

LE DROIT À L'ÉGALITÉ : PIERRE ANGULAIRE DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE ?

Daniel Proulx

Special Issue, June 2015

Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067976ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067976ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Proulx, D. (2015). LE DROIT À L'ÉGALITÉ : PIERRE ANGULAIRE DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 61–80.
<https://doi.org/10.7202/1067976ar>

Article abstract

Recalling the philosophical and legal foundations of the right to equality and its tremendous evolution over the course of the past centuries, the author demonstrates that the Quebec Charter, towards which Jacques-Yvan Morin worked so fervently, is part of this historical trend. It is clear that this right, which is fundamental for democracy and is the cornerstone of the Quebec Charter, cannot be conceptually reduced to the formal equality idea anymore. Unfortunately, the author concludes, the higher courts, starting with the Court of Appeal, do not seem in accordance with the evolution of the right to equality, which considerably reduces its scope and promises for the future in Quebec.

LE DROIT À L'ÉGALITÉ : PIERRE ANGULAIRE DE LA CHARTRE QUÉBÉCOISE ?

*Daniel Proulx**

Après avoir rappelé les fondements philosophiques et juridiques du droit à l'égalité et l'évolution prodigieuse qu'il a connu au cours des derniers siècles, l'auteur montre que la Charte québécoise tant souhaitée par Jacques-Yvan Morin s'inscrit dans ce mouvement historique. Il est clair que ce droit fondamental en démocratie, véritable pierre angulaire de la Charte québécoise, ne se réduit plus à l'idée d'égalité formelle. Malheureusement, c'est le constat de l'auteur, les tribunaux supérieurs, à commencer par la Cour d'appel, ne semblent pas en phase avec l'évolution qu'a connue le droit à l'égalité, ce qui en réduit considérablement la portée et les promesses au Québec.

Recalling the philosophical and legal foundations of the right to equality and its tremendous evolution over the course of the past centuries, the author demonstrates that the Quebec Charter, towards which Jacques-Yvan Morin worked so fervently, is part of this historical trend. It is clear that this right, which is fundamental for democracy and is the cornerstone of the Quebec Charter, cannot be conceptually reduced to the formal equality idea anymore. Unfortunately, the author concludes, the higher courts, starting with the Court of Appeal, do not seem in accordance with the evolution of the right to equality, which considerably reduces its scope and promises for the future in Quebec.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

En relisant l'article lumineux que Jacques-Yvan Morin a publié dans la *Revue de droit de McGill* en 1963¹ et dans lequel il prônait l'adoption d'une charte des droits de l'homme (comme on disait à l'époque) pour le Québec, j'ai été frappé par la science et la profonde culture de l'homme. Situait l'enjeu d'une charte québécoise dans une perspective historique, faisant appel au droit international, relevant les difficultés constitutionnelles que soulevait un tel projet à l'époque, l'article du professeur Morin constitue une véritable œuvre d'art.

Cependant, ce qui me frappe le plus aujourd'hui avec le recul, c'est le caractère audacieux du projet proposé par Jacques-Yvan Morin. Nous n'étions alors qu'au début de la Révolution tranquille, absorbés par un grand projet collectif, la construction d'un État québécois moderne, et voici que le jeune professeur Morin propose plutôt l'adoption d'une charte consacrée à la protection des droits individuels. Il fallait avoir du cran et de la vision!

Pour ma part, on m'a confié la mission de traiter de la genèse, de l'histoire et du statut de la *Charte des droits et libertés de la personne*² (*Charte québécoise*) eu égard au droit à l'égalité. Pour y arriver, il me semble important, à l'instar de Jacques-Yvan Morin, de situer ce droit dans sa perspective historique. Puisque ce colloque porte sur « la Charte québécoise telle qu'envisagée par Jacques-Yvan Morin, telle qu'adoptée et telle que mise en œuvre³ », j'aborderai de façon sommaire dans un deuxième temps les caractéristiques principales du droit à l'égalité garanti par la *Charte québécoise* et l'état parfois déconcertant, je l'affirme d'entrée de jeu, de la jurisprudence québécoise sur le sujet.

I. L'évolution du concept d'égalité

Le concept d'égalité a connu une évolution prodigieuse dans l'histoire du monde occidental. À la suite des révolutions anglaises de la fin du XVII^e siècle ainsi que des révolutions américaines et françaises un siècle plus tard, les États occidentaux se dégagent graduellement du joug des dictatures royales pour se doter de constitutions instituant des régimes libéraux et démocratiques. L'individu est désormais la valeur suprême dans la société et celle-ci doit être organisée de manière à servir à son bonheur et à son épanouissement personnel⁴.

Rompant avec une philosophie ancienne selon laquelle les êtres humains sont par nature inégaux et qu'il existe une hiérarchie naturelle entre eux, on reconnaît désormais, à cette époque dite des Lumières, l'égalité naturelle des êtres humains. L'idée fondamentale développée par Kant selon laquelle chaque personne humaine

¹ Jacques-Yvan Morin, « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec » (1963) 9 McGill LJ 273 aux pp 273-316 [Morin].

² *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

³ *De la Charte des droits de l'homme à la Charte des droits et libertés de la personne. Actes de colloque en l'honneur de Jacques-Yvan Morin*, Montréal, Université de Montréal, 2014.

⁴ Cette section historique repose en partie sur l'article suivant : Daniel Proulx, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité » (1988) 29 C de D aux pp 567-98.

possède une dignité intrinsèque ou une valeur propre et en vertu de laquelle elle a droit à une égale liberté s'imposera au point de devenir un principe et un postulat faisant aujourd'hui consensus⁵. Il semble toutefois que ce soit John Stuart Mill qui, au XIX^e siècle, ait lié le bonheur du plus grand nombre, c'est-à-dire de la société, au respect de la dignité humaine⁶. Il a fait observer en outre qu'à moins de reposer sur l'égalité de tous, la démocratie n'a aucun sens. Toutefois, cette idée remonte en réalité aux philosophes de l'Antiquité⁷ et Montesquieu, qui avait le sens de la formule, l'avait énoncé en 1748 dans *De l'esprit des lois* en ces termes : « l'amour de la démocratie est celui de l'égalité⁸ ».

