

NOTION DE DISCRIMINATION

ANALYSE DE LA NOTION DE DISCRIMINATION CONTENUE DANS LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

**Document adopté à la 97^e séance de la Commission,
tenue le 28 décembre 1980, par sa résolution COM-97-9.2.1**

Cette étude a été réalisée par

Thérèse Giroux
Madeleine Caron
Marie Murphy
Muriel Garon-Audy

sous la direction de Madeleine Caron

Note

Ce document a été publié par la Commission des droits de la personne. Le 29 novembre 1995, cette commission a été fusionnée avec la Commission de protection des droits de la jeunesse. Le nom du nouvel organisme est **Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse**.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
 CHAPITRE PREMIER Définition usuelle et comparative de la discrimination.....	 14
A. Définition usuelle.....	14
B. La discrimination en droit international public et en droit constitutionnel comparé.....	14
C. La discrimination en droit canadien.....	15
1. Droits et libertés fondamentales.....	15
2. Droit administratif.....	17
 CHAPITRE DEUXIÈME La notion de discrimination contenue dans la Charte des droits et libertés de la personne.....	 17
A. La discrimination consiste dans une distinction, une exclusion ou une préférence.....	17
B. La distinction, l'exclusion ou la préférence doit être fondée sur un motif ou critère illicite ou interdit.....	20
C. La distinction, l'exclusion ou la préférence doit avoir pour effet de compromettre le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne.....	22
1. Le droit protégé ici est le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. De quels droits s'agit-il ?.....	22
2. La reconnaissance et l'exercice, en toute égalité, des droits et libertés de la personne et le droit à l'égalité.....	25
D. La mise en œuvre du principe d'égalité.....	29
1. Le droit à l'égalité dans les rapports entre les personnes.....	29
2. Le droit à l'égalité comme norme applicable à la législation.....	31
 CONCLUSION.....	 37

INTRODUCTION

Dans son préambule, la Charte des droits et libertés de la personne pose le principe que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi.

En son article 10, elle précise que toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans discrimination.

Le principe de l'égalité des êtres humains, reconnu comme droit, emporte l'obligation correspondante de ne pas discriminer. Définir la discrimination, c'est donc tenter de préciser ce que signifie, concrètement, ce principe de l'égalité de tous.

Aborder ces concepts, c'est se situer au cœur même de la Charte des droits et libertés de la personne et du projet sociétal qu'elle propose. D'où l'importance d'en préciser dès l'abord la signification et les modalités d'application.

Mais avant de passer à l'analyse détaillée des implications juridiques du concept de discrimination, il paraît important de replacer cette question dans le contexte des réalités sociales auxquelles elle veut s'attaquer. À quels problèmes renvoie la notion de discrimination? Quelles en sont les racines historiques? Sous quelles formes se présente-t-elle au Québec? Par quels mécanismes ce phénomène s'inscrit-il dans les mentalités et les institutions sociales?

Les réponses apportées à ces questions devraient nous permettre de mieux marquer la nécessité d'un texte de loi tel que la Charte des droits et libertés de la personne, mais également de tracer le champ sociétal à l'intérieur duquel s'inscrit son intervention.

C'est à cette tâche que nous nous attachons en introduction.

La question de l'égalité et celle de la différence

La lutte contre la discrimination se fonde sur le principe de l'égalité de tous en valeur et en dignité. Cette question, bien qu'apparemment simple, ne va pas sans soulever de profondes difficultés: elle renvoie en effet immédiatement à sa contrepartie empirique, en apparente contradiction avec elle, à savoir l'existence de la différence. Cette référence empirique oblige en effet à considérer, par delà l'homme abstrait, des catégories d'individus qui se distinguent selon le statut et la condition.

Évidemment, si différence ne voulait signifier que diversité, il n'y aurait pas matière à problème. Mais en société les différences entre les êtres revêtent rarement ce caractère de neutralité. Qu'elles soient liées à des distinctions biologiques, à l'assimilation de groupes extérieurs par la conquête ou l'immigration ou à de simples différences culturelles, ces distinctions ancrées profondément dans l'histoire des sociétés se caractérisent généralement par la domination des uns et l'exclusion des autres; en un mot, par la définition de groupes stigmatisés qui deviennent objet de discrimination.

La discrimination: une longue histoire

Ces phénomènes ne sont pas nouveaux. L'histoire de la discrimination et de son insertion dans les institutions sociales remonte aux temps les plus reculés de l'histoire écrite.

Elle a toutefois trouvé, tout au cours de cette histoire, un mode d'expression privilégié dans la forme de rapports sociaux qu'instaure le colonialisme. Celui-ci se distingue sans doute par sa capacité de mettre en place des mécanismes d'exclusion et des systèmes visant à leur justification. Quand on s'empare d'un territoire et qu'on assujettit ses anciens occupants, il paraît capital de justifier, même à ses propres yeux, la situation d'inégalité ainsi créée: l'argument de la "civilisation" qui est apportée au "sous-développé" n'a pas manqué de servir, sa capacité de placer en état d'infériorité n'étant pas son moindre avantage.

Or, loin de disparaître avec l'évolution des sociétés, les occasions d'émergence du préjugé et de l'exclusion qui s'y rattache paraissent se multiplier avec la complexification des sociétés. L'homme contemporain voit ainsi ébranlée sa foi dans la transposition automatique, dans tous les secteurs de la vie en société, de la notion de progrès.

Les excès révélés lors du dernier conflit mondial ont réussi à fissurer sérieusement ce mythe, créant une crise de conscience mondiale. On sentit alors l'urgence d'une Déclaration universelle des droits de l'homme qui puisse être un outil permettant d'éviter l'écueil toujours présent de l'oppression des groupes stigmatisés. Les Pactes internationaux vinrent concrétiser ces droits puisque les États signataires s'obligeaient à en transposer les principes dans leur législation interne.

Mais cette crise de conscience ne cesse de refaire surface:

crises raciales, torture de prisonniers politiques, internements psychiatriques de dissidents, etc. Les périodes de récession sont particulièrement propices à la recherche de boucs émissaires. Sans cesse resurgit la nécessité pour chaque société de se confronter à ses propres intolérances.

La situation québécoise

En quoi une telle nécessité peut-elle être transposée à la situation québécoise? Plus spécifiquement, y a-t-il de la discrimination au Québec? Un bref survol de l'histoire des rapports sociaux au Québec laisse peu de doutes sur l'ampleur du travail à réaliser à ce sujet.

L'histoire de la discrimination au Québec commence sans doute avec celle de l'assujettissement des populations autochtones. Elle atteint un point critique avec l'avènement de l'esclavage qui s'installe et se développe aux XVII^e et XVIII^e siècles, reçoit une sanction légale en 1709 pour finalement disparaître faute d'esclaves au début du XIX^e siècle. L'esclavage aurait, selon les recherches d'archives de Marcel Trudel, touché plus de 3 500 personnes, principalement des Autochtones, mais également des populations variées¹.

À l'heure actuelle, malgré que cette situation extrême d'exploitation humaine ait pris fin, les populations autochtones conservent toujours au Québec leur statut de population stigmatisée. Leur lutte pour le droit à la différence et au respect de cette identité "autre", pour le droit à la participation dans la détermination de leur destin collectif, demeure âpre. Elle se concrétise autour des questions de territoire, de reconnaissance du statut d'Indien et d'Indienne, des droits de chasse et pêche. Elle prend toute sa texture lorsque, contraints à accepter la formation des Blancs, les enfants autochtones sont soumis à des tests qui les évaluent selon des critères qui leur sont étrangers.

Mais la réalité de la présence autochtone ne constitue que l'un des clivages d'origine raciale, ethnique, nationale ou linguistique qui caractérisent la population québécoise. Or, l'ensemble de ces clivages se traduit dans des inégalités importantes en termes de reconnaissance sociale et d'accès aux avantages rattachés à l'appartenance à une société. Les recherches relatives au statut professionnel, à l'emploi, à l'éducation, au revenu, à la promotion sociale montrent que ces caractéristiques sont fortement influencées par l'appartenance ethnique ou raciale. L'éducation paye plus pour certains groupes que pour d'autres. Certains emplois demeurent

relativement fermés à certains groupes. Le niveau du plafonnement hiérarchique est fortement déterminé par les mêmes variables d'appartenance.

Au même moment, l'accélération au Québec de l'immigration, principalement celle des minorités visibles, fait remonter à la surface des préjugés dont on aurait pu croire la population québécoise, "naturellement accueillante", exempte. Ils apparaissent dans le logement, l'accès aux lieux et aux services publics. Ils apparaissent également dans le travail et cela à tous les niveaux: parmi les classes que leur situation économique plus précaire rend méfiantes de l'arrivée de ces populations immigrantes elles-mêmes refoulées vers les emplois les plus durs et les moins bien payés; mais également dans les corporations professionnelles soucieuses du contrôle de leur volume, et au niveau des postes de direction où le contrôle de la "qualité" passe généralement par l'exclusion de la différence ethnique, culturelle ou raciale. Le résultat se traduit souvent, pour les nouveaux venus, par une impossibilité de s'insérer dans la structure professionnelle à un niveau conforme à leurs compétences.

Ces formes d'exclusion sont d'autant plus lourdes à porter qu'elles revêtent généralement un caractère circulaire, qu'elles s'accumulent et se renforcent les unes les autres. Ceci peut être illustré également à partir des éléments de définition de la condition sociale. Ainsi, dans une société où le système de production requiert des habiletés diverses, dont certaines plus difficiles à acquérir, certaines plus rares, les métiers ou professions acquièrent des valeurs sociales et marchandes différentes. Or, le fait de se situer au bas de la hiérarchie sociale en terme professionnel se traduit à son tour par diverses formes d'exclusion pour soi et pour ses enfants. Et cela est encore accentué quand on se situe en marge du système de production (chômeurs, assistés sociaux, "drop out", etc.).

Même duplication des formes d'exclusion pour les ex-détenus, les ex-alcooliques, les personnes handicapées. Même crainte de ce qui est étranger ou différent pour justifier la discrimination selon l'orientation sexuelle, les opinions politiques ou les croyances religieuses. Est-il besoin de rappeler l'histoire pas si lointaine de la lutte contre le communisme au Québec avec la promulgation de la Loi du cadenas, celle contre les témoins de Jéhovah qui donna lieu au procès de Roncarelli contre Duplessis.

Ces formes de discrimination qui portent sur les croyances sont souvent subtilement protégées par des systèmes de rationalisation puisqu'elles portent sur des caractéristiques non pas innées comme le

sexe ou la race, mais acquises ou choisies.

La situation québécoise révèle donc au plan de l'origine raciale, ethnique et nationale, de même qu'au plan de la condition sociale, des opinions politiques ou religieuses, des situations où l'égalité des droits et libertés de la personne appelle des interventions sérieuses.

Même situation au sujet des clivages sexuels. Les femmes ont récemment pris conscience des disparités inacceptables dont elles sont victimes et qu'elles ont été conditionnées à rattacher aux éléments de base de leur identité: façons de voir et de faire d'autant plus difficiles à transformer qu'elles sont ancrées dans des préjugés tenaces. Mais la difficulté est doublée quand ces préjugés sont transformés en éléments de mesures et intégrés à des systèmes d'évaluation dits rationnels: c'est un cas fréquent au niveau de l'évaluation du travail. Il se traduit par la sous-évaluation des caractéristiques rattachées aux tâches qui leur ont été traditionnellement réservées. Ce mode d'évaluation des tâches, une fois intégré dans des systèmes dits objectifs, permet de cautionner, sous le couvert de la science, des systèmes de classification profondément discriminatoires.

