considération des facteurs sociaux pour apprécier les effets nécessaires d'une institution dont les répercussions discriminatoires ne sautent pas aux yeux. Or, il semble bien que la Cour suprême américaine ait choisi cette seconde manière de voir. La décision rendue dans l'affaire *Brown*⁸⁴ révèle nettement que les effets de la ségrégation furent évalués à la lumière des répercussions sociales et non pas selon une analyse étroitement logique. Cette préférence du tribunal pour la réalité de l'impact social ressort nettement d'une citation utilisée par le juge Warren où le préjudice éducationnel est rattaché au sentiment d'infériorité

82. Herbert WECHSLER «Toward neutral principles of constitutional law», (1959) 73 *Harvard Law Review* 1, 34.

83. Charles L. BLACK Jr., «The lawfulness of the segregation decisions», (1959-60) 69 *Yale L.J.* 421, 427.

84. *Brown c. Board of Education of Topeka Shawnee County, Kan*, 347 U.S. 483.

engendré par la séparation des races en raison de l'interprétation générale faite du phénomène dans un contexte social donné:

«For the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negroup.»⁸⁵

Ce recours aux effets d'une interprétation d'une institution contraste avec le rejet formel opposé par la Cour suprême américaine à une démonstration du même type quelques décennies auparavant, dans *Plessy c. Ferguson*⁸⁶. Confrontée à un argument selon lequel la ségrégation dans le transport ferroviaire constituait une sorte d'affirmation du caractère inférieur de la race noire la Cour avait alors répondu:

«If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it.»⁸⁷

Cette fin de non recevoir découlait du parti pris radical d'une conception qui se réfugiait dans le formalisme logique afin d'éviter l'obligation d'évaluer une institution à la lumière de son véritable impact social. L'idée que l'interprétation infériorisante de la ségrégation soit inévitable dans un certain contexte social paraissait tout à fait inadmissible aux tenants de cette vision pure. On peut penser que la lucidité se trouve ici du côté de ceux qui en vinrent à percevoir une causalité sociologique qui conduisait la Cour suprême américaine à déclarer en 1954: «Separate educational facilities are inherently inequal»⁸⁸.

La Charte québécoise prohibe assurément en grande partie la ségrégation qui reposerait sur l'un des facteurs mentionnés. Cela ressort des termes fort généraux utilisés à l'article 10. On y protège toute personne contre la distinction qui, fondée sur l'un quelconque des motifs prohibés, a pour effet de détruire ou compromettre la reconnaissance ou l'exercice des droits et libertés de la personne. Par ailleurs, l'article 12 interdit à tous:

«par discrimination, (de) refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.»

L'article 15 interdit à tous:

«par discrimination (d')empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, res-

85. *Ibid.*, 494.

86. 163 U.S. 537 (1896)

87. *Ibid.*, p. 551.

88. *Brown c. Board Education of Topeka Shawnee County*, 347 U.S. 483, 495.

taurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravanning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.»

Selon ces dispositions, la distinction ne peut être imposée à personne dans les cas visés, et personne ne peut distinguer dans les mêmes cas. Dans deux perspectives, celle de la victime éventuelle et celle du violateur éventuel, l'on interdit certaines ségrégations en empêchant de distinguer entre personnes quant à la passation d'actes juridiques ou l'accès à certains services publics. Mais ne peut-on penser que les articles 12 et 15 ne protègent pas contre la ségrégation parce qu'ils ne visent que les «refus» et les «empêchements»? Nous ne le croyons pas. Dans chacune de ces dispositions l'interdiction de «refuser» ou d'«empêcher» vise de tels actes commis «par discrimination». Celle-ci comprend toute «distinction» selon un facteur prohibé. Prétendre n'avoir pas refusé de manière absolue de conclure un acte juridique ou n'avoir pas empêché de même manière l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public parce que l'on aurait seulement assigné des lieux ou modalités différents selon les personnes ne servirait de rien. De telles attitudes constituent des refus et empêchements conditionnels seulement. Mais ils sont visés s'ils reposent sur des distinctions fondées sur un facteur prohibé car ils sont alors commis «par discrimination». Le recours à une doctrine de la discrimination inhérente paraît donc inutile sous la Charte québécoise car les termes de celle-ci visent le cas type de la ségrégation.