Inspirées par ces idées révolutionnaires de démocratie, d'égalité et de liberté, la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 proclamera que tous les hommes sont égaux en dignité et la *Déclaration d'indépendance des États-Unis* tiendra pour une « vérité évidente » que « tous les hommes sont créés égaux⁹ ». Mais on est encore loin, à cette époque, de l'égalité des droits pour tous. L'adhésion inconditionnelle aux principes absolus de liberté individuelle d'une part, et de souveraineté parlementaire d'autre part, ne laisse à l'égalité qu'un rôle mineur, celui de l'égalité devant la loi. Il s'agit non pas d'empêcher le parlement souverain de légiférer comme il l'entend, mais d'éliminer les privilèges dans l'administration de la loi¹⁰. Concept procédural, l'égalité se résume par conséquent à l'idée fondamentale, mais limitée, de l'application universelle de la loi.

C'est au XX^e siècle que le concept d'égalité connaît sa plus forte évolution, notamment dans les pays dotés d'une constitution écrite comme aux États-Unis, en France ou en Allemagne, puisque l'égalité devient une norme opposable au législateur, c'est-à-dire au contenu même de la loi. Le respect de la dignité de chaque être humain sur laquelle repose la philosophie libérale exige dès lors que tous soient égaux en droits et, par conséquent, traités également par la loi.

⁵ Stefan Gosepath, « Equality » dans Edward N Zalta *et al*, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, University of Stanford, 2007 à la p 5 [Gosepath].

⁶ Evelyne Griffin-Collart, « L'évolution de la notion d'égalité : de l'utilitarisme classique à l'État-providence » dans Léon Ingbert, dir, *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 1975 à la p 352.

⁷ Louis Favoreu *et al*, *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2012 au para 408 [Favoreu] : « [C]omme l'ont souligné les philosophes de l'Antiquité, la reconnaissance de l'égalité conditionne l'existence même de la démocratie et, *in fine*, de la vie des hommes en société organisée. Ainsi, Aristote considérait-il que la démocratie est caractérisée par "l'égalité selon le nombre", autrement dit, par ce qu'on appellerait aujourd'hui le "fait majoritaire". ».

⁸ Carl Joachim Friedrich, « La crise de l'égalitarisme » dans *L'égalité*, vol 1, Bruxelles, Bruylant, 1971 à la p 307. Rousseau a aussi insisté sur le lien entre égalité et démocratie : Wolfgang Gaston Friedman, *Théorie générale du droit*, 4^e éd, Paris, LGDJ, 1965 aux pp 77-78.

⁹ La *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 reconnaît en outre dans son préambule « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » (*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp no^o 13, Doc NU A/810 (1948) 71 au préambule [*Déclaration universelle*]) et proclame à son article premier que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (*ibid*, art 1). Ces énoncés solennels situent la *Déclaration universelle* au cœur de la philosophie libérale fondée sur l'existence de droits naturels, fondamentaux et transcendants : Jean Rivero, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1973 à la p 451 [Rivero].

¹⁰ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 10^e éd, Londres, MacMillan, 1962 à la p 202.

On passe alors de l'égalité devant la loi à l'égale protection de la loi, c'est-à-dire à l'égalité dans la loi. On reconnaît ainsi, en cette première moitié du XX^e siècle, qu'une loi ne peut être à la fois discriminatoire et juste et qu'une loi qui ne respecte pas le principe d'égalité ne peut être légitime dans une société démocratique. C'est ainsi que les valeurs de justice et de dignité se trouvent mobilisées au service du droit à l'égalité et lui donnent une consistance qui le dégage de la conception purement procédurale qu'on en avait jusqu'alors.

Prenant acte, en outre, du fait que toutes les lois ne peuvent pas toujours traiter tout le monde de la même façon, on a finalement convenu qu'une loi peut établir des distinctions à la condition qu'elles respectent le principe de justice¹¹ en étant raisonnables ou justifiées par le mérite, par le besoin ou encore par le bien commun. Du reste, Aristote avait déjà formulé l'idée qu'une loi demeure conforme aux idéaux de justice et d'égalité lorsqu'elle traite également des individus placés dans une situation semblable et inégalement ceux dont la situation diffère¹².

Dans sa fameuse *Théorie de justice*, John Rawls a décomposé la proposition aristotélicienne en deux principes complémentaires, à savoir celui de la *liberté* et celui de la *différence*. En vertu du principe de *liberté*, « chaque personne doit avoir un droit égal à la plus grande liberté fondamentale compatible avec une liberté semblable pour tous¹³ ». Selon le second principe, « les inégalités sociales et économiques doivent être arrangées de telle sorte qu'elles soient pour le plus grand profit des plus désavantagés¹⁴ ». En conséquence, l'égalité doit se traduire par le même traitement, c'est-à-dire les mêmes droits et libertés pour tous, lorsque rien ne permet de distinguer, à savoir lorsque seule compte la dignité inhérente à chacun, comme pour le droit de vote; elle se concrétise toutefois par l'application d'un traitement différent si cela peut se faire au profit de tous, en particulier des moins bien nantis de la société, lorsque la situation concrète des individus doit être considérée, comme dans le cas d'une loi fiscale fixant les taux d'imposition selon la capacité de payer de chacun.

Le principe de différence de John Rawls a fini par s'imposer, en matière d'égalité, dans la seconde moitié du XX^e siècle avec l'avènement de l'État-providence. Peu à peu, la doctrine comme la jurisprudence commencent à admettre qu'un principe d'égalité qui se limite à interdire les distinctions arbitraires n'est qu'un principe juridique purement formel. En effet, lorsque la loi reconnaît « également » à tous le même droit à l'éducation moyennant des droits d'inscription prohibitifs, que respecte-t-elle de l'égalité sinon une forme extérieure et factice? Que vaut ensuite l'« égale » reconnaissance de la liberté d'expression pour ceux qui n'ont pas les moyens d'exercer effectivement leur droit à l'éducation?