Quant au vécu quotidien de la situation de travail, la manifestation récente de la question du harcèlement sexuel montre bien que la lutte de pouvoir fondée sur les caractéristiques sexuelles est loin d'être terminée même si de guerre ouverte elle se transforme parfois en guérilla.

Ce bref tour d'horizon montre à quel point la vigilance contre les pratiques discriminatoires demeure une tâche considérable, au Québec comme ailleurs. Cela parce que la force et l'efficacité des phénomènes de discrimination sont de toute évidence considérables.

La discrimination: ses mécanismes de fonctionnement

La question qui se pose dès lors est celle de l'explication de cette force et de cette efficacité. Les éléments d'une telle explication peuvent sans doute être recherchés dans les circonstances historiques qui entourent l'émergence de la différenciation: conquêtes, mises en tutelle, valorisation sociale de certains groupes, besoin de maintenir une situation de sujétion ou simple peur de l'étranger.

Mais, si l'on peut retrouver à ce niveau des éléments de causalité plus ou moins lointains, ceux-ci ne sont pas suffisants pour

expliquer le maintien de la discrimination au-delà même des situations qui en ont été à l'origine. C'est dans le mode de fonctionnement du processus de discrimination qu'il faut aller chercher ce surplus d'explication nécessaire.

En effet, si la discrimination est à ce point efficace et réussit autant à se maintenir, c'est qu'elle s'appuie sur des mécanismes puissants, d'autant qu'ils sont souvent très subtils, qu'ils échappent à la conscience de ceux qui en sont victimes au premier chef, et qu'ils se renforcent les uns les autres.

Ces mécanismes sont acquis très tôt, le plus souvent de façon indirecte, par exemple, par l'exclusion de certains groupes du champ de perception - absence des Autochtones de l'histoire récente dans les manuels scolaires - ou par l'association de certaines catégories à des rôles ou caractéristiques restreintes et biaisées - la femme à la maison, la fillette craintive, sans initiative, etc.

Ils tirent également leur efficacité de la simplification qu'ils opèrent. Le préjugé fournit en effet un raccourci facile entre un trait particulier propre à un groupe et facile à identifier et une appréciation globale d'un individu à partir de l'ensemble des caractéristiques attribuées à ce groupe. Ainsi, un individu peut être jugé, classé à partir d'un trait (sexe, couleur, accent) dans une catégorie dont on détient le "portrait type". Dans ce processus, il est clair que l'individu n'existe plus et est nié comme identité particulière.

C'est dans ce sens qu'un geste, un choix impliquant un jugement sur une catégorie plutôt que sur la personne - refus de louer un appartement à un assisté social, à un Asiatique - peut être défini comme portant atteinte à la dignité humaine: le refus de reconnaître l'individu comme une personne autonome atteint celui-ci au plus profond.

Or, ces mécanismes qui échappent à la conscience de celui qui discrimine sont souvent à ce point solidement ancrés qu'ils colorent la perception même de ceux qui en sont les premières victimes.

Albert Einstein décrit fort bien ce phénomène quand il écrit dans "Comment je vois le monde":

"Cela devient un lieu commun: les minorités, en particulier celles dont les traits physiques sont reconnaissables, sont considérées par les majorités au milieu desquelles elles vivent absolument comme des classes inférieures de

l'humanité. Ce destin tragique se perçoit ainsi dans le drame naturellement vécu par ces minorités, sur le plan économique et social, mais surtout dans ce fait: les victimes d'une telle horreur s'imprègnent à leur tour elles-mêmes, à cause de l'influence perverse de la majorité, de ce préjugé de race et elles se mettent à considérer d'autres semblables comme des inférieurs. Ce second aspect, plus épouvantable et plus morbide, doit être supprimé par une plus grande cohésion et par une éducation plus intelligente de la minorité."²

La discrimination institutionnalisée

Mais l'analyse du préjugé et de ses effets d'exclusion ne saurait se limiter à celle des conduites individuelles. Ces mécanismes ont des répercussions globales qu'on peut observer au niveau des institutions sociales elles-mêmes.

Ces institutions sociales - l'école, l'organisation politique (l'État, les partis), l'appareil judiciaire (les lois, la police, les tribunaux), les structures économiques (les entreprises, l'organisation syndicale), n'existent pas en dehors et au-delà des types de rapports établis entre les groupes qui composent la société.

Il y a en effet retranscription dans la structure sociale du phénomène de discrimination dont sont victimes certains groupes: cette retranscription se traduit par l'exclusion de ces groupes des divers centres de décision, tant au plan économique que politique et culturel: dans le domaine scolaire, par exemple, ou récréationnel. Cette exclusion signifie l'impossibilité de participer à la définition des objectifs, des moyens et des normes que se donne une société, donc la soumission à des modèles qu'on ne peut infléchir; elle signifie aussi, à toute fin pratique, la perpétuation de l'exclusion.

C'est à cette situation qu'on réfère quand on parle de racisme institutionnalisé. L'application de la loi des Blancs aux populations autochtones en est un bel exemple. On pourrait, de la même façon, parler de sexisme institutionnalisé: contrôle presque exclusif de vastes secteurs de la société par les seuls hommes, lequel contrôle ne peut se traduire que par la perpétuation de la marginalisation des femmes; c'est également ainsi qu'on peut parler de discrimination institutionnalisée à l'égard des moins nantis, etc.

Dans ce sens, il est clair que la discrimination ne revêt pas uniquement la signification d'attitude ou de comportement hostile. Elle peut en effet se traduire dans la volonté de porter assistance;

mais alors on définit cette assistance à partir de ses propres critères de ce qui est bon et utile, sans tenir compte de ce que peut penser et vouloir celui qu'on "aide". On décide pour l'autre et à la place de l'autre. C'est ainsi qu'on a transformé l'Autochtone en "assisté" social, en "protégé" de l'État.

Une fois ces assises mentales et institutionnelles assurées, la machine peut rouler, les inégalités se maintenir sans qu'on ait à poser le problème de la responsabilité individuelle ou même collective face aux inégalités et à leur perpétuation. La bonne conscience peut s'installer à l'aise d'autant mieux que la conscience est elle-même souvent obnubilée. Il y a enfermement circulaire des mentalités et des institutions.

Ainsi, les distinctions les plus grossières peuvent échapper à l'évidence. La démocratie directe - gouvernement du peuple par le peuple - telle que vécue par la société athénienne a ainsi pu longtemps conserver le statut de modèle idéal alors qu'elle excluait totalement de la sphère du pouvoir de larges secteurs de la population, notamment les femmes, les esclaves et les étrangers établis à demeure (métèques).

Les divers modèles de démocratie qui ont succédé ont montré une plus ou moins grande capacité de tenir compte de cette diversité. Ainsi, entre cette ouverture ou fermeture à des groupes définis par des caractéristiques d'origine biologique ou sociale, ces systèmes se caractérisent par une plus ou moins grande capacité d'assurer une représentation à la diversité d'opinion. L'échec du système majoritaire à un tour qui se traduit par l'élimination des petits partis est particulièrement flagrant à cet égard.

Le coût social de la discrimination

Le contrecoup social de la perpétuation de la discrimination sous ses diverses formes ne saurait être passé sous silence. La discrimination, toujours basée sur de fausses présomptions de supériorité et d'infériorité, instaure en fait une forme réelle de violence dans la société dont celle-ci devient à son tour victime dans son ensemble. Cette situation a été décrite avec intérêt par Anis Al-Qasem, secrétaire général d'Eafor³, lors d'une communication au colloque du Mouvement québécois pour combattre le racisme:

Concernant le degré de preuve à établir, Tarnopolsky⁴ estime quant à lui que: "Il n'y a pas de doute qu'en vertu de leur pouvoir actuel les comités d'enquête peuvent parvenir à leur conclusion à partir d'une prépondérance de

preuve". Il faudrait ajouter que certaines dispositions de la Charte imposent implicitement à la Commission le respect des droits procéduraux du défendeur; ainsi le quatrième préambule et les dispositions de l'article 56 1), suivant la position de la jurisprudence en cette matière (Vermette et Ingénierie Dominion),⁵ conduiraient la Commission à respecter les règles de justice naturelle dans les limites de certains des actes qu'elle pose lors de l'examen d'une affaire à son niveau.

C'est dans un tel contexte que se trouve placée la double crédibilité de la Commission, celle qu'elle doit avoir vis-à-vis "ses clients" qu'elle ne doit pas décourager par l'exigence d'une preuve difficile à établir et vis-à-vis des tribunaux auxquels elle doit présenter un dossier bien solide pour les convaincre du bien-fondé des prétentions du plaignant.

Une telle procédure ne saurait nous inciter à voir là un obstacle insurmontable, mais il demeure que la Commission est bien consciente de la portée limitée de son pouvoir face à des victimes de discrimination souvent sans arme adéquate, des auteurs d'actes illicites bien imperméables et des tribunaux que la procédure juridique en cours conduit à être exigeants. Ce cadre de travail

Elle institue des mécanismes de contrôle destinés à garantir les droits qu'elle promulgue et se donne des moyens de promotion de ces droits. Ses moyens sont spécifiques: il demeure évident qu'elle ne saurait à elle seule régler l'ensemble des problèmes qui sont à la source des différentes formes d'inégalité sociale. De plus, la protection de la Charte contre la discrimination s'inscrit dans le contexte législatif canadien et québécois et la définition que l'on peut en donner doit tenir compte à la fois de ce contexte législatif et de l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux et les auteurs.

Le texte qui suit veut préciser ces fins et moyens. Il paraît en effet urgent pour tous ceux qui ont des droits à faire valoir et pour ceux qui ont l'obligation correspondante de les respecter, de préciser les définitions sur lesquelles cet instrument de promotion des droits s'appuie.

Le législateur lui-même doit connaître la portée de la règle, puisque, selon l'article 52 de la Charte, il ne doit y avoir, dans les lois postérieures à la Charte, aucune disposition discriminatoire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte.

Les pages qui suivent précisent donc, d'un point de vue juridique, la portée de cet outil.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION USUELLE ET COMPARATIVE DE LA DISCRIMINATION

A. DÉFINITION USUELLE

Les dictionnaires donnent deux sens à la discrimination. Un sens neutre, entendu comme l'action de distinguer deux objets de pensée concrets et un sens négatif, qui réfère à la ségrégation⁶.

Le petit Robert indique que dans son acception la plus courante, la discrimination est le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal. Il y oppose l'égalité: "Cette loi s'applique à tous sans discrimination, de façon égalitaire".

Nous pouvons donc affirmer que si le mot discrimination peut avoir un sens neutre ou même mélioratif ou favorable - puisqu'il réfère à la capacité de percevoir des différences - ce n'est pas le sens qu'on lui donne dans la langue de tous les jours où ce mot est ordinairement utilisé dans un sens négatif.

B. LA DISCRIMINATION EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

La notion de discrimination fut introduite dans les traités internationaux à partir des années 20 et fut consacrée véritablement dans la pratique internationale après la Seconde Guerre mondiale.

· l'origine, les textes internationaux utilisaient indifféremment et apparemment comme synonymes, discrimination et distinction, attribuant donc par là un sens neutre à la discrimination. Avec le temps toutefois, l'emploi du terme discrimination se fit plus constant et sa signification en vint à se préciser dans un sens négatif. Ce ne sont pas toutes les distinctions qui sont prohibées par les conventions internationales, mais seulement les définitions injustifiées ou celles qui produisent de tels effets⁷.