C'est apparemment une heureuse situation qui résulte de l'adoption d'une conception généreuse de la norme antidiscriminatoire par le législateur québécois. On doit toutefois remarquer que cette solution, si elle était généralisée à tous les domaines, deviendrait paralysante. Le législateur a dû autoriser implicitement la ségrégation à son article 26 concernant les personnes détenues. Il confère à chacune:

«(le) droit d'être soumise à un régime distinct approprié à son sexe, son âge et sa condition physique ou mentale.»

Cette exception comporte plus qu'une simple permission de regrouper selon certains facteurs prohibés puisqu'elle permet que le régime auquel seront soumises les personnes varie selon ces facteurs. Sans doute le législateur aurait-il dû prévoir des exceptions analogues, en ce qui concerne les droits économiques et sociaux, s'il avait conféré à ceux-ci la prééminence sur les lois provinciales. L'exercice de ceux-ci est souvent soumis à des modalités auxquelles l'on pourrait reprocher d'être ségrégationnistes et discriminatoires. La générosité n'est donc légitime ici qu'en raison des limites caractéristiques du champ d'application de la norme québécoise.

2) La discrimination contextuelle

La discrimination indirecte contextuelle diffère de la discrimination inhérente en ce qu'elle exige pour se manifester l'invoquant d'une discrimination qui sera directement le fait d'un tiers. La discrimination inhérente se révèle par la seule prise de conscience de l'environnement social dans lequel est posé un acte sans requérir l'intervention réelle d'un tiers et sans même qu'on en vienne à juger que l'acte en question suscitera vraisemblablement un acte discriminatoire. L'acte produit son effet discriminatoire lui-même en raison du contexte. C'est cette importance du contexte social dans l'un et l'autre cas qui risque d'entraîner une certaine confusion du type de discrimination. Seule la claire perception du rôle nécessaire de la discrimination anticipée ou réelle d'un tiers permet de distinguer la seconde de la première. L'on doit cependant comprendre que l'acte apparemment inoffensif est relié à un acte discriminatoire d'un tiers par un lien qui n'est pas de causalité nécessaire mais plutôt d'encouragement ou d'incitation qui le rapproche beaucoup du lien de causalité sociologique caractéristique de la discrimination indirecte inhérente que j'ai décrite plus haut, sans y être parfaitement assimilable.

La jurisprudence constitutionnelle américaine a développé cette conception ouverte de la discrimination en raison de la doctrine du «*State action*», doctrine exigeant un lien entre l'activité étatique et toute discrimination dont on cherche à contester la constitutionnalité. On en est venu dans ce contexte à qualifier de discriminatoire des actes des pouvoirs publics qui, sans comporter une discrimination, ou imposer à d'autres de discriminer, apparaissaient comme des encouragements à discriminer. L'arrêt *Anderson c. Martin*⁸⁹ offre un exemple révélateur de la démarche alors adoptée. La Cour suprême des États-Unis devait y décider de la constitutionnalité d'une loi de Louisiane exigeant que les bulletins de mise en candidature et les bulletins de vote aux fins d'élections primaires, générales ou spéciales, comportent la mention de la race des candidats. La Cour suprême jugea une telle règle discriminatoire et contraire au quatorzième amendement. À ses yeux, une telle loi «*operates as a discrimination*». Cette précaution linguistique ne manquait pas d'à-propos. Le tribunal ne pouvait, en effet, nier l'absolue neutralité théorique d'une disposition qui exigeait la même chose de tous les candidats. Mais à ses yeux cette caractéristique ne devait pas faire illusion, car:

89. 375 U.S. 399.

«... by directing the citizen's attention to the single consideration of race or color, the State indicates that a candidate's race or color is an important, perhaps paramount, consideration in the citizen's choice, which may decisively influence the citizen to cast his ballot along racial lines.»⁹⁰

Le tribunal terminait par des propos qui font voir comme il était conscient de censurer alors ce qui n'était que discrimination indirecte:

«... That which cannot be done by express statutory prohibition cannot be done by direction. Therefore, we view the alleged equality as superficial. Race is the factor upon which the statute operates and its involvement promotes the ultimate discrimination, which is sufficient to make it invalid.»⁹¹

L'arrêt *Robinson c. State of Florida*⁹² fournit un autre exemple, différent toutefois, de ce procédé de repérage d'une discrimination contextuelle. Alors que l'affaire *Martin* avait conduit à déceler de la discrimination en raison de l'effet d'entraînement éventuel prêté à une disposition neutre, l'affaire *Robinson* se présentait sous l'espèce d'une situation où il y avait effectivement eu discrimination. La question posée se ramenait à déterminer si cette discrimination privée était en quelque manière imputable à l'État, condition sans laquelle elle n'avait rien de répréhensible en l'espèce.