¹¹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 à la p 203 [Dworkin] : « The liberal conception of equality is a principle of political organization that is required by justice. »

¹² Aristote, *Politique*, t 2, vol 3, Paris, Les Belles Lettres, 1971 à la p 1280a. Voir aussi Gosepath, *supra* note 5 à la p 6. Évidemment, comme l'idée libérale d'une dignité inhérente à chaque être humain était inconnue dans l'Antiquité, Aristote trouvait parfaitement juste qu'un maître soit traité différemment d'un esclave en droit puisque ces deux personnes n'étaient pas dans une situation semblable.

¹³ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971 à la p 60.

¹⁴ *Ibid* à la p 83.

Une évidence paradoxale s'impose donc. Comme le rappelait le professeur Rivero, l'égalité juridique purement formelle conduit souvent à accentuer davantage les inégalités de fait et « le jeu de la liberté qui permet à chacun, à partir des mêmes droits, de parvenir à des situations de fait différentes, proscriit toute aspiration à une égalité concrète¹⁵ ».

Afin d'éviter un tel résultat, le principe juridique d'égalité formelle sera donc supplanté par celui, promu par Rawls, de l'égalité réelle et concrète, c'est-à-dire, pour reprendre l'expression de Pierre Carignan, « l'égalité effective dans la jouissance des droits¹⁶ ». Si l'égalité n'est pas qu'un leurre, elle doit permettre, voire obliger le législateur à lever les obstacles qui désavantagent injustement les groupes d'individus les moins favorisés et qui les empêchent de jouir concrètement des mêmes droits, services et avantages que la loi ou la société peut offrir. En d'autres termes, la loi doit permettre à tous d'avoir les mêmes chances d'être libres et autonomes; elle doit, comme disent les penseurs américains, promouvoir une véritable *equality of opportunity*¹⁷.

C'est dans cet esprit que les gouvernements se mettent à la tâche de concevoir des mesures sociales en faveur des défavorisés afin de diminuer les disparités et de favoriser l'égalité des conditions. On construit des logements à loyer modique, on met sur pied divers programmes sociaux, on démocratise l'instruction publique, etc. Comme le souligne Dominique Schnapper,

l'évolution récente de la démocratie [...] se donne pour légitimité non pas seulement l'égalité « formelle » de tous les citoyens – c'est-à-dire l'égalité civile, juridique et politique – mais aussi l'égalité « réelle » [...]. Pour ce faire, l'État providentiel tend inévitablement à intervenir dans tous les domaines de la vie sociale [...] pour que le bien-être de l'individu soit assuré dans toutes ses dimensions¹⁸.

C'est dans ce contexte que sera d'ailleurs adopté en 1966 le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁹.

Parallèlement, à compter des années 1970 aux États-Unis, c'est-à-dire du très important arrêt *Griggs v Duke Power Co*²⁰ qui finira par s'imposer devant les tribunaux des droits de la personne canadiens puis devant la Cour suprême du Canada en 1985 dans l'arrêt *O'Malley c Simpsons-Sears Ltd*²¹, on reconnaît qu'une mesure ou une politique viole le droit à l'égalité de traitement lorsque, sans même le vouloir ou le chercher, elle a néanmoins pour effet de pénaliser ou d'exclure dans les faits des individus ou des groupes défavorisés. Comment prétendre, en effet, qu'il y a égalité

¹⁵ Rivero, *supra* note 9 aux pp 60-61.

¹⁶ Pierre Carignan, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987) 21 RJT 491.

¹⁷ Gosepath, *supra* note 5 à la p 10.

¹⁸ Dominique Schnapper, « La république face aux communautarismes » (2004) 2 Études 177 à la p 181.

¹⁹ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 117 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada 19 août 1976).

²⁰ *Griggs c Duke Power Co*, 401 US 424 (1971).

²¹ *O'Malley c Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 RCS 536 à la p 555 [*O'Malley*].

des chances si une politique, aussi « égale » qu'elle puisse paraître de prime abord, a pour conséquence pratique d'exclure de façon disproportionnée les femmes, les personnes ayant un handicap ou encore certaines minorités ethniques ou religieuses? Le droit à l'égalité, s'il doit signifier quelque chose, doit pouvoir se constater dans les résultats, c'est-à-dire dans les effets d'une politique sur un groupe donné autant que dans ses nobles intentions²².

À partir de là, deux conséquences cruciales vont découler, sur le plan juridique, de l'égalité envisagée dans sa perspective réelle (par opposition à formelle) à l'aube du XXI^e siècle²³. D'une part, l'égalité réelle doit se mesurer à l'aune des effets discriminatoires ou préjudiciables d'une mesure sur les groupes défavorisés, c'est-à-dire au-delà du texte de loi officiellement « égal » ou des conditions générales exigées « également » de tous pour obtenir ou conserver un emploi, que ce soit dans la fonction publique ou dans le secteur privé. Dans cette perspective, ce sont les conséquences pratiques d'une décision ou d'une politique qui comptent, par opposition au libellé de celle-ci ou aux intentions de son auteur.

D'autre part, dans la mesure où une condition d'emploi se justifie de manière générale parce qu'elle se fonde sur des considérations rationnelles et légitimes, elle ne saurait répondre au principe d'égalité réelle et effective si elle n'est pas accompagnée de mesures d'accommodement prévoyant un traitement adapté destiné à éviter que soient injustement exclus ou pénalisés les femmes ou des individus faisant partie de groupes minoritaires défavorisés. Car, comme l'écrit fort justement Ronald Dworkin, l'égalité véritable ne se limite pas simplement au droit d'être traité également, c'est-à-dire de la même façon; il signifie prioritairement le droit d'être traité en égal, c'est-à-dire avec le même respect et la même considération, ce qui peut nécessiter des mesures différenciées (d'accommodement ou de redressement) lorsqu'elles permettent d'éviter ou de réduire les inégalités et de parvenir à procurer à tous dans la société une égalité des chances réelle et concrète²⁴.