La doctrine internationale confirme cette interprétation: le terme discrimination y est utilisé exclusivement dans son sens péjoratif⁸.

En droit constitutionnel comparé, le mot discrimination utilisé dans les constitutions nationales, se retrouve dans des dispositions qui interdisent la discrimination ou les traitements discriminatoires. Le sens du terme dépend donc du contexte et il signifie une distinction donnant lieu à un traitement défavorable.

Comme le fait remarquer justement Bossuyt, parce que, dans les lois, le mot discrimination a uniquement un sens péjoratif:

"Le langage juridique en général, plus encore que le langage courant, semble utiliser de plus en plus souvent le terme "discrimination" dans un sens péjoratif."⁹

C. LA DISCRIMINATION EN DROIT CANADIEN

1. Droit et libertés fondamentales

La signification de la discrimination dans le droit canadien des libertés fondamentales rejoint celle que consacre le droit international et que révèle une étude du droit comparé. On lui donne un sens négatif à connotation péjorative.

Comme le souligne le professeur Tarnopolsky, la discrimination que sanctionne la législation canadienne sur les droits de l'homme réfère à des actions ou des politiques qui font preuve de parti-pris à l'encontre de membres de groupes particuliers¹⁰. Pour d'autres auteurs, ce qui caractérise la discrimination interdite par la législation canadienne sur les droits de l'homme, c'est son caractère irrationnel, arbitraire. La citation qui suit nous fait voir que les auteurs distinguent entre la bonne et la mauvaise discrimination:

It is trite, but nonetheless necessary: to acknowledge that not all discrimination is bad. By definition discrimination is merely the drawing of distinction. Distinctions of many kinds do exist in fact between people and such distinctions are frequently a rational basis for treating different people differently. But some distinctions between people are not a rational basis for some kinds of different treatment. The term "discrimination" is often used to denote this irrational drawing of distinction. For the purpose of this paper, the term "discrimination" will be used to stand for this concept of a drawing of distinctions between people which are not rationally related to the purposes for which the distinctions are drawn."¹¹

Soulignons ici qu'à l'exception de la Charte québécoise¹², les lois canadiennes, tant fédérales que provinciales, ne définissent pas la discrimination. Elles énumèrent des motifs de distinction illicites ou interdits et prohibent par ailleurs des actes discriminatoires, selon des secteurs d'activités bien définis.

Au Québec, l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne aborde la définition de la discrimination d'une façon différente des autres lois canadiennes.

En effet, c'est de façon générale et non pas en fonction de secteurs particuliers d'activités que l'article 10 reconnaît le droit à l'égalité et celui de ne pas subir de discrimination pour certains motifs.

Ainsi, le premier alinéa énonce que:

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

Le second alinéa vient alors préciser qu'il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence existe et qu'elle a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit de se voir reconnaître et d'exercer, en toute égalité, les droits et libertés de la personne.

Selon la Charte, la discrimination résulte de la distinction, l'exclusion ou la préférence, fondée sur un motif illicite, et qui a pour résultat de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne.

Du libellé des dispositions qui suivent ensuite, formulées en termes d'interdits spécifiques, selon certains secteurs ou domaines d'activités, de l'économie générale de la Charte qui prévoit des mécanismes de réparation en faveur des victimes de discrimination et de punition de ses auteurs, on peut conclure que la discrimination, dans la Charte, est généralement comprise dans un sens péjoratif ou défavorable. Et cela est vrai en dépit de l'utilisation du terme "préférence" dans l'article 10, la préférence discriminatoire étant celle qui a pour effet de compromettre les droits d'autrui. Il semble

certain, en effet, que la préoccupation première du législateur est de protéger les personnes faisant l'objet de distinctions pour elles préjudiciables, la préférence accordée à l'un ayant alors généralement pour effet de porter préjudice à quelqu'un d'autre.

Nous reviendrons plus loin sur cette disposition de la Charte. Une définition de la discrimination exige auparavant que nous exposions brièvement le sens du mot discrimination en droit administratif.

2. Droit administratif

En droit administratif canadien, et plus particulièrement en droit municipal, la discrimination consiste dans l'utilisation arbitraire et partielle d'un pouvoir discrétionnaire, de sorte que la règle générale qui devrait s'appliquer à tous est remplacée par une règle qui varie selon les personnes ou les groupes de personnes¹³.

Pour être sanctionnée en droit administratif, la discrimination doit causer un préjudice, une injustice flagrante, la gravité de l'abus de discrétion étant d'une certaine importance¹⁴.

Quant au règlement discriminatoire, c'est celui qui, dans l'application d'une loi, établit des catégories de personnes non autorisées par la loi en vertu de laquelle ce règlement est adopté¹⁵.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA NOTION DE DISCRIMINATION CONTENUE DANS LA CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

A. LA DISCRIMINATION CONSISTE DANS UNE DISTINCTION, UNE EXCLUSION OU UNE PRÉFÉRENCE

Les trois termes ont en commun la notion de différence. La discrimination suppose un traitement différent, inégal. Ce traitement inégal prend toutefois des formes variées.

On peut penser d'abord à une forme manifeste, apparente de discrimination: une personne de couleur se fait refuser l'entrée dans un club de nuit. Les raisons de cette exclusion peuvent être multiples: ou le propriétaire est raciste, ou il invoque des intérêts économiques, soit son souci de conserver sa clientèle qui

n'accepterait pas la présence de gens de couleur, ou encore le propriétaire adopte une attitude paternaliste, en disant qu'il veut empêcher ses clients racistes d'exercer de la violence psychologique sur la clientèle de couleur. Mais peu important les intentions du propriétaire, la discrimination est manifeste. Un autre exemple de discrimination manifeste est la politique d'un employeur de n'embaucher que des hommes pour accomplir des tâches exigeant une certaine force physique.

Beaucoup plus souvent, toutefois, la discrimination se camoufle derrière une apparente légitimité. Le propriétaire d'un immeuble ne dit pas à un locataire éventuel qu'il refuse de louer aux Noirs: il dit plutôt que l'appartement vient tout juste d'être loué. Mais quand la personne qui a essuyé un tel refus envoie un ami de race blanche visiter le même appartement une heure plus tard, il est toujours libre. Une femme hautement qualifiée pose sa candidature à un poste. Pendant l'entrevue, on découvre qu'elle a deux enfants et l'employeur présume, et sans lui dire, qu'elle ne sera pas disponible pour faire les voyages exigés par sa fonction. Un homme moins qualifié est embauché et la femme ne saura jamais pourquoi elle a été refusée.

On voit donc que les degrés de subtilité dans la discrimination peuvent varier à l'infini et la plupart des cas de discrimination se situent dans une zone où elle n'apparaît pas manifestement.

C'est la jurisprudence américaine qui a commencé à définir un autre genre de discrimination: la discrimination systémique, c'est-à-dire celle qui est décelée à travers les effets ou les résultats discriminatoires d'un système. Cette approche suppose que l'on aille au-delà du cas particulier, du microcosme, pour évaluer le système global dans lequel un plaignant évolue.

Le premier arrêt qui a reconnu cette forme de discrimination est L'arrêt *Griggs vs Duke Power Co.*¹⁶ où la question en litige était la suivante: est-ce qu'un employeur peut exiger un diplôme d'études secondaires et un test d'intelligence pour accéder à certaines catégories d'emploi ou pour obtenir une promotion? La Cour suprême a conclu que ces exigences limitaient sérieusement l'embauche de personnes appartenant aux minorités par rapport aux personnes de la majorité blanche. De plus, la compagnie Duke Power n'avait pas réussi à démontrer une relation entre la capacité d'exécuter les tâches concernées et les exigences demandées pour l'emploi. On a donc pu conclure que, même en l'absence d'intention d'exclure un groupe, un employeur pouvait se rendre coupable de discrimination, à travers des politiques apparemment neutres, mais dont l'application avait des

effets discriminatoires. On a appelé cette théorie la théorie du "disparate impact" ¹⁷. Une fois que le demandeur a établi qu'une politique crée un "disparate impact" ou un effet d'exclusion, cela constitue une preuve *prima facie* et il appartient ensuite à l'employeur de démontrer qu'il y a une relation manifeste entre la tâche et les exigences. Autrement dit, l'employeur doit prouver que sa pratique constitue un "business necessity". De plus, même si la pratique est reliée à la tâche, il doit démontrer qu'il n'a pu utiliser d'autres moyens moins dommageables aux minorités pour arriver à ses fins¹⁸.

Dans cette veine, bien des pratiques ont été jugées discriminatoires parce qu'elles avaient pour effet d'éliminer les personnes appartenant à certaines minorités. Tels sont, par exemple, le fait de réserver les postes à ceux qui ont déjà de l'expérience dans l'industrie¹⁹ et la pratique du recrutement par la méthode du bouche à oreille²⁰.

Une autre application de la théorie du "disparate treatment" a été reconnue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *McDonnell Douglas Corp. vs Green*²¹. Dans cette affaire, la Cour suprême a admis que le plaignant avait réussi à établir une preuve *prima facie* de discrimination en démontrant les faits suivants: 1) son appartenance à une minorité raciale; 2) le fait qu'il ait posé sa candidature et qu'il ait été qualifié; 3) le refus de l'employeur; 4) le fait que le poste soit demeuré ouvert après ce refus, l'employeur continuant à chercher des candidats. Une fois ces faits démontrés, le fardeau appartient à l'employeur de prouver qu'il avait des raisons légitimes et non discriminatoires pour refuser le plaignant.

Comme on peut le constater, l'effet révolutionnaire de cette approche, c'est que la preuve de la discrimination peut être faite à partir d'un grand nombre d'éléments, dont les statistiques démontrant, par exemple, que 22% de la population d'une région est de race noire, mais que telle entreprise située dans cette région n'en compte que 2%²².

Cette approche de la discrimination a des avantages certains: le plaignant n'est pas toujours obligé de constituer un dossier démontrant que l'employeur, intentionnellement, l'a traité plus mal qu'un autre. Cette façon d'aborder la discrimination tient compte du fait que l'"inconscient collectif" d'une société désire l'exclusion de certains groupes sans même que les membres de cette société ne se rendent compte individuellement de cette volonté d'exclusion. Le fait que la discrimination soit "inconsciente" ne supprime cependant pas pour l'employeur l'obligation de réparer.

La loi américaine qui a donné lieu à cette approche jurisprudentielle est le Title VII du Civil Rights Act²³. Cette loi ressemble aux dispositions de la Charte concernant la discrimination.

Jusqu'à maintenant, la Commission des droits de la personne n'a pas tenté de faire ressortir devant les tribunaux cette forme de discrimination qu'est la discrimination systémique et il faut attendre des décisions de nos tribunaux sur cette question.

Bien entendu, il ne saurait être question d'importer sans nuances au Québec des notions intégrées dans le corps social et législatif des États-Unis, mais à notre avis, on pourrait s'en inspirer dans l'interprétation et l'application de la Charte.

Cette approche de la discrimination commence d'ailleurs à faire son chemin au Canada²⁴. En effet, certaines décisions ont été rendues en ce sens par divers tribunaux des droits de la personne²⁵.

Ainsi, l'en a décidé que des exigences de taille, non nécessaires pour l'exercice de la fonction, et qui avaient pour effet d'éliminer les femmes étaient discriminatoires²⁶.