Un groupe de noirs avait été expulsé d'un restaurant. L'acte discriminatoire était privé. Il n'existait aucune norme exigeant une telle discrimination. Les noirs condamnés pour «tresspass» cherchaient à faire annuler cette condamnation en prouvant que la discrimination qui en était la source était une «state action». Ils réussirent. La démonstration qui convainquit ultimement la Cour suprême reposait sur deux textes. Le premier, un règlement du Florida Board of Health, était un règlement exigeant lavabos et salles de toilette séparés dans les restaurants où des gens de couleurs étaient employés ou admis. Le second, une directive fondée sur des règlements de l'État, était au même effet. La Cour, reconnaissant par ailleurs que les textes n'interdisaient pas expressément aux restaurants de servir blancs et gens de couleur ensemble, jugea que leur effet était d'imposer un fardeau supplémentaire aux restaurants servant les deux races, lequel ne pouvait qu'inciter à ne pas offrir un accès égal à celles-ci. Elle concluait:

90. *Ibid.*, p. 402.

91. *Ibid.*

92. 378 U.S. 153.

«The State through its regulations has become involved to such significant extent in bringing about restaurant segregation that appellant's trespass convictions must be held to reflect that state policy and therefore to violate the fourteenth amendment.»⁹³

Le tribunal ne pouvait ignorer que la politique du restaurant lui-même était la source immédiate de l'acte discriminatoire et qu'il n'existait pas de relation causale, ni logique ni sociologique entre elle et les normes étatiques. Tout au plus, trouvait-on trace d'un appui tacite à une telle politique. Il n'hésitait pas cependant à étendre à l'affaire qui lui était soumise un principe posé dans un arrêt antérieur⁹⁴ et selon lequel la présence d'une volonté discriminatoire autonome chez un restaurateur n'empêche pas la discrimination d'être un «state action» lorsque l'État requiert lui-même la discrimination par une ordonnance municipale. C'était une extension du principe qui aboutissait à en changer le sens. La Charte québécoise justifie-t-elle une interprétation comparable?

Nous ne croyons pas que l'article 10 de la Charte prohibe la discrimination contextuelle. Ses termes visent expressément les distinctions, exclusions, ou préférences. C'est fort différent de la garantie générale du droit à l'égalité de protection de la loi du quatorzième amendement. Il s'applique, par ailleurs, indifféremment à l'État et aux personnes privées, de telle sorte qu'un interprète ne saurait pousser aussi loin l'exigence de non-discrimination que sous une norme dans laquelle l'État est le seul visé. Les difficultés d'imputation que soulevait le quatorzième amendement, de même que l'opportunité d'une rigueur accrue de la norme antidiscriminatoire appliquée à l'État ne peuvent donc servir ici à légitimer une lecture qui étende l'emprise de l'article 10 vers la discrimination contextuelle.

Ici apparaît peut-être une faiblesse de la Charte. N'aurait-il pas mieux valu adopter deux régimes antidiscriminatoires: un pour l'État, l'autre pour les particuliers? L'on aurait pu alors assujettir le premier à des obligations plus lourdes. Nous sommes sympathiques à une telle approche qui oblige l'État à un respect plus grand de l'égalité. Une telle solution n'interdit pas à l'État le recours à certaines mesures discriminatoires pour des raisons que les tribunaux peuvent apprécier. Toutefois, le besoin d'une interprétation générale de la norme dans le sens envisagé ici tend à diminuer là où, comme sous la Charte québécoise, les personnes privées tombent

93. *Robinson c. State of Florida*, 378 U.S. 153, 156-157.

94. *Peterson c. Greenville*, 373 U.S. 244.

elles-mêmes sous le coup de la prohibition de discriminer. Le régime québécois ne paraît donc pas tellement répréhensible de ce point de vue.