Cela dit, lorsque l'effet discriminatoire résulte d'une norme législative en tant que telle (par opposition à une décision de gestion), l'analyse se présente différemment selon la Cour suprême. S'exprimant au nom de la majorité, la juge en chef McLachlin a en effet statué récemment dans l'affaire *Alberta c Hutterian*

²² La théorie dite de l'effet discriminatoire a été reçue au Canada tant dans le cadre de l'article 15 de la *Charte canadienne* que dans celui des lois anti-discrimination : *Law Society of British Columbia c Andrews*, [1989] 1 RCS 143; *O'Malley*, *supra* note 21; *Commission scolaire régionale de Chambly c Bergevin*, [1994] 2 RCS 525 [*Bergevin*]; *Colombie-Britannique c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 [*BCGSEU*]. Malgré des hésitations incessantes sur les éléments constitutifs du droit à l'égalité, la Cour suprême a toutefois été constante sur la réception du concept d'égalité réelle et son corollaire, la théorie de l'effet discriminatoire, y inclus dans son récent arrêt *Québec c A*, [2013] 1 RCS 61. En revanche, aux États-Unis, la Cour suprême a rejeté cette théorie dans le cadre du 14^e amendement dans *Washington v Davis*, 426 US 229 (1976) pour en limiter l'application aux lois anti-discrimination comme le *Civil Rights Act*, 78 US Stat 253.

²³ Pour une synthèse de la question en droit canadien et québécois, voir *JurisClasseur de droit constitutionnel*, « Le droit à l'égalité », fasc 9, par Daniel Proulx aux para 4, 5, 19, 30, 91-95, 139-45 [Proulx, « Le droit à l'égalité »].

²⁴ Dworkin, *supra* note 11 à la p 190.

*Brethren of Wilson Colony*²⁵ que, puisque le législateur a pour fonction d'édicter des normes générales et impersonnelles, il ne saurait être soumis à une obligation constitutionnelle d'accommodement. Une telle obligation se caractérise en effet par la négociation et l'application d'un traitement adapté à la situation et aux besoins particuliers d'une personne ou d'un groupe de personnes se trouvant pénalisés ou exclus par l'effet d'une politique, une opération incompatible avec la fonction législative. Dès lors, lorsqu'une disposition légale produit un effet d'exclusion sur un groupe de personnes vulnérables protégées contre la discrimination par la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶ (*Charte canadienne*), on doit en prendre acte et conclure à une violation *prima facie* du droit à l'égalité. Toutefois, une telle norme pourra demeurer valide en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* si le gouvernement peut démontrer qu'elle est valablement justifiée par un objectif important, d'une part, et qu'elle constitue une mesure rationnelle et proportionnée pour la résolution d'un problème social réel, d'autre part²⁷.

II. La Charte québécoise et l'égalité

Voilà ce qu'était l'état de la pensée en matière d'égalité, sur les plans philosophique et juridique, au moment où la *Charte québécoise* a été adoptée²⁸. Où se situe la norme québécoise d'égalité dans cette évolution historique? Quelle importance l'Assemblée nationale, les tribunaux québécois et la Cour suprême du Canada lui ont-ils accordé dans la hiérarchie des normes? Quelle conception, formelle ou réelle, de l'égalité ont-ils adoptée et quelle interprétation ont-ils donnée à l'article 10 de la *Charte québécoise*²⁹ consacré au droit à l'égalité?

Comme Jacques-Yvan Morin l'avait pressenti et proposé dans son célèbre article, la norme d'égalité québécoise allait devoir s'inspirer à la fois du droit international, du droit américain et du droit canadien pour assurer son efficacité et lutter adéquatement contre les pratiques discriminatoires qui n'ont pas épargné le Québec au XX^e siècle. Le professeur Morin rappelle avec raison³⁰ la ségrégation raciale pratiquée ouvertement à cette époque par les propriétaires de théâtres et de débits de boisson, ainsi que les contrats interdisant d'aliéner un immeuble à un juif ou à des gens de couleur, toutes mesures qui ont été avalidées par nos tribunaux au nom

²⁵ *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 RCS 567 [*Hutterian Brethren*].

²⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

²⁷ *Hutterian Brethren*, *supra* note 25 au para 69. Cet arrêt constitue un changement de cap important en jurisprudence canadienne puisque la Cour suprême avait reconnu dans les arrêts *Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256 et *Eaton c Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 RCS 241 que l'obligation d'accommodement s'appliquait même au législateur. Voir : José Woehrling, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2011) 45 RJT 7; Benjamain L Berger, « Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference : Assessing the Impacts of *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2010) 2^e éd Sup Ct LRev 25.

²⁸ *Charte québécoise*, *supra* note 2.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Morin, *supra* note 1 aux pp 290, 292, 297-300.

de la liberté contractuelle³¹. La législation québécoise³² ostracisait alors les minorités religieuses, notamment les témoins de Jéhovah qu'on a emprisonnés simplement parce qu'ils souhaitaient propager leur foi. Malgré tout, la Cour suprême est parfois parvenue à combattre cette législation inepte par le biais du partage des compétences ou le principe de la primauté du droit³³.

Morin souligne également dans son article de 1963 le harcèlement dont ont été victimes ceux que le gouvernement québécois soupçonnait d'être communistes ou à l'origine de propagande communiste³⁴. Il fait aussi état du sort peu enviable réservé aux femmes mariées qui, à l'époque où son article paraît, sont toujours traitées par la loi comme des mineures, c'est-à-dire des personnes ne jouissant pas de la capacité juridique et subordonnées à la volonté de leur mari³⁵. Il aurait pu, bien sûr, mentionner également l'infériorité des femmes inscrite en toutes lettres dans les lois qui leur interdisaient d'accéder à une profession libérale et même de voter jusqu'en 1940 (le Québec ayant été la dernière province au Canada à leur accorder ce droit pourtant élémentaire en démocratie)³⁶.