Si la Commission des droits de la personne du Québec n'a pas eu à faire reconnaître cette forme de discrimination devant les tribunaux, elle a déjà donné quelques avis en ce sens²⁷.

De façon générale, on peut dire que l'éradication de la discrimination de la société québécoise ne pourra se faire qu'en considérant ce phénomène non plus comme un microcosme, mais comme un problème social et global qui doit être traité comme tel.

B. LA DISTINCTION L'EXCLUSION OU LA PRÉFÉRENCE DOIT ÊTRE FONDÉE SUR UN MOTIF OU CRITÈRE ILLICITE OU INTERDIT

Toutes les distinctions, exclusions ou préférences ne sont pas contraires à la charte des droits et libertés de la personne. Seules sont considérées illicites celles qui sont fondées sur l'un des motifs ou critères expressément mentionnés à l'article 10, soit la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, ou le fait d'être une personne handicapée ou d'utiliser quelque moyen pour pallier son handicap²⁸.

L'article 10 dit que la distinction, pour être discriminatoire, doit être fondée sur l'un de ces motifs. Il ne stipule pas que le critère illicite doit avoir à lui seul déterminé l'acte discriminatoire et, précisément, ce n'est pas en ce sens que l'article 10 doit être interprété.

Il convient ici de rappeler que la règle de preuve en matière civile est la règle de la prépondérance de la preuve, et que la victime de discrimination - ou la Commission si elle prend fait et cause pour la victime - doit faire pencher de son côté le poids des probabilités²⁹.

En conséquence, la victime ou la Commission doit établir, par preuve prépondérante, que la distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un motif illicite, même s'il n'est pas le motif unique de l'acte reproché.

En droit pénal, il a été jugé que lorsque le législateur désire que l'en recherche le motif déterminant, la causa causans d'une décision, il doit le mentionner expressément (et ceci, quoique la règle du doute raisonnable impose un fardeau plus lourd quant à la preuve du geste illicite):

"In considering an enactment devoid of the words "sole reason" or "for the reason only" applied to the act of dismissal and resting only on the word "because", the Court must take an expanded view of its application. If the evidence satisfies it beyond a reasonable doubt that membership in a trade union was present to the mind of the employer, in his decision to dismiss, either as a main reason or one incidental to it, or as one of many reasons regardless of priority, S. 110(3) of the Canadian Labour Code has been transgressed."³⁰

Une telle règle d'interprétation ne nous semble pas avoir été formulée en matière civile. nous sommes cependant d'avis que a fortiori, l'on devrait la retenir en matière de preuve civile. Comme le mentionnent Nadeau et Ducharme³¹, il n'existe pas de standard quant au degré de preuve requis dans tel ou tel cas. L'on dit, de façon analogue, en Common law:

"The degree of probability which must be established will vary from case to case. The degree depends upon the subject matter. A Civil Court when considering a charge of fraud will naturally require for itself a higher degree of probability than that which it would require when asking if

negligence is established. It does not adopt so high a degree as a Criminal Court even when considering a charge of a criminal nature: but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion³².

L'on doit tenir compte, en matière de droits et libertés de la personne, de la difficulté inhérente à la preuve de la discrimination³³.

Le degré de preuve requis dans l'application des articles 10 à 19 (car ce n'est pas le cas pour les infractions de l'article 87a) de la Charte est celui qui est exigé en matière civile. Nous croyons qu'on peut reprendre ici ce qu'écrit le professeur J.-L. Baudouin parlant de la responsabilité civile:

"Les tribunaux n'exigent pas que le demandeur établisse le lien causal au-dessus de tout doute et d'une manière certaine. Il suffit que la preuve rapportée rende probable l'existence d'un lien direct"³⁴.

Bref, lorsqu'il apparaît probable qu'un motif discriminatoire a été la cause directe de la décision, l'exigence de preuve est rencontrée³⁵.

C. LA DISTINCTION, L'EXCLUSION OU LA PRÉFÉRENCE DOIT AVOIR POUR EFFET DE COMPROMETTRE LE DROIT · L'ÉGALITÉ DANS LA RECONNAISSANCE ET L'EXERCICE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

1. Le droit protégé ici est le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. De quels droits s'agit-il?

Il s'agit, en premier lieu, des droits et libertés de la personne consacrés par la Charte aux articles 1 à 48. Et, en second lieu, des droits et libertés de la personne qui n'y seraient pas inscrits. L'article 10, en effet, n'est pas une disposition uniquement interprétative. Il constitue une disposition substantive qui englobe tous les droits et libertés de la personne et qui a pour effet d'en prévenir la violation quand elle est fondée sur un des motifs prévus par l'article 10.

- a) Les droits protégés ne sont pas limités à ceux qui sont reconnus aux articles 11 à 19, mais à tous ceux qui sont consacrés par les articles 1 à 48.

Il y a donc tout lieu de croire que les mots "droits et libertés de la personne" possèdent, à l'article 10, une acception aussi vaste que dans le titre même de la loi. En d'autres termes, l'article 10 incorporerait, à l'intérieur de ses limites, tous les droits et libertés de la personne, même ceux qui sont énoncés ailleurs qu'aux articles 11 à 19.

Cette interprétation pourrait toutefois être tenue en échec si l'on pouvait considérer l'article 10 non pas comme une disposition organique, mais comme une disposition interprétative. Dans ce cas, l'article 10 ne servirait qu'à préciser la signification et la portée des articles 11 à 19; il n'aurait pas l'effet englobant ou l'effet d'incorporation suggéré plus haut. Il constituerait une disposition qui serait à peu près de la même nature que l'article 20, article qui, on le verra, ne sert en effet qu'à mieux délimiter la portée et l'effet des articles 11 à 19.

Or, il est vrai que, dans une certaine mesure, l'article 10 est un article interprétatif. Il l'est d'abord en son premier alinéa, en ce qu'il énumère de façon exhaustive les motifs prohibés de discrimination et en ce qu'il considère que l'égalité est violée lorsqu'on établit soit une distinction, soit une exclusion, soit même une préférence. Il l'est aussi, dans son second alinéa, lorsqu'il définit ce qui constitue de la discrimination.

Mais si le législateur avait voulu faire de l'article 10 une disposition exclusivement interprétative, il aurait dû s'exprimer autrement aussi bien dans l'article 10 même que dans diverses autres dispositions de la Charte.

- o Dans l'article 10 lui-même, il aurait pu se limiter à définir la discrimination et à énoncer les motifs illicites. C'est la technique qui a été employée, avec diverses variantes, par les Human Rights Codes des provinces canadiennes et par la Loi canadienne sur les droits de la personne. Au lieu de cela, le législateur québécois a choisi d'utiliser à l'article 10 la formule type qui sert à énoncer un droit substantif: "Toute personne a droit..." qu'on retrouve notamment aux articles 4, 5, 6, 21, 22, 23, 26, 27, 29, 32, 34, 40, 44, 45 et 48; sans parler des variantes: "Tout être humain a droit..." ou "Tout accusé a droit ...
- o À l'article 69 de la Charte, qui prévoit les cas où la Commission des droits de la personne peut faire enquête, on ne parle ni d'un droit reconnu aux articles 11 à 19, ni d'un droit reconnu aux

articles 10 à 20. Si le législateur, à l'article 69, ne parle pas de l'article 20, ce n'est pas parce que la Commission des droits de la personne, lorsqu'elle fait enquête, doit l'ignorer. Mais c'est uniquement parce que l'article 20 est un article clairement interprétatif, qui n'énonce aucun droit et qui n'est pas susceptible d'atteinte. Il sert néanmoins à décider si une plainte est fondée.

Si l'article 10 était uniquement interprétatif, il n'aurait pas dû être mentionné à l'article 69. Il n'empêche que, dans cette hypothèse, la Commission des droits de la personne aurait dû également prendre l'article 10 en considération pour décider si une plainte est fondée ou non, puisque cet article aurait été essentiel - comme il l'est d'ailleurs - pour interpréter le mot discrimination qui apparaît dans les articles 11 à 13 et 15 à 19.

Au contraire de cela, l'article 69 nous dit en toutes lettres que l'article 10 reconnaît un droit et qu'une personne peut être victime d'une atteinte à ce droit que reconnaît l'article 10.

o Le même raisonnement peut être fait sur la base de l'article 87.

L'article 87 définit des infractions pénales. Or il énonce clairement que celui qui contrevient à l'article 10 commet une infraction. Cela n'a de sens que si l'article 10 est une disposition organique, substantive, créant ou énonçant un droit, au même titre que les articles 11 à 19. L'article 20, lui, est toujours omis, remarquons-le.

Pour toutes ces raisons, nous estimons que l'article 10 est une disposition substantive, en plus d'être interprétative; et qu'elle ne peut être considérée comme substantive si on en limite la portée au seul domaine visé aux articles 11 à 19. Il faut donc lui donner la portée qui est celle de ses termes mêmes, à savoir d'incorporer tous les droits et toutes les libertés de la personne à la condition que ces droits et libertés soient violés par discrimination.

Cette interprétation est partagée par certains³⁶ mais non par tous³⁷. C'est le cas du professeur Tarnopolsky qui ne donne toutefois aucune raison pour appuyer son opinion.

b) De plus, nous sommes d'avis que la Charte reconnaît même les droits et libertés de la personne qui n'y sont pas inscrits. En effet, l'article 50 affirme que "la Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou

l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit."³⁸

Il est intéressant de souligner que l'article 10 de la Charte est rédigé dans le style français, c'est-à-dire que l'on s'y est attaché à formuler une règle générale au lieu d'énoncer de multiples applications comme le font les Human Rights Codes. Le législateur a voulu que toute atteinte, par discrimination, au droits et libertés de la personne, puisse donner lieu à des recours spécifiques, dont la possibilité de porter plainte à la Commission des droits de la personne.

2. La reconnaissance et l'exercice, en toute égalité, des droits et libertés de la personne et le droit à l'égalité

Qu'est ce droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne? S'agit-il dans la Charte d'un droit absolu?

Il ressort de tout ce qui précède que le principe du droit à l'égalité n'intervient que lorsqu'il s'agit de reconnaître certains droits et libertés fondamentales.

De plus, nous avons vu que les distinctions illicites sont limitées à celles qui sont fondées sur l'un ou l'autre des motifs expressément prévus par la Charte.

Outre ces restrictions, l'article 20 de la Charte vient atténuer la portée du droit à l'égalité. Cet article énonce que:

"Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualité exigées de bonne foi pour 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."

Il convient donc ici d'analyser l'article 20 de la Charte, pour apprécier sa portée comme exception au principe de la reconnaissance et de l'exercice, en toute égalité, des droits et libertés de la personne.

Une analyse grammaticale de cette disposition nous amène à conclure qu'elle prévoit diverses situations que l'on peut diviser en deux catégories. La première vise le domaine de l'emploi, la seconde s'applique aux institutions sans but lucratif.

La première partie de l'article 20 vise une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les attitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi. Cette disposition n'est pas inédite et peut être utilement rapprochée de certaines dispositions analogues qu'on retrouve dans la législation tant américaine que canadienne.

Aux États-Unis, le Civil Rights Act, Title VII, de 1964 contient la disposition suivante, à l'article 703 (e)(b):

"Notwithstanding any other provision of the title, it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees (...) on the basis of (...) religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise."

L'interprétation donnée par les tribunaux à cette disposition a pu varier selon les circonstances. En effet, chaque cas particulier pose un problème, puisque l'article dit bien: "the normal operation of that particular business".