3) La discrimination inductive

La dernière espèce de discrimination indirecte, la discrimination inductive, suscite encore plus de doutes. Elle concerne le domaine normatif. Sa caractéristique essentielle est d'imputer à une norme supérieure neutre une discrimination perpétrée à un niveau subordonné, et de justifier l'annulation ou la non application de la norme de niveau supérieur au motif que l'usage qu'on en fait est discriminatoire. Cette conception s'éloigne radicalement de celle qui prévalait dans le cas des discriminations inhérente et contextuelle puisqu'il n'existe ni causalité, logique ou sociologique, ni relation d'encouragement entre la norme à laquelle on impute un caractère discriminatoire et les normes ou décisions subordonnées qui provoquent cette imputation. Ceux qui verraient ici une prétention qui ne mérite aucune sérieuse attention hésiteront peut-être à rejeter une telle doctrine en apprenant que des juristes sérieux ne se sont pas gênés pour avancer des vues plus audacieuses encore. Ainsi, au Canada, la Cour suprême a-t-elle dû répondre à un argument selon lequel une habilitation trop large, conférant un pouvoir discrétionnaire sans limite, porte atteinte aux exigences d'égalité de la Déclaration canadienne par la possibilité qu'elle semble reconnaître d'une discrimination dans l'exercice même du pouvoir conféré. C'est bien la question qui a été posée aux tribunaux dans l'affaire *Smythe*⁹⁵. L'extrait suivant du jugement révèle que c'était, en tous cas, la perception que s'en faisait une Cour suprême unanime:

«Essentiellement, la prétention fondamentale de l'appelant est que le pouvoir discrétionnaire absolu que confère l'art. 132(2) au Procureur général du Canada de décider si une personne accusée d'une infraction en vertu de l'art. 132(1) doit être poursuivie par voie de déclaration sommaire de culpabilité ou par voie de mise en accusation,..., constitue une disparité ou discrimination qui détruit complètement le concept de l'égalité devant la loi.»⁹⁶

Poser la question de la discrimination que peut comporter une norme supérieure par la seule évocation de l'amplitude du pouvoir qu'elle confère, sans en rien chercher à étayer sa prétention par les fruits discriminatoires engendrés au stade de son application, diffère radicalement de la manière d'aborder le problème envisagé ici.

95. *Smythe c. The Queen*, (1971) R.C.S. 680.

96. *Ibid.*, p. 685.

Celle-ci se distingue, en effet, par le lien qu'elle établit entre la norme supérieure et les actes réels auxquels elle donne lieu et ne se borne pas à tenter une démonstration de discrimination axée sur les seules potentialités de la norme supérieure. On doit cependant remarquer qu'elle constitue un défi à la manière exclusivement logique d'aborder les rapports de normes de niveaux différents. La prétention qui est sienne n'est-elle pas, en effet, voisine du procédé inductif puisqu'elle semble bien conclure aux caractères discriminatoires d'une habilitation source à partir des décisions prises sous son empire? Comme l'habilitation n'impose ni n'incite à ces décisions, le rapport n'est-il pas clairement insuffisant? La Cour suprême canadienne a paru le penser dans l'affaire *Smythe* bien que ses propos d'alors ne doivent pas être considérés comme définitifs puisque le problème auquel elle répondait n'était pas posé par les arguments des procureurs⁹⁷.

Ce refus absolu du passage à une analyse autre que logique n'a cependant pas paru opportun à la Cour suprême des États-Unis. Ainsi, dans *Louisiana c. United States*⁹⁸ a-t-elle jugé inconstitutionnel un «literary test» qui conférait aux officiers responsables une discrétion à peu près absolue pour décider qui pourrait voter parce qu'il avait été utilisé pour dissuader les noirs de voter. Il n'existait pourtant aucune filiation logique nécessaire entre le test édicté par la loi et l'usage qu'on en fit. Cette façon de juger l'arbre aux fruits sans s'embarrasser outre mesure de vérifier s'ils sont des fruits inévitables heurte de front la conception rigoureusement logique qui faisait déclarer au juge Fauteux, dans l'affaire *Smythe*, que l'usage discriminatoire d'une discrétion n'a rien à voir avec le caractère discriminatoire ou non de cette discrétion.

Au Québec, les exclusions, distinctions et préférences ne sont discriminatoires que si elles sont «fondées» sur certains facteurs prohibés. Ce fondement peut être objectif seulement à notre avis. Cette objectivité peut-elle englober une relation dont la causalité ne serait pas de nature logique et rendre discriminatoire une habilitation dont les termes ne prescrivent pas les actes discriminatoires dont les autorités subalternes sont les auteurs immédiats? Nous ne

97. Le juge Fauteux écrivait alors ce qui suit: «Les arguments de l'appelant ne reconnaissent pas non plus que la façon dont un ministre de la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur pour la bonne administration d'une loi n'entre pas en jeu lorsqu'on examine la question de savoir si cette loi, en soi, porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi» (*Smythe c. The Queen*, (1971) R.C.S. 680, 685-686).