Bref, Jacques-Yvan Morin a eu d'entrée de jeu le courage de regarder la situation en face afin de bien asseoir la nécessité pour un État démocratique de se doter d'un instrument de protection efficace des droits fondamentaux de la personne et du droit à l'égalité en particulier.

A. Modèle hybride retenu

Comme le Québec a été la dernière province canadienne à se doter d'une charte des droits en 1975³⁷, les premières étant la Saskatchewan en 1947³⁸ et l'Ontario en 1961³⁹, il va de soi que ces deux instruments de protection des droits de la personne ont inspiré Jacques-Yvan Morin dans l'énoncé de sa proposition de *Charte*

³¹ Par exemple : *Loew's Montreal Theatres c Reynolds*, [1919] BR 459; *Christie c York Corporation*, [1940] RCS 139; *Re Noble and Wolf c Alley*, [1949] 4 DLR 375 (CA Ont) infirmé pour d'autres motifs par la Cour suprême : [1951] RCS 64.

³² *Loi modifiant la Loi sur la liberté des cultes*, Eliz II 1953-1954, c 15.

³³ *Saumur c Cité de Québec*, [1953] 2 RCS 299 [*Saumur*]; *Birks c Cité de Montréal*, [1955] RCS 799; *Roncarelli c Duplessis*, [1959] RCS 121.

³⁴ *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, (1936), 1 Geo VI, c 11 connue sous le nom de « loi du cadenas » en ce qu'elle permettait la fermeture pendant un an de tout local d'habitation ayant servi à faire de la propagande communiste. Cette loi a été invalidée par la Cour suprême dans *Switzman c Elbling*, [1957] RCS 285 au motif qu'une telle interdiction de la liberté d'expression relève de la compétence exclusive du parlement fédéral en matière de droit criminel.

³⁵ La capacité juridique des femmes mariées n'a été accordée par une modification du Code civil qu'en 1964.

³⁶ Le droit de vote n'a été accordé aux femmes au Québec que le 25 avril 1940 et le droit de celles-ci d'accéder au Barreau n'a été reconnu qu'en 1941 et au notariat qu'en 1956 : Collectif Cléo, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Montréal, Quinze, 1982 aux pp 393-94.

³⁷ *Charte québécoise*, supra note 2.

³⁸ *The Saskatchewan Bill of Rights Act*, SS 1947, c 35 [*Saskatchewan Bill of Rights*]; cette loi a ensuite été intégrée au *Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c S-24.1.

³⁹ *Ontario Human Rights Code*, SO 1961-1962, c. 93; *Code des droits de la personne*, LRO, c H-19 [*Code de l'Ontario*].

québécoise⁴⁰. Le *Code des droits de la personne*⁴¹ de l'Ontario a pour objet de régir les rapports privés relevant des provinces en vertu de l'article 92.13 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le modèle proposé par l'Ontario s'est rapidement répandu dans toutes les provinces canadiennes. Il se limitait alors, et se limite toujours d'ailleurs, à interdire les pratiques discriminatoires dans les contrats ainsi que dans les domaines cruciaux, pour l'épanouissement et la dignité d'un individu, que sont l'accès à un emploi, à un logement ou aux lieux et aux services publics (hôtels, parcs, cinémas, restaurants, transport en commun, etc.). En d'autres termes, nul ne doit être empêché de vivre normalement en société en raison de sa race, de son sexe, de son origine, de sa religion ou d'une autre caractéristique personnelle qui le définit profondément et qui est pointée expressément dans le code des droits de la personne de la province. Au Québec, c'est l'article 10 de la *Charte québécoise*⁴² qui précise la liste des motifs considérés comme discriminatoires *a priori*, les articles 11 à 19 précisant les secteurs d'activité où le législateur a choisi de proscrire la discrimination, à savoir les contrats, l'emploi, le logement et les lieux ou services publics.

Se voulant plus ambitieux pour le Québec et conscient des nombreuses exactions des autorités québécoises en matière d'égalité au cours du siècle dernier, Jacques-Yvan Morin a proposé en 1963 que la portée de la norme québécoise d'égalité soit étendue à l'exercice de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte québécoise*⁴³, à l'instar de la législation sur les droits de la personne de la Saskatchewan⁴⁴, d'une part, et, d'autre part, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948⁴⁵, de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴⁶ de 1950 et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴⁷ de 1966.

Sur les deux fronts, soit l'interdiction des discriminations dans certains secteurs d'activités vitales et l'élargissement du principe d'égalité, le professeur Morin a vu juste et sa vision a été adoptée par le législateur pour la rédaction de la *Charte québécoise* de 1975. L'article 10 de la *Charte* garantit en effet un droit à l'égalité étendu à la jouissance de tous les droits et libertés énoncés dans ladite *Charte*⁴⁸, tandis que les articles 11 à 19 précisent les secteurs d'activités sociales où

⁴⁰ Morin, *supra* note 1 à la p 305.

⁴¹ *Code de l'Ontario*, *supra* note 39.

⁴² *Charte québécoise*, *supra* note 2.

⁴³ Morin, *supra* note 1 à la p 305 (voir les articles 1 à 3 proposés).

⁴⁴ *Saskatchewan Bill of Rights*, *supra* note 38.

⁴⁵ *Déclaration universelle*, *supra* note 9.

⁴⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5.

⁴⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 9-14, RT Can 1976 n° 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976).

⁴⁸ *Charte québécoise*, *supra* note 2, art 10. Cet article se lit comme suit : « 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, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour

les pratiques discriminatoires sont proscrites⁴⁹.

D'autre part, dès l'entrée en vigueur de la *Charte québécoise* en 1976, la norme d'égalité sera placée, comme le suggérait également Jacques-Yvan Morin⁵⁰, au-dessus de toute autre loi québécoise en vertu de l'article 52 de la *Charte* prévoyant la primauté du droit à l'égalité sur toute autre norme législative. Le législateur québécois ne pourra échapper à cette garantie que l'on qualifie dès lors de *quasi constitutionnelle* que par une loi énonçant de façon expresse sa volonté d'imposer une loi discriminatoire malgré l'article 10 de la *Charte*. Ce statut particulier, conféré à l'origine uniquement au droit à l'égalité et aux droits judiciaires, à l'exclusion notamment des libertés fondamentales reconnues à l'article 3⁵¹, montre clairement l'importance primordiale que l'Assemblée nationale accordait au droit à l'égalité dans la hiérarchie des normes, importance qu'elle lui accorde toujours aujourd'hui, même si le principe de la primauté de la *Charte* sur la législation ordinaire a été par la suite étendu à l'ensemble des droits et libertés garantis par la *Charte*⁵², à l'exception des droits économiques et sociaux (articles 39 à 48)⁵³.