Toutefois, on peut affirmer que les tribunaux ont donné au mot "necessary", dans cet article, un sens fort. Ainsi, dans *Diaz vs Pan American World Airlines Inc.*, on a affirmé:

"We begin with the proposition that the use of the word 'necessary' in section 703 (e) requires that we apply a business necessity test, not a business convenience test. That is to say, discrimination based on sex is valid only when the essence of the business operation would be undermined by not hiring members of one sex exclusively."³⁹

Dans l'arrêt *Phillips vs Martin Marietta Corp.*, le juge Marshall écrivait⁴⁰:

"By adding the prohibition against job discrimination based on sex to 1964 Civil Rights Act, Congress intended to prevent employers from refusing 'to hire on individual based on stereotyped characterizations of the sexes (...).

Even characterizations of the proper domestic roles of the sexes were not to serve as predicates for restricting employment opportunity. The exception for "bona fide

occupational qualifications" was not intended to swallow the rule."

Il s'agissait dans cette affaire d'un employeur qui refusait d'employer des femmes mères de jeunes enfants. La Cour suprême a décidé:

"When performance characteristics of an individual are involved, even when parental roles are concerned, employment opportunity may be limited only to employment criteria that are neutral as to the sex of the applicant".

Au Canada, on retrouve la même disposition, sous des formulations variées, dans les lois des diverses provinces.

En Ontario, par exemple, l'article 4 6) du Human Rights Code affirme:

"The provisions of this section relating to any discrimination, limitations, specification or preference for a position or employment based on age, sexe or marital status do not apply where age, sex or marital status is a bona fide occupational qualification and requirement of the position or employment."⁴¹

Au Nouveau-Brunswick, on précise que c'est la Commission qui jugera s'il s'agit bien de "bona fide occupational qualification"⁴².

· l'Ile-du-Prince-Édouard, on précise que c'est à la personne qui allègue "bona fide qualification" de prouver qu'il s'agit bien d'une telle qualification⁴³.

On peut maintenant se demander quelle est la portée de la règle québécoise.

L'article 20 de la Charte québécoise utilise une formule qui s'inspire du Title VII du Civil Rights Act et des lois canadiennes.

L'expression "qualités exigées de bonne foi pour un emploi" pourrait être interprétée de la façon suivante dans l'article 20.

L'article 20 est une exception à la règle générale, il doit donc être interprété comme une mesure exceptionnelle. Il faut prendre garde de ne pas donner à l'exception plus étendue qu'à la règle. Comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis, "the exception (...) was not intended to swallow the rule."

Par conséquent, la liberté absolue de choisir ses employés n'existe plus. L'employeur est limité dans sa liberté par les articles 10, 11, 16 à 19. L'employeur ne peut plus choisir ses employés sur la base de motifs prohibés par l'article 10 et, notamment, il n'y a plus d'emplois réservés aux hommes et des emplois réservés aux femmes: le critère, c'est la compétence à accomplir un travail.

Parfois, un emploi donné exigera certaines qualités qui obligent l'employeur à se fonder sur un motif qui, en vertu de l'article 10, serait discriminatoire.

Pour savoir si l'existence d'une telle qualité ou aptitude est réputée non discriminatoire en vertu de l'article 20, il faut se demander si elle est intimement liée à l'emploi. La réponse que l'on donnera doit être une réponse objective. En effet, même si l'employeur croit qu'il faut absolument une femme pour remplir un poste de secrétaire, ce n'est pas l'intention de l'employeur qu'il faut scruter, mais la réalité objective. En effet, l'article 20 parle bien de qualités exigées pour un emploi⁴⁴.

Cette exigence d'une qualité comportant une connotation discriminatoire, au sens de l'article 10, doit être faite de bonne foi, c'est-à-dire en toute honnêteté, et avec l'intention de se conformer à la loi. La bonne foi dont on parle ici, c'est la bonne foi, au sens contractuel du mot. Toutes les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

"Cela signifie, notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit. La loi du contrat (comme celle de l'État) doit être appliquée selon son esprit, présumé raisonnable et équitable, et il est une loyauté exigée des contractants, comme un loyalisme exigé des citoyens⁴⁵".

Bref, ce qu'il importe d'affirmer c'est qu'une personne ne doit jamais être jugée selon les stéréotypes ou les préjugés rattachés à la classe à laquelle elle appartient, mais selon ses qualités personnelles.

La seconde partie de l'article 20 vise une distinction, exclusion ou préférence 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.

Qu'est-ce que l'institution sans but lucratif? Ce pourrait être une corporation ou association ayant obtenu une charte en vertu de la troisième partie de la Loi sur les compagnies⁴⁶ et qui n'a pas de capital action, ou toute autre institution, université, école, église, etc., qui n'agit pas dans un but de lucre.

Une telle institution peut faire des distinctions, exclusions ou préférences qui autrement seraient jugées discriminatoires selon l'article 10, à condition qu'elles soient justifiées par le caractère de l'institution.

Le mot "justifiée" comme le mot "exigé" dans l'article 20, est un mot qui nous réfère à des critères objectifs.

De plus, ce n'est pas toute forme de discrimination qui est autorisée par l'article 20. Ainsi, une école vouée à l'enseignement de la religion hébraïque serait justifiée d'exiger que ses professeurs appartiennent à cette religion, mais elle ne serait pas nécessairement justifiée d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe ou l'origine nationale.

De même, une institution vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est justifiée d'exclure des personnes qui n'appartiennent pas à ce groupe, mais elle ne doit pas exercer de la discrimination pour des motifs qui n'ont aucun rapport avec l'ethnie.

Il faudra donc, dans chaque cas, comparer le véritable caractère de l'institution avec les motifs allégués pour justifier une certaine discrimination et voir s'il y a une véritable adéquation entre le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif de l'institution et le motif invoqué pour exclure, préférer ou distinguer⁴⁷.

De toute façon, il convient de répéter que cet article étant une exception au principe général, il faut lui donner une portée restrictive.

D. LA MISE EN OEUVRE DU DROIT à L'ÉGALITÉ

La mise en œuvre du principe de l'égalité défini par la Charte peut être considérée sous deux angles distincts: dans les rapports entre les personnes et dans la législation elle-même.

1. Le droit à l'égalité dans les rapports entre les personnes

Cet aspect de la question du droit à l'égalité semble être résolu par la Charte elle-même. Les actes posés par ceux qui sont régis par la Charte des droits et libertés de la personne ne doivent pas compromettre ou détruire le droit à l'égalité. Comme le soulignent d'ailleurs les articles 11 à 20, nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique, convenir d'une clause discriminatoire, publier un avis discriminatoire, empêcher autrui d'avoir accès aux lieux publics exercer de la discrimination dans l'embauche ou en cours d'emploi, etc. Même la Couronne, en vertu de l'article 52, est tenue de respecter le principe d'égalité. Ce qui signifie que les divers ministères et agents du gouvernement sont aussi tenus à cette obligation

Mais comment, concrètement, respecte-t-on ce principe?

Nous avons vu précédemment qu'il y a une discrimination subtile qui, sous les apparences du respect de l'égalité, compromet le droit de certaines classes de personnes à obtenir, par exemple, des emplois ou des promotions. Nous avons mentionné certains systèmes de recrutement du personnel.

Éliminer ces exigences ou systèmes non requis pour la fonction, peut certainement être un facteur positif vers la réalisation du droit à l'égalité.

Mais d'autres problèmes peuvent se poser quant aux moyens à prendre pour permettre à certaines minorités, par exemple, d'accéder à l'éducation, ou au travail. Que l'on songe aux minorités ethniques ou raciales ou aux femmes, l'on sait que ce sont des groupes de personnes qui, traditionnellement, historiquement, ont été tenus au bas de l'échelle, dans le monde de l'éducation et dans le monde du travail. Et les personnes appartenant à Ces groupes accusent un tel retard que même l'application rigoureuse de règles apparemment égalitaires ne suffit pas à leur permettre de rattraper rapidement ce retard. La question qui se pose est alors la suivante: est-il permis, selon la Charte, de prendre des mesures ayant comme objectif de faire accéder les personnes appartenant à ces groupes, à des fonctions dont elles ont été historiquement et traditionnellement écartées?

Le présent document ne peut apporter une réponse vraiment satisfaisante à cette question qui fait actuellement l'objet d'une étude spécifique.

Nous pouvons toutefois affirmer que si, bien sûr, l'interdiction d'exercer de la discrimination suppose l'élimination d'actes discriminatoires pris isolément, il faut aussi considérer la

discrimination dans son ensemble et mettre en œuvre les moyens susceptibles de la contrer d'une manière globale. L'article 66 de la Charte va dans ce sens quand il affirme que:

"La Commission doit promouvoir, par toutes mesures appropriées, les principes contenus dans la (...) Charte".

On peut donc affirmer que des programmes visant à corriger des situations généralisées de discrimination s'inscrivent précisément dans la ligne d'action de la Commission des droits de la personne.

Bien sûr, la Charte pose, à l'article 10, qu'une préférence ayant pour effet de détruire ou de compromettre un droit constitue de la discrimination et de tels programmes constituent effectivement une préférence. C'est pourquoi, en vue de clarifier la situation et de permettre, si besoin était, des programmes vigoureux de redressement progressif, la Commission a-t-elle recommandé, dans chacun de ses rapports annuels, depuis 1976, des amendements à la Charte.

Toutefois, nous sommes convaincus, à l'instar du juge Brennan de la Cour suprême des États-Unis⁴⁸ qu'une loi qui a été mise en vigueur pour combattre la discrimination ne saurait être invoquée pour prononcer l'illégalité de tout programme ou mesure visant à la faire disparaître, si par ailleurs ces programmes n'ont pas pour effet de détruire ou de compromettre les droits d'autrui⁴⁹.

Comme le souligne le préambule de la Charte, les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général. Les programmes favorables aux défavorisés ne doivent donc pas avoir pour effet de détruire ou de compromettre les droits de d'autres personnes.

L'on sait d'ailleurs que ces programmes sont permis par la Loi canadienne sur les droits de la personne⁵⁰ et par le lois de la plupart des provinces canadiennes⁵¹.

Ainsi, un programme d'éducation destiné aux chômeurs, ou aux femmes qui ont passé plusieurs années de leur vie au foyer n'est pas, en soi, discriminatoire au regard de la Charte des droits et libertés de la personne.

Toutefois, toutes les situations ne sont pas aussi faciles à apprécier. C'est pourquoi la Commission désire-t-elle continuer à étudier plus à fond cette question des programmes spéciaux.

2. Le droit à l'égalité comme norme applicable à la législation

La question qui se pose ici est la suivante: le législateur est-il lié de façon absolue par le droit à l'égalité? Peut-il effectuer des distinctions fondées sur un motif, à première vue discriminatoire, pour redresser précisément des inégalités préexistantes ou pour tenter de réaliser une plus grande justice sociale?

Le législateur québécois, à l'article 52 de la Charte, a limité lui-même, non pas sa souveraineté, puisqu'il peut toujours déroger explicitement à la Charte, mais sa possibilité de mettre en vigueur des lois discriminatoires, sans tenir compte de la Charte. L'article 52 se lit ainsi:

"Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte".

Si une loi antérieure à la Charte est discriminatoire, elle a toute sa valeur et l'on ne peut que demander au législateur de la modifier. C'est d'ailleurs le devoir de la Commission des droits de la personne de le faire.

Si une loi postérieure à la Charte contient une disposition déclarant que cette loi s'applique malgré la Charte, c'est le principe de la souveraineté du pouvoir législatif qui doit s'appliquer.