98. 380 U.S. 145.

le croyons pas. Si la notion de discrimination sous-jacente à l'article 10 est objective, encore faut-il que la mise en oeuvre d'une telle notion vise à imputer aux véritables auteurs des distinctions, exclusions ou préférences la responsabilité de celles-ci. Or, l'habilitation a pour caractéristique essentielle de conférer à une autre personne un pouvoir d'appréciation. L'on ne saurait, en situation normale, imputer à l'auteur de l'habilitation des décisions prises dans l'exercice de la compétence discrétionnaire conférée. Deux situations seulement justifieraient une telle imputation. Ainsi serait-ce le cas s'il y avait collusion entre l'autorité habilitante et les autorités habilitées. À ce moment l'on démontrerait que, sous couvert d'autoriser à agir librement l'on poussait à discriminer. Mais dans un tel cas il s'agit du recours à l'intention. D'autre part, si l'habilitation comportait elle-même le recours à des classifications, peut-être pourrait-on démontrer que celles-ci conduisaient en réalité à un impact discriminatoire. Il s'agit alors de la discrimination médiate dont nous avons traité plus haut. Ces deux cas ne relèvent donc pas de la véritable discrimination inductive, laquelle semble bien échapper à l'article 10 de la Charte.

Que faut-il penser de ces trois types de discrimination indirecte dont il faut bien constater qu'ils procèdent tous d'un changement radical de plan d'analyse. Leur dénominateur commun n'est-il pas de ne se révéler qu'à une lecture résolument sociologique à laquelle la tradition juridique anglo-canadienne se dit étrangère? Dans ces conditions, leur justification ne saurait reposer que sur la légitimité du recours à cette façon de voir le droit. Je n'hésite pas à penser que les deux premières lectures reposent sur une juste conception des conditions concrètes de réalisation d'un ordre juridique antidiscriminatoire.

La première doctrine ne propose rien d'autre que l'élargissement d'une analyse purement logique du côté de l'analyse sociale. Une telle option s'impose dans le cas de la discrimination, phénomène social qui échapperait en trop grande partie aux prescriptions juridiques s'il fallait appliquer celles-ci aux phénomènes sociaux dans l'aveuglement volontaire le plus complet à l'égard des modes d'influence présidant à leurs rapports.

La seconde doctrine me paraît légitime dans le cas des interventions étatiques. J'estime qu'il faut limiter la portée d'une telle conception aux seuls pouvoirs publics en raison du caractère non nécessaire, même selon la perspective socio-logique, du rapport de filiation entre l'acte auquel l'imputation de discrimination est faite et les actes immédiatement discriminatoires. Aussi l'extension d'une

telle définition de la discrimination aux seuls pouvoirs publics paraît-elle justifiée en raison de leurs rapports plus intimes avec l'État législateur et leur plus grande responsabilité de donner l'exemple d'une parfaite fidélité à l'idéal sous-jacent aux normes antidiscriminatoires.

L'absence d'un lien causal de nature sociologique caractéristique de la discrimination inductive doit inspirer la plus grande prudence devant cette dernière. Il ne faut pas, en effet, oublier que les actes discriminatoires perpétrés sans la protection d'une autorisation supérieure peuvent normalement être attaqués directement. Aussi, me semble-t-il, la norme supérieure ne devrait-elle être mise en cause que là où une preuve d'intention discriminatoire est fournie, preuve que le tribunal ne pourrait juger recevable que sur démonstration préalable d'une utilisation discriminatoire d'envergure des pouvoirs conférés. Sous ces réserves, je considère donc parfaitement opportune une définition relativement ouverte des rapports de causalité discriminatoire, laquelle me semble particulièrement appropriée à l'appréhension d'un phénomène dont les manifestations risqueraient d'échapper à une mise en oeuvre empêtrée dans une exégétisme formaliste.

CONCLUSION

À plusieurs, le présent exercice paraîtra exagéré. N'a-t-on pas, en effet, compliqué à plaisir un sujet simple? Il faut leur rappeler que les questions soulevées ici se sont presque toutes posées ailleurs, en particulier aux États-Unis. Et déjà, ici, l'on a commencé à fournir des réponses à quelques-unes des plus importantes. Aussi est-il improbable que nous fassions l'économie de la plupart des débats dont nous avons esquissé les contours.

Peut-être pouvons-nous nous consoler en croyant que la Charte québécoise fournit des réponses plus nettes à ces interrogations? Cela nous semble vrai pour quelques-unes seulement des questions évoquées, et pas nécessairement les plus importantes. Sur plusieurs de celles-ci, il faudra plutôt découvrir l'esprit d'une Charte qui laisse souvent prise à des interprétations opposées.