Sur ce point, il faut cependant apporter un bémol. Le législateur n'a jamais retenu la suggestion pourtant très opportune de Jacques-Yvan Morin consistant à prévoir une procédure spéciale pour la modification de la *Charte*. Morin estimait qu'une majorité renforcée des deux tiers des députés de l'Assemblée nationale pourrait mieux protéger la *Charte québécoise* contre « les fluctuations de la conjoncture politique⁵⁴ » et ainsi consolider son statut particulier, c'est-à-dire son statut de loi quasi constitutionnelle située au sommet de la hiérarchie des normes.

Le défunt projet de « charte des valeurs⁵⁵ » déposé à l'Assemblée nationale du Québec par un gouvernement minoritaire à l'automne 2013 montre à quel point la proposition de Jacques-Yvan Morin en matière de modification à la *Charte québécoise* constitue une impérieuse nécessité pour quiconque prend les droits et libertés au sérieux dans une société démocratique. Faisant fi des droits fondamentaux à la liberté de religion et au droit à la non-discrimination garantis par les articles 3 et 10 de la *Charte québécoise* en prévoyant l'application de mesures disciplinaires⁵⁶, y

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

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Morin, *supra* note 1 aux pp 302-04, 315.

⁵¹ L'article 52 se lisait comme suit en 1975 : « Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce s'appliquer malgré la Charte. ».

⁵² L'article 52 a été modifié en 1982 comme suit : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38 [...] à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte » (*Charte québécoise*, *supra* note 2, art 52).

⁵³ Les droits économiques et sociaux relèvent davantage d'énoncés politiques fixant des objectifs aux gouvernements et aux législateurs que de droits sanctionnables par les tribunaux comme le concède du reste Morin. Voir à cet effet : Morin, *supra* note 1 à la p 308, n 165.

⁵⁴ *Ibid* à la p 304.

⁵⁵ PL 60, *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2013.

⁵⁶ *Ibid*, art 14.

inclus le congédiement de toute personne employée dans la fonction publique et parapublique en raison du seul fait qu'elle porte un signe religieux ostensible, ce projet controversé aurait pu réduire par une faible majorité circonstancielle à l'Assemblée nationale, c'est-à-dire malgré les objections répétées de l'opposition officielle, la protection accordée par la *Charte québécoise* aux croyants de confessions minoritaires non chrétiennes. Il va sans dire qu'une telle modification à la portée des droits à la liberté de religion et à la non-discrimination aurait battu en brèche le nécessaire consensus qui doit entourer le processus de modification aux droits fondamentaux dans une société démocratique.

Cela dit, comme le proposait le professeur Morin en 1963 et comme le prévoient de nos jours toutes les lois canadiennes sur les droits de la personne, la *Charte québécoise* institue depuis 1976 une Commission des droits de la personne vouée exclusivement à assister les victimes d'exclusion discriminatoire dans les domaines de l'emploi, du logement ou de l'accès aux lieux et services publics. Cette commission n'a cependant aucune compétence pour traiter des violations aux autres droits et libertés, sa mission étant limitée à l'exploitation des personnes âgées ou handicapées ainsi qu'aux pratiques discriminatoires fondées sur certaines caractéristiques personnelles énumérées à l'article 10 de la *Charte* et donnant prise aux préjugés sociaux⁵⁷.

B. Interprétation de l'article 10

Quel sort les tribunaux québécois ont-ils réservé à l'interprétation du droit québécois à l'égalité? Où se situent-ils dans l'évolution de ce droit : ont-ils intégré la notion d'*égalité réelle* à leur analyse? Ce droit constitue-t-il pour eux la « pierre angulaire » de la *Charte québécoise*? Cette charte est-elle vraiment un document quasi constitutionnel se situant au sommet de la hiérarchie des normes québécoises et commandant une interprétation large et libérale?

Malheureusement, la jurisprudence québécoise, malgré quelques belles exceptions⁵⁸, a été souvent décevante. Elle l'a tellement été, au départ, que le législateur a dû intervenir en 1990 pour modifier la *Charte* afin d'instituer une nouvelle juridiction, le Tribunal des droits de la personne avec compétence spécialisée en matière d'égalité, chargée d'établir ou de relancer la jurisprudence dans ce domaine névralgique pour la protection de la dignité humaine. Sous l'impulsion de sa première présidente, Madame la juge Michèle Rivet, ce tribunal n'a pas failli à sa

⁵⁷ *Charte québécoise*, supra note 2, art 71.

⁵⁸ Sur l'adhésion à la notion d'égalité réelle et ses corollaires (théorie de l'effet discriminatoire et obligation d'accommodement raisonnable), voir par exemple : *Commission scolaire St-Jean-sur-le-Richelieu c CDP*, [1994] RJQ 1227 (CA); *Desroches c CDP*, [1997] RJQ 1540 (CA); *Commission des écoles catholiques de Québec c Gobeil*, [1999] RJQ 1883 (CA); *SAAQ c CDPDJ*, [2005] RJQ 11 (CA); *Gaz métropolitain c CDPDJ*, [2011] RJQ 1253 (CA).

mission, malgré les revers que lui a fait régulièrement subir la Cour d'appel⁵⁹.

Quelques exemples du conservatisme de la Cour d'appel du Québec à l'égard du droit à l'égalité suffiront à illustrer la situation.