Mais si une loi postérieure à la Charte ne contient pas de disposition dérogatoire, comment appréciera-t-on son caractère discriminatoire? Une loi "discriminante" sera-t-elle toujours dérogatoire à la Charte?

Il nous apparaît important ici de distinguer les dispositions de la Charte de celles de la Déclaration canadienne des droits⁵². Nous croyons que la volonté du législateur québécois a été de donner à la Charte une portée différente de celle qui a été attribuée à la Déclaration canadienne⁵³ par la Cour suprême du Canada.

La Charte des droits et libertés de la personne, contrairement à la Déclaration canadienne, prévoit, à l'article 10, une définition de la discrimination qui comprend le principe d'égalité. Comme on l'a vu, il y a discrimination quand un droit fondamental est détruit ou compromis par une distinction, une exclusion ou une préférence fondée sur un motif illicite.

De plus, alors que la Déclaration canadienne, en son article

2, mentionne que toute loi du Canada doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas restreindre ou enfreindre l'un des droits ou libertés qui y sont reconnus, le libellé des articles 51, 52 et 53 de la Charte est beaucoup plus précis et l'on voit que le législateur a voulu limiter d'abord le domaine d'application de la Charte, pour ensuite mieux en affirmer la primauté.

L'article 51 énonce que la Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

La portée de l'article 52 est elle-même restreinte. Premièrement, il n'y a primauté de la Charte que par rapport aux lois qui lui sont postérieures, c'est-à-dire les lois mises en vigueur après le 28 juin 1976, date de mise en vigueur de la Charte. Deuxièmement, ce ne sont que les articles 9 à 38 de la Charte qui sont prépondérants, c'est-à-dire les dispositions qui concernent le secret professionnel, la discrimination, les droits politiques et judiciaires. Le législateur peut donc, par exemple, sans accroc à l'article 52 de la Charte, restreindre l'exercice de la liberté d'opinion et d'expression consacrée à l'article 3, mais s'il prive de cette liberté une catégorie de personnes protégées par l'article 10, et s'il le fait sans dire expressément qu'il le fait malgré la Charte, ce sont les principes de la Charte qui prévaudront.

L'article 53 affirme que si un doute surgit dans l'interprétation de la loi, il est tranché dans le sens de la Charte.

Les articles 51 et 52 de la Charte sont donc des dispositions substantives visant le contenu même des lois, alors que l'article 53 est une disposition interprétative qui vise à préciser, en cas de doute, le sens d'une disposition législative.

Bref, contrairement au législateur canadien dans la Déclaration canadienne, le législateur québécois ne s'est pas contenté d'affirmer le principe de l'égalité devant la loi, mais il en a précisé l'articulation et la portée de la façon suivante: premièrement, le principe d'égalité est limité dans le temps, puisque l'article 52 ne s'applique qu'aux lois postérieures; deuxièmement, les catégories de personnes qui bénéficient de ce principe ne sont que les personnes visées par les critères énumérés à l'article 10; troisièmement, les droits bénéficient de la primauté de la Charte sont définis; ce sont ceux qui sont compris aux articles 9 à 38: le droit au secret professionnel, le droit de ne pas subir de la discrimination, les droits politiques et judiciaires.

Mais à l'intérieur des limite qu'il s'est imposées en énonçant l'article 52 de la Charte, le législateur québécois est-il tenu de ne faire aucune distinction fondée sur l'un des critères mentionnés à l'article 10? Par exemple, pourrait-on dire, à la limite, que la Loi sur l'impôt est discriminatoire parce qu'elle taxe davantage les riches que les pauvres?

Une telle affirmation conduirait à l'absurde et nous amènerait à nier l'objectif même d'une loi comme la Charte. Pour éviter un tel écueil, il faut lire l'article 52 de la Charte à la lumière de la définition de la discrimination qui est donnée à l'article 10.

La discrimination prohibée par la Charte, c'est celle qui a pour effet de priver d'un droit.

La majorité des auteurs s'accorde d'ailleurs à reconnaître que le principe de l'égalité ne peut être absolu et que le législateur peut élaborer des lois qui contiennent des distinctions⁵⁴.

Le professeur J. C. Smith s'exprime ainsi sur la question:

"Common sense and experience tells us that laws must discriminate between people. Some laws apply to drivers of cars, some to pedestrians, some to judges, others to police officers, some apply to the young and others to the old, some to the married, and others to the unmarried. Our whole cultural tradition and our inherent sense of justice, on the other hand, tells us that some forms of discrimination are unjust and wrong. What is needed then is a principle or definition which will allow us to distinguish between legitimate and illegitimate forms of differentiation in the law."⁵⁵

Le professeur Tarnopolsky, recherchant comment le judiciaire peut légitimer des distinctions législatives, s'en remet à la notion d'égalité de fait. Une loi qui a pour effet de rétablir l'égalité de fait là où elle était inexistante n'est pas une loi discriminatoire. Insistant sur la nécessité, pour le judiciaire, de rechercher à cet égard l'intention du législateur, il ajoute que la question est de déterminer si une inégalité de traitement constitue en l'espèce une inégalité devant la loi. Cette évaluation, selon lui, doit se faire de la façon suivante:

"This assessment should be made on the basis of a standard

like: is the distinction in the law of process justifiable in a liberal democratic state which is committed to a policy of equality of opportunity, of striving for equality in fact."⁵⁶

De plus, le droit international public reconnaît aussi comme valides des mesures visant à redresser des situations antérieures d'inégalité. Le dix-huitième rapport de la Commission d'étude sur l'organisation de la paix contient en effet les propos suivants:

"It was agreed that in another paragraph of Article 2 the State Parties should undertake to guarantee that the rights set out in the covenant will be exercised without discrimination of any kind, as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. It was recognized, however, that the protective measures taken by various states for the benefit of certain socially and educationally backward groups of the population were aimed at reestablishing equality and could not therefore be violations of this articles."⁵⁷

Ce critère de la recherche de l'égalité de fait a d'ailleurs été reconnu dans une décision québécoise se rapportant à l'application de la Charte des droits et libertés de la personne. Il s'agissait de la contestation d'un article ajouté à la Loi sur l'aide sociale après la mise en vigueur de la Charte, et qui exclut de l'admissibilité à l'aide sociale les personnes impliquées dans une grève ou leur famille. Dans l'espèce, le requérant est une personne qui a perdu son emploi à la suite d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif de travail et son épouse. Il est important de noter que la personne qui a perdu son emploi était en période de probation et qu'elle n'était pas syndiquée, donc que son arrêt de travail ne dépendait nullement de sa volonté ou d'une décision collective à laquelle elle était liée. Elle invoquait une discrimination fondée sur sa condition sociale. Quant à son épouse, elle invoquait que c'était à cause de son état civil d'épouse d'une personne impliquée dans une grève qu'elle était exclue de l'admissibilité à l'aide sociale⁵⁸.

Voilà comment le juge a analysé le concept d'égalité dans la législation:

"Le droit à la reconnaissance et l'exercice "en pleine égalité" des droits et libertés de la personne ne peut s'envisager comme un droit absolu. Le concept d'égalité et l'absence de discrimination, distinction, exclusion ou

préférence, paraît impliquer nécessairement l'établissement des différents parallèles entre certaines personnes ou certains groupes de personnes sous un aspect particulier. Il y aura égalité lorsque les membres de ce groupe eu égard à un aspect spécifique, auront des droits et des obligations identiques.

D'une façon constante, la législation établit des catégories d'individus auxquelles elle accorde des droits particuliers correspondant à des obligations définies ou confère même des avantages spéciaux à certains groupes de citoyens. S'il est un domaine où précisément le législateur a établi certaines catégories particulières de citoyens, qu'il privilégie dans le but d'élever le niveau de leur condition, c'est bien le droit social. Par exemple, la législation relative à l'assurance-chômage impose au travailleur et à son employeur de payer les primes qui permettent au groupe de ceux qui sont sans emploi de retirer les bénéfices conjugués de ces mises de fonds. De même toutes les lois fiscales permettent par le jeu des lois sociales de diminuer l'écart susceptible de séparer la condition sociale des uns et des autres. Il ne s'agit pas là, dans l'opinion du Tribunal, de discrimination ou de ségrégation qui aille à l'encontre des dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne."

Poussant jusqu'au bout ce raisonnement, un tribunal pourrait déclarer discriminatoire une disposition législative privant une catégorie de personnes, à cause de leur état civil, de leur condition sociale ou d'un autre motif illicite, du droit aux mesures sociales prévues par une loi générale destinée assurer à ceux qui sont dans le besoin un niveau de vie décent.

Par ailleurs, si la Charte, à l'article 20, reconnaît aux individus le droit de faire des distinctions, exclusions ou préférences quand ces distinctions sont exigées de bonne foi pour un emploi ou quand elles sont justifiées 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, il faut reconnaître à l'État le pouvoir d'établir, dans la législation, des distinctions qui seraient justifiées par l'intérêt public.

Mais à cause des dispositions substantives et impératives de l'article 52, une telle justification ne doit pas s'inférer du seul fait de la mise en vigueur d'une telle disposition législative.

La discrimination, les atteintes au secret professionnel, aux droits politiques et judiciaires sont prohibées. Tout accroissement législatif à l'un de ces droits doit être justifié, soit par la recherche de l'égalité de fait, soit par les exigences de l'intérêt public.

Pour respecter le principe d'égalité consacré par la Charte aux articles 10 et 52, le législateur peut donc faire, dans les lois, des distinctions raisonnables, justifiées dans un État démocratique poursuivant un idéal d'égalité de chances, d'égalité de fait.

Ainsi, par exemple, si les intérêts légitimes de la majorité peuvent être affirmés et respectés, il est important dans un régime démocratique où l'on est respectueux des droits et libertés de la personne de ne pas aller au-delà de ce qui est requis pour assurer ce respect.

CONCLUSION

En introduction, nous avons abordé la discrimination comme fait social. La conscience collective, dans le monde et dans le Québec de 1980, admet que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité mais, pour toutes sortes de raisons, ne réussit pas à intégrer ces valeurs dans les rouages de ses institutions et dans les relations privées entre les citoyens. Entre l'idéal d'une société égalitaire et une réalité sociale où règnent les inégalités de fait et où croit la discrimination, l'écart est immense.

Le législateur québécois, en adoptant la Charte des droits et libertés de la personne en 1975, a voulu proposer à la fois l'objectif à atteindre et les moyens concrets et efficaces d'y parvenir.

Le préambule de la Charte, on l'a vu, exprime le principe de l'égalité des êtres humains. Il indique aussi qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation.

Mais la Charte n'est pas seulement une déclaration de principes où une loi interprétative. Dans le domaine de la discrimination, elle prévoit que toute exclusion, distinction ou préférence fondée sur un critère illicite et qui a pour effet de détruire ou de compromettre un droit ou une liberté de la personne est une violation de l'obligation légale imposée par la Charte de respecter le principe d'égalité.

De plus, cette obligation de respecter, dans les limites prévues par la Charte, le principe d'égalité, est imposée non seulement aux personnes dans leurs relations privées, mais la Couronne qui y est aussi assujettie et même, dans une certaine mesure, au législateur lui-même.

La Charte n'est pas une panacée aux inégalités sociales. Il s'agit d'un outil limité. Par exemple, l'âge n'est pas actuellement un motif interdit de discrimination alors que l'on sait que les personnes de quarante-cinq ans et plus ont souvent des difficultés considérables à trouver un emploi en raison de leur âge.