1. LE STATUT JURIDIQUE ORDINAIRE DU DROIT À L'ÉGALITÉ

Nous sommes en 1989. Bien que la *Charte québécoise* consacre expressément la supériorité du droit à l'égalité à son article 52 et lui confère par le fait même un statut quasi constitutionnel, statut que la Cour suprême lui a d'ailleurs reconnu d'emblée à peine un an plus tôt dans les arrêts *Ford c Québec*⁶⁰ et *Devine c Québec*⁶¹, la Cour d'appel affirme sans broncher et contre toute attente dans l'arrêt *Ville de Québec c CDP*⁶² que « la Charte québécoise ne fait pas de l'égalité un droit fondamental⁶³ ». On notera de plus que la Cour suprême avait formellement déclaré quatre ans plus tôt, dans l'affaire *Winnipeg School Division No 1 c Craton*⁶⁴ où elle avait à interpréter la loi manitobaine sur les droits de la personne dans le contexte de la contestation d'une mesure législative imposant un âge de retraite obligatoire pour les enseignants, que le droit à l'égalité constituait incontestablement un droit fondamental prévalant sur toute norme législative de la province⁶⁵.

2. L'ABSENCE D'AUTONOMIE DU DROIT À L'ÉGALITÉ

On a vu que, contrairement aux autres lois provinciales consacrées à la protection des droits de la personne, la *Charte québécoise* étend la portée du droit à l'égalité à l'ensemble des droits et libertés qu'elle garantit. Quelle conclusion la Cour d'appel du Québec tire-t-elle de cette caractéristique distinctive? Cela montre-t-il que le législateur québécois accorde au droit à l'égalité une plus grande importance qu'ailleurs au Canada?

Pour la plus haute juridiction du Québec, cette caractéristique signifie au contraire que l'égalité n'est pas un droit autonome, qu'il ne constitue qu'une « modalité » des autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Autrement dit, il n'y aurait pas de droit fondamental à l'égalité en soi; la *Charte* ne ferait qu'affirmer une évidence, à savoir que la liberté d'expression proclamée à l'article 3 ou encore le droit

⁵⁹ Les décisions du Tribunal des droits de la personne peuvent en effet être contestées en Cour d'appel, avec la permission d'un juge de cette Cour, en vertu de l'article 132 de la *Charte québécoise*, *supra* note 2.

⁶⁰ *Ford c Québec*, [1988] 2 RCS 712.

⁶¹ *Devine c Québec*, [1988] 2 RCS 790.

⁶² *Ville de Québec c C.D.P.*, [1989] RJQ 831 (CA).

⁶³ *Ibid* à la p 844.

⁶⁴ *Winnipeg School Division No 1 c Craton*, [1985] 2 RCS 150.

⁶⁵ *Ibid* aux para 4, 8 : « De plus, une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et une loi fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir. ».

à l'instruction publique garanti par l'article 40 doivent être reconnus à tous⁶⁶. Tant et si bien que pour pouvoir invoquer avec succès une violation du droit à l'égalité, il faut faire la preuve d'une double violation, à savoir : celle de l'article 10 (droit à l'égalité) et celle du droit ou de la liberté invoqué par le demandeur⁶⁷.

Dès lors, une question devient incontournable : à quoi bon soulever le droit à l'égalité si, de toute façon, il faut démontrer qu'un autre droit ou liberté garanti par la *Charte* a été violé? Chose certaine, avec une telle interprétation, la protection offerte par la *Charte québécoise* en matière d'égalité se révèle de loin inférieure à celle que prévoit l'article 15 de la *Charte canadienne*⁶⁸.

3. L'ADHÉSION HÉSITANTE ET FORCÉE AU CONCEPT D'ÉGALITÉ RÉELLE

Cette approche frileuse est symptomatique de l'insensibilité des tribunaux judiciaires québécois à l'égard de la *Charte québécoise* et des valeurs égalitaires – entre autres – qu'elle garantit. Certes, les tribunaux judiciaires du Québec ont fini par adopter l'interprétation tracée par le Tribunal des droits de la personne et la Cour suprême en matière d'égalité, à savoir que la *Charte québécoise* ne se limite à pas à protéger une conception purement formelle de l'égalité et qu'elle s'inscrit, comme nous l'avons vu, dans une évolution historique consacrant désormais un droit à l'égalité réelle et effective.

Qu'est-ce à dire? Il s'agit alors d'un droit à l'égalité qui, d'une part, met l'accent sur les effets (directs ou indirects) d'une mesure, nonobstant les intentions de son auteur, qui, d'autre part, requiert des mesures adaptées d'accommodement afin d'éviter l'exclusion discriminatoire d'individus ou de groupes d'individus victimes des préjugés sociaux et protégés par l'article 10 de la *Charte québécoise* et, enfin, qui distingue la question de savoir s'il y a discrimination de celle de déterminer si cette discrimination est justifiée.

Cependant, force est de constater que la Cour suprême a dû imposer cette acception d'une égalité réelle et effective aux tribunaux québécois en cassant le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Commission scolaire de Chambly c Bergevin*⁶⁹ qui refusait de reconnaître aux enseignants de religion juive le droit à un accommodement raisonnable permettant d'éviter qu'ils soient pénalisés par un calendrier scolaire conçu pour une société catholique.

⁶⁶ Voir par contraste Favreau, *supra* note 7 au para 410 qui affirment avec raison, dans le contexte du droit constitutionnel français à l'égalité, que « l'égalité constitue à la fois un droit fondamental en soi et une condition d'exercice d'autres droits fondamentaux ».

⁶⁷ Voir par exemple : *Côté c CSST*, 2012 QCCA 1146 au para 37; *Velk c Université McGill*, 2011 QCCA 578 au para 42.

⁶⁸ Sur l'autonomie du droit à l'égalité dans la *Charte québécoise*, voir : David Robitaille, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus » (2004) 35 RDUS 103; Proulx, « Le droit à l'égalité », *supra* note 23 aux para 119-22.

⁶⁹ *Bergevin*, *supra* note 22.

4. LA CONFUSION ENTRE DISCRIMINATION DIRECTE ET INDIRECTE

Cela dit, l'adhésion à une conception réelle et effective du droit à l'égalité demeure fragile même au plus haut niveau de la pyramide judiciaire québécoise. J'en veux pour preuve certaines décisions de la Cour d'appel rendues depuis 2011 et qui confondent encore les notions de discrimination directe et indirecte qui sont au cœur du concept d'égalité réelle. Puisque la discrimination directe est celle qui est « fondée », comme l'énonce le texte même de l'article 10, sur un motif de discrimination énuméré à cet article, il va de soi que le demandeur doit faire la preuve du lien de causalité entre le motif de discrimination énuméré (la race, la religion, les opinions politiques, etc.) et l'exclusion ou le traitement préjudiciable dont il a fait l'objet⁷⁰.

En revanche, on qualifie de discrimination indirecte la différence de traitement qui, au contraire, ne se trouve d'aucune façon causée par la prise en considération d'un motif de discrimination et résulte uniquement de l'application et des effets concrets d'une politique non fondée sur des motifs discriminatoires au départ. C'est le cas classique d'une politique de poids et de taille *minima* exigés des candidats à un poste dans un corps policier. Les statistiques à cet égard montrent qu'exiger une taille minimale d'un mètre quatre-vingt et un poids minimal de 80 kg a pour effet concret d'exclure de façon nettement disproportionnée les femmes et les minorités asiatiques et latino-américaines des services policiers⁷¹. Du coup, dans la perspective d'un droit à l'égalité réelle et effective, la question n'est pas de savoir si la politique de l'employeur est fondée sur le sexe et l'origine ethnique puisque ce n'est pas le cas. Ce n'est pas non plus de savoir s'il y a un lien de causalité entre le sexe ou l'origine ethnique et l'exclusion puisque ces caractéristiques n'ont joué aucun rôle dans la prise de décision d'implanter une politique de poids et de taille *minima*. La seule chose qui compte, en matière de discrimination indirecte, c'est l'effet d'exclusion d'un groupe identifiable par une caractéristique personnelle énumérée à l'article 10 de la *Charte*, nonobstant les bonnes intentions de l'auteur et nonobstant également l'absence de lien de causalité entre une décision et un motif de discrimination ou encore entre ce dernier et une exclusion. C'est ce qu'enseigne clairement la Cour suprême depuis l'arrêt de principe *O'Malley*⁷², notamment dans *Bergevin*⁷³ où elle rappelle que le texte même de l'article 10 de la *Charte québécoise* conforte une telle interprétation lorsqu'il pose qu'« il y a discrimination lorsqu'une telle distinction [...] a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit [à l'égalité]⁷⁴ ».

⁷⁰ Sur les notions de discrimination directe et indirecte et leurs conséquences en matière de preuve : Proulx, « Le droit à l'égalité », *supra* note 23 aux para 91-104.

⁷¹ *BCGSEU*, *supra* note 22.

⁷² *O'Malley*, *supra* note 21 à la p 551 : « une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. ».

⁷³ *Bergevin*, *supra* note 22.

⁷⁴ *Bergevin*, *supra* note 22 à la p 540. Voir aussi : *Gaz Métropolitain c CDPDJ*, 2011 QCCA 1201 au para 81.

En d'autres termes, soit on fait face à une discrimination directe parce qu'elle est véritablement fondée, en tout ou en partie, sur un motif énuméré à l'article 10, soit on se trouve en situation de discrimination indirecte parce que, sans être fondée sur un motif énuméré à l'article 10, une règle ou une politique produit un effet d'exclusion sur un groupe identifiable protégé par ledit article 10 de la *Charte*⁷⁵.

Or, qu'a répondu notre Cour d'appel il y a moins d'un an, dans l'affaire *Québec (Procureur général) c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*⁷⁶, lorsque la Commission des droits de la personne lui a présenté la preuve statistique que l'entente conclue entre l'employeur et le syndicat avait pour effet concret, en réalité, de porter préjudice aux jeunes employés en reportant sur eux le poids des compressions budgétaires de façon disproportionnée même si, officiellement, la convention opérerait plutôt une distinction entre constables occasionnels et constables permanents, c'est-à-dire une distinction apparemment fondée sur le statut d'employé? Alors que l'argument reposait sur le concept d'égalité réelle et la théorie de la discrimination indirecte axée sur la prise en compte des effets préjudiciables d'une norme sur un groupe protégé contre la discrimination, la Cour d'appel a conclu, entre autres motifs, qu'il n'y avait pas de discrimination au sens de la *Charte québécoise* parce que « le facteur âge n'a jamais été une considération⁷⁷ » au moment où les syndicats ont convenu de l'entente avec l'employeur! À cette confusion conceptuelle, il faut au surplus noter que la Cour a refusé la preuve statistique de l'impact de l'entente sur les jeunes constables⁷⁸, impact tellement manifeste que la Commission⁷⁹, funeste erreur, avait jugé inutile de faire témoigner l'expert qui l'avait préparée!

Dans une autre affaire récente de discrimination indirecte mobilisant la notion d'égalité réelle, l'arrêt *Bombardier*⁸⁰ rendu le 29 septembre 2013, la Cour d'appel récidive et affirme, en se fondant sur un arrêt désuet de cette cour⁸¹, que

le lien de causalité entre l'exclusion et le motif prohibé, en l'espèce l'origine ethnique ou nationale (l'origine pakistanaise de Latif) demeure *dans tous les cas* (discrimination directe ou indirecte) un ingrédient essentiel à une conclusion de discrimination⁸². [Nos italiques.]

On aura compris que la Commission a déposé une demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême et que ladite demande a déjà été accordée⁸³.

⁷⁵ En présence, dans une même entreprise, d'un ensemble de règles et de pratiques directement et indirectement discriminatoires, il est alors question de discrimination systémique. Voir : *Action Travail des femmes c CN*, [1987] 1 RCS 1114.

⁷⁶ *Québec (Procureur général) c CDPDJ*, 2013 QCCA 141.

⁷⁷ *Ibid* au para 85.

⁷⁸ *