Mais cette loi, si limitée soit-elle, porte en germe une possibilité de changement social vers une plus grande égalité car elle offre aux victimes de discrimination la possibilité de faire modifier à temps des comportements individuels et des situation plus généralisées.

La Charte ne fait pas qu'affirmer des droits et définir la discrimination, elle décrit les remèdes auxquels peuvent recourir les victimes éventuelles.

Le premier recours qui s'offre à ceux qui subissent la discrimination, c'est de s'adresser à la Commission des droits de la personne. Celle-ci comme on l'a vu, reçoit les plaintes d'individus ou de groupes victimes de discrimination, ou d'organismes voués à la défense des droits et libertés de la personne.

Elle fait enquête, étant en cela investie des pouvoirs des commissaires nommés en vertu de la loi sur les commissions d'enquête. Si elle conclut qu'il y a eu discrimination, elle tente d'amener les parties à régler leur différend. Si cette médiation échoue, elle peut recommander la cessation de l'acte reproché, l'accomplissement d'un acte ou le paiement d'une indemnité. Si cette recommandation n'est pas suivie dans le délai fixé, la Commission peut, avec le consentement de la victime, s'adresser aux tribunaux de droit commun pour faire cesser l'acte discriminatoire, accomplir un acte ou réclamer une indemnité en faveur de la victime.

Outre ses devoirs d'enquête, la Commission doit procéder à l'analyse des lois du Québec antérieures à la Charte et qui lui sont contraires et faire au gouvernement les recommandations appropriées.

De plus, elle doit établir un programme d'information et d'éducation destiné à faire comprendre et accepter l'objet et les

dispositions de la Charte, diriger et encourage les recherches et publications sur les libertés et droits fondamentaux, recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et libertés de la personne, étudier et faire au gouvernement les recommandations appropriées, enfin elle doit coopérer avec tout organisme du Québec ou de l'extérieur, voué à la promotion des droits et libertés de la personne.

Outre ce recours à la Commission, la Charte des droits et libertés de la personne est un instrument législatif qui peut être utilisé par tous devant les tribunaux de droit commun.

En effet, l'article 49 de la Charte prévoit:

"Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

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

Cet article 49, on le constate, est inspiré par la philosophie sous-jacente aux articles 1053 et 1065 du Code civil. Le manquement aux obligations légales de la Charte donne à la victime le droit à l'injonction et le droit à des dommages moraux et matériels. Mais la Charte comporte de plus une innovation: en cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

En plus des recours de l'article 49, la Charte peut être utilisée pour faire déclarer inopérante une loi postérieure à la Charte et qui lui serait contraire, si le législateur n'a pas énoncé expressément que cette loi s'applique malgré la Charte (art. 52).

En droit administratif, la Charte peut être un moyen supplémentaire de faire déclarer ultra vires un règlement discriminatoire à cause de l'un des motifs interdits par l'article 10.

Enfin, dans de nombreux cas, la Charte peut être utilisée comme loi d'interprétation car si un doute surgit dans l'interprétation d'une loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte (art. 53).

Instrument limité, certes, la Charte, on le voit, pourrait

devenir un instrument efficace dans la lutte contre la discrimination. Espérons que tous, législateur, avocats, magistrats, administrateurs, personnes de toutes conditions, sauront s'en servir adéquatement dans la poursuite de l'idéal de l'égalité.

/sd

AVIS CONCERNANT LA DISCRIMINATION INDIRECTE EN EMPLOI ET L'OBLIGATION DE PRENDRE DES MESURES D'ADAPTATION EN FAVEUR DES PERSONNES AFFECTÉS

Document adopté à la 359e séance de la Commission, tenue le 19 juin 1991, par sa résolution COM-359-8. 2.2

1. INTRODUCTION

Les articles 10 à 19 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12) interdisent la discrimination dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. Lorsque la discrimination découle d'un traitement différent fait sur la base d'un critère prohibé par la Charte (exemple: un employeur refuse d'embaucher les Autochtones), elle peut être qualifiée de directe. Lorsqu'en revanche, elle découle d'une règle ou d'une pratique apparemment neutre, appliquée de la même façon à tous, mais excluant ou désavantageant de façon significative certaines catégories de personnes, elle peut être qualifiée d'indirecte. Cette dernière forme de discrimination peut aussi constituer, selon la Commission des droits de la personne du Québec, une atteinte au droit à l'égalité.

Le présent avis vise à circonscrire les éléments de base de la discrimination indirecte, de même que le fondement juridique, la nature et la portée de l'obligation d'adapter une règle ou une pratique d'emploi à la situation particulière des personnes touchées.

2. LES ÉLÉMENTS DE BASE DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

2.1 Sources

La Commission considère que peut être source de discrimination indirecte tout ce qui détermine la conduite d'un employeur dans la gestion et l'exploitation de ses ressources humaines et matérielles.

Sont visés à ce titre, notamment

- les règles ou directives en vigueur dans l'organisation (exemple: les critères servant à la sélection du personnel). Une règle peut être implicite ou explicite, structurée ou non, détaillée ou non. Elle peut se retrouver, par exemple, dans un manuel de politiques, de procédures ou de directives, sur un babillard à l'intention des employés, dans une convention collective ou, au contraire, n'être consignée dans aucun écrit;
- les pratiques d'emploi suivies, c'est-à-dire la manière selon laquelle s'exerce, dans les faits, une activité. Une pratique peut ne pas être conforme aux règles en vigueur. Elle peut varier d'un secteur à l'autre d'une organisation;
- l'aménagement des lieux, équipements et horaires de travail;
- et, généralement, tout ce qui détermine la conduite de l'employeur en matière d'embauche, d'apprentissage, de durée de la période de probation, de formation professionnelle, de promotion, de mise à pied, de suspension, de renvoi ou de conditions de travail, dans l'établissement de catégories ou classifications d'emploi (article 16) ainsi qu'en matière de rémunération (article 19).

2.2 Effet discriminatoire

Pour évaluer le potentiel discriminatoire d'une règle ou pratique d'emploi, la Commission tiendra compte:

- de la situation du groupe qu'on dit désavantagé;
- celle du groupe-témoin; et
- de la différence entre les deux situations.

Sera considérée comme produisant un effet discriminatoire une règle ou pratique d'emploi qui exclut ou désavantage de façon significative, par rapport à un groupe-témoin, les personnes appartenant à un groupe visé à l'article 10. Exemples:

- ù Un horaire de travail obligeant à travailler le samedi peut avoir un impact discriminatoire sur les Juifs

pratiquants, puisqu'il leur impose de choisir entre leur travail et leur religion;

- ù Un critère d'embauche voulant que les employés mesurent au moins 5' 10" peut désavantager les femmes de même que les membres de certaines minorités ethniques ;(2)

(2) Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police (Ontario, 1979), où à peine 5% des femmes satisfaisaient à ce critère.

- ù Un test d'aptitudes mécaniques, auquel échouent 48% des femmes et seulement 20% des hommes , peut avoir un impact discriminatoire sur les candidatures féminines.(3)

(3) Action Travail des Femmes c. Canadien National, (1984) 5 C.H.R.R. D/2327 conf. à [1987] I R.C.S. 1114.

Une règle ou pratique d'emploi peut évidemment n'affecter qu'un seul individu. Exemple: l'employeur interdit à ses employés de porter la barbe, ce qui défavorise l'unique employé sikh de l'entreprise

3. LES MESURES D'ADAPTATION

Pour rester en vigueur et s'appliquer à une plaignante, la règle ou pratique d'emploi contestée doit

1. présenter un lien rationnel avec l'exercice de l'emploi;
2. être telle qu'une mesure d'adaptation prise en faveur du plaignant représenterait, pour l'employeur, une contrainte excessive.

3.1 Le lien rationnel avec l'emploi

La règle ou pratique d'emploi doit avoir été adoptée de bonne foi, et pour des raisons réellement reliées à l'exercice de l'emploi dans l'entreprise concernée. Exemple:

- ù Dans le cas d'un magasin à rayons faisant un important chiffre d'affaires, le samedi, un horaire de travail prévoyant normalement la présence au travail ce jour-là.

Les instruments (v.g. tests) utilisés par l'employeur pour mesurer les aptitudes et qualités des candidats doivent, dans ce

contexte, être validés. La validation consiste à vérifier si l'instrument mesure bien ce qu'il vise à mesurer et ce, selon les normes reconnues de la discipline concernée.

- ù Une évaluation psychologique, par exemple, doit être faite soigneusement. Une évaluation comprenant des questions peut-être non pertinentes ou simplistes (exemple: "le candidat a-t-il le regard droit?") peut désavantager les candidats appartenant à certaines cultures, sans pour autant refléter réellement leurs aptitudes psychologiques.
- ù · plus forte raison, un test mesurant des aptitudes et qualités non requises par l'emploi ne peut être justifié. (exemple: administrer un test d'aptitudes mécaniques à des personnes voulant devenir commis de bureau).

3.2 Les mesures d'adaptation et la contrainte excessive

La Commission considère qu'en vertu du principe d'égalité consacré par la Charte, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures d'adaptation de façon à éliminer l'impact discriminatoire que peut avoir une règle ou pratique ayant un lien rationnel avec l'emploi

ù L'adaptation consiste à prendre des mesures pour permettre aux personnes touchées de travailler, à moins que cela ne cause à l'employeur une contrainte excessive. Exemple:

- ù Un horaire de travail a un impact discriminatoire sur les employés de certaines religions. L'adaptation peut consister à remplacer ceux-ci, occasionnellement, par d'autres employés qualifiés et qui acceptent d'exercer les tâches, à mettre sur pied un régime d'horaires variables ou de congés ou pauses-café "mobiles", à leur permettre de reprendre leurs heures de travail à un moment opportun, etc.

Il y a contrainte excessive si l'adaptation requise entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur ou lui impose des coûts excessifs. La preuve d'une telle contrainte incombe à l'employeur. Pour déterminer s'il y a contrainte excessive, la Commission tiendra compte, notamment:

- de la taille de l'entreprise;
- de l'interchangeabilité des effectifs et des

installations;

- du coût financier;
- de considérations de sécurité, notamment l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui y sont exposés.(4)

(4) Selon la Cour Suprême du Canada, il serait également possible de tenir compte de l'impact de l'adaptation requise sur le moral du personnel et sur les règles de la convention collective (Commission des droits de la personne de l'Alberta c. Central Alberta Dairy Pool, [1990] 2 R.C.S. 489).

L'adaptation constitue pour l'employeur une obligation de moyens, et non de résultat. Elle s'arrête là où commencent les responsabilités de l'employé. Lorsque les mesures d'adaptation proposées par l'employeur ne suffisent pas à accommoder intégralement l'employé, il appartient à celui-ci de faire à son tour des concessions

A. en acceptant les mesures que l'employeur peut lui offrir;

ou

B. en renonçant à occuper son poste.

Dans des cas exceptionnels, l'application de la règle d'emploi contestée pourra être absolument requise par l'emploi. Exemple: dans un marché aux puces n'opérant que le samedi, l'obligation de travailler ce jour-là. Dans ces cas exceptionnels, dont la preuve incombe à l'employeur, l'obligation d'adaptation ne trouvera pas application.

/mb

NOTES

- 1 Marcel Trudel, L'esclavage au Canada français, Les presses de l'Université Laval, 1960.
- 2 Albert Einstein, Comment je vois le monde, Flammarion, 1979, p. 90.
- 3 Organisation internationale pour l'élimination de toute forme de discrimination raciale.
- 4 W. S. Tarnopolsky, "Le contrôle de la discrimination raciale au Canada", (1977) 18 C. de D. 663, p. 685.
- 5 P.G. du Canada c. Commission des droits de la personne (1977) C.S. 47, et les Ateliers d'Ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne (1978) C.S. 370.
- 6 Robert alphabétique et analytique de la langue française: "action de distinguer l'un de l'autre deux objets de pensée concrets".
 - Petit Larousse: "action de discerner, de distinguer; ségrégation".
 - Oxford English Dictionary: "The act of discriminating: the perceiving, noting or making a distinction or difference between things."
 - Webster's New World Dictionary: "The act of discriminating; or distinguishing differences; the ability to make or perceive distinction, perceptions; discernment; a showing of partiality or prejudice in treatment. Specific actions or policies directed against the welfare of minority groups".
- 7 Marc Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 pp. p. 12. Comme le souligne cet auteur, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement indiqué que telle était la signification du mot "distinction" dans la version française de l'article 14 de la Convention européenne, dans l'arrêt relatif au régime linguistique de l'enseignement en Belgique.
- 8 Ibid., p. 25.
- 9 Ibid., pp. 10 et 11.
- 10 W.S. Tarnopolsky, "Le contrôle de la discrimination raciale au Canada", (1977) 18 C. de D. 663, p. 679. Contra, R.N. McLaughlin, Commentaire, R. v. Smythe - The Canadian Bill of Rights - Equality before the Law - The meaning of discrimination - (1973) 51 R. du B. Can. 517; pour cet auteur, la discrimination dans la Déclaration canadienne des droits se réfère à des "fair or unfair distinctions".
- 11 Robert William Kerr, editor, Legislation against Discrimination in Canada. 1969, p. 1.
- 12 Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.

- 13 Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporation*, cité dans *Lamoureux c. Ville de Beaconsfield*, (1974) C.A. 168, à la p. 171.
- 14 Dussault, René, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, T. II, pp. 1414 et s.
- 15 Voir, à titre d'exemple, *The Fountainhead Fun Centers Ltd. c. Ville de Saint-Laurent*, (1979) C.S. 132. Voir aussi G. Pépin et Y. Ouellette, *Précis de contentieux administratif*, Montréal, 1977, p. 61 et s.
- 16 (1971) 401 U.S. 424.
- 17 Le même raisonnement a été employé dans le cas des exigences de taille. Dans *Officers for Justice vs Civil Service Commission*, il FEP 815, on a prétendu que les exigences de taille ont eu comme effet de discriminer contre les femmes et les membres masculins de certaines minorités ethniques:
"The statistical data before this court is sufficient to establish a prima facie case of employment discrimination where, as here, the selection device is per se discriminatory that is, it has on a prior-n foreseeably exclusionary effect that is evident before the actual application of the device to a body of applicants. This situation presents an even more compelling case for the plaintiffs than where the selection device is facially neutral and the discriminatory effect only incidentally manifests itself in the course of application. The "disproportionate ethnic and sexual impact" produced by this selection device establishes the plaintiff's prima facie case".
- 18 *Griggs vs Duke Power*, supra, note 16, p. 428.
- 19 *Parham vs Southwestern Bell Tel. Co.* (1970) 2 FEP 1017; *E.E.O.C. vs Detroit Edison Co.* (1975) F 2d 301.
- 20 *Furnco Const. Corp. vs Waters* (1978) 17 FEP 1062.
- 21 (1973) 411 U.S. 792.
- 22 *Parham vs Southwestern Bell Telephone* (1970) 2 FEP 1017 (8th Cir.); *United States vs Hayes Intl. Corp.* (1972) 4 FEP 411, 418 (5th Cir.).
- 23 42 U.S.C. 2000e, 78 Stat. 253.
- 24 Voir, à ce sujet, William Black, "From Intent to Effect: New Standards in Human Rights", *Canadian Human Rights Reporter*, février 1980.
- 25 Soulignons ici que les tribunaux des droits de la personne (Boards of Inquiry) ne sont pas des tribunaux de droit commun, mais des tribunaux mis sur pied par les Commissions des droits de la personne pour décider des questions de discrimination. Des personnes de diverses disciplines y siègent.
- 26 *Colfer vs Ottawa Board of Commissioners of Police*, Ontario Board of Inquiry, 12 janvier 1979; *Foster vs B.C. Forest Products Ltd.*,

- B.C. Board of Inquiry, 17 avril 1979.
- 27 Voir notamment, Avis au ministère du Tourisme, de la Chasse et de la Pêche, Exigences de taille des agents de la faune, 1978.
- 28 La définition de chacun de ces motifs fera l'objet de publications subséquentes.
- 29 Voir *Rousseau vs Bennet* (1956) S.C.R. 89.
- 30 *R. vs Bushnell Communications Ltd.* (1976) 45 D.L.R. (3d) (Ontario High Court), confirmé (1974) 47 D.L.R. (3d) (C.A. Ontario). L'on se basait, a contrario, sur l'opinion formulée par la Cour du Banc de la Reine du Québec, à l'effet que lorsque le législateur emploie l'expression "pour la seule raison" (for the sole reason), il indique qu'il faut chercher le motif déterminant, la "causa causans". *Society Brand Clothes vs R.* (1942) B.R. 535; *Canadair Ltd. vs R.* (1948) 1 D.L.R. 434 (C.B.R.).
- 31 *Traité de droit civil*, T. IX, 1965, p. 97.
- 32 Phipson, *On evidence*, 20e édition, London, Sweet & Maxwell, 1976, p. 123.
- 33 La pratique des tribunaux des droits de la personne va d'ailleurs en ce sens:
Jacqueline Macflean vs The Village of Plaster Rock, Nouveau Brunswick, Comm. d'enquête sur les droits de l'homme, 6 novembre 1975; *Naughler vs The New Brunswick Liquor Corporation*, Nouveau Brunswick, Commission d'enquête sur les droits de l'homme, 25 mai 1976; *Georgina Anna Bremer vs The Board of School Trustees*, British Columbia, Human Rights Board of Inquiry, 10 juin 1977; I.A. Hunter, "Human Rights legislation in Canada: Its Origin, Development and Interpretation", (1976) 15 *Univ. of Western Ontario Law Rev.* 21 p. 32: "On this point Canadian floards of Inquiry have consistently held that it is sufficient if the prohibited ground of discrimination was present to the mind of the respondent, however minor a part it may have played in the eventual decision".
- 34 J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973, p.155.
- 35 Le terme "motif" peut lui-même porter à confusion. Bessuyt circonscrit ainsi le concept de motif illicite: "... le terme "motif" est susceptible de créer certains malentendus. Au risque d'anticiper, remarquons néanmoins que le motif ne traduit pas forcément le mobile réel d'un traitement différentiel. Le terme anglais "grounds" est incontestablement plus heureux. Il s'agit en effet plutôt de la base sur laquelle une discrimination pourrait être fondée que de sa raison véritable" (Op. cit., supra, note 2).
- 36 B. Grenier, "L'égalité selon la Déclaration canadienne et la Charte québécoise: réflexions à partir de la nouvelle loi sur les jurés ou la Charte des droits québécoise: un régime d'exceptions?" (1977) 18 *C. de D.* 627, p. 645.
- 37 W. S. Tarnopolsky, "Le contrôle de la discrimination raciale au Canada", (1977) 18 *C. de D.* 663, p. 680.

- 38 Au contraire, les Pactes internationaux relatifs aux droits
civils et politiques et aux droits économiques et sociaux, de
même que la Convention européenne des droits de l'homme précisent
que les droits et libertés visés sont les droits et libertés
reconnus dans les Pactes ou la Convention.
- 39 (1971) 3 FEP Cases 337; voir aussi *Rosenfeld vs Southern Pacific*
Co., U.S. Court of Appeal, 9th Circuit (San Francisco), (1971) 3
FEP 604.
- 40 Sup. Court of the U.S.A., (1971) 3 FEP Cases 40.
- 41 R.S.O. 1970, c. 318.
- 42 Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, C.H.-11, article 3.
- 43 Human Rights Act, S.P.E.I. 1975, c. 72, article 14 (2).
- 44 Voir, à ce sujet, *Ville de Brossard c. Commission des droits de*
la personne, Montréal, C.S. 500-05-016079-793, 20 décembre 1978, hon. J. Delongchamps;
cette décision a été portée en appel.
- 45 J. Carbonnier, *Droit civil*, 1967, T. II, pp. 453 et 454.
- 46 L.R.Q. c. C-38.
- 47 Voir, en ce sens, *L'Association A.D.G.Q. c. La Commission des*
écoles catholiques de Montréal, Montréal, C.S. 500-05-010456-794,
été portée en appel.
- 48 *United Steel Workers of America vs Weber*, 20 FEP. 1 (1979).
- 49 C'est ce qui semble être l'opinion de Tarnopolsky: "With that
kind of a test (la recherche de l'égalité des chances, de
l'égalité de fait) no problem should arise with what are called
"Affirmative action programmes" or "benign discrimination",
because these programmes are designed to help overcome inequality
which already exists, and do not result in, to use the majority
formula in *Drybones*, on individual or groups of individuals being
treated more harshly than another". In "The Supreme Court and the Canadian Bill of
Rights". voir *Infra*. note 53.
- 50 S.C., 1976-77, c. 33.
- 51 Voir à ce sujet: (1970) R.S.O., c. 318, art. 69; (1971) S.N.B.,
c. 8, art. 13(1); (1973) S.B.C., c. 119, art. 11(5); (1974) S.M.,
c. H 175, art. 9; (1975) S.P.E I., c. 72, art. 19; (1979)
S.N.S., c. 11, art. 19 Bill 94 Saskatchewan, adopted August 7,
1979, art. 47.
- 52 8-9 El. II, c. 44.
- 53 Sur cette interprétation, voir, notamment, B. Grenier, "L'égalité
selon la Déclaration canadienne et la Charte québécoise", *supra*,
note 36; J.K. Samson, "L'égalité devant la loi et la Cour
suprême: égalitarisme du Rule of Law", (1975) 16 C. de D. 675;
W.S. Tarnopolsky, "The Supreme Court and the Canadian Bill of
Rights", (1975) 53 R. du B. Can. 649.
- 54 Voir notamment P.W. Hogg, *Comment, the Canadian Bill of rights*
"Equality before the law - A.G. Can. vs Lavell" (1974) 52 R. du
B. Can. 263; W.S. Tarnopolsky, "The Supreme Court and the

- Canadian Bill of rights", (1975) 53 R. du B. Can. 649; J.C. Smith, "Regina vs Drybones and Equality before the law", (1971) 49 R. du B. Can. 163; R. Michael M'Gonigle, "The Bill of Rights and the Indian Act: either? or?", (1977) XV Alberta Law Review 292.
- 55 Loc. cit. p. 166.
- 56 The Supreme Court and the Canadian Bill of Rights, p. 671.
- 57 The United Nations and Human Rights – 18th Report of the Commission to study the Organization of Peace, 1968, Oceana Publications Inc., p. 116.
- 58 Johnson et Sheppard c. Commission des affaires sociales, C. S. Gaspé, no 110-05-000046-79, 1^{er} juin 1979) Hon. J Letarte; l'affaire a été portée en appel et la Cour d'appel, sans se prononcer sur la conformité de la Loi avec la Charte, a renvoyé toute la cause devant la Commission des affaires sociales, où les procédures avaient été entreprises. (C.A. Québec, no 200-09-000382-793, 24 avril 1980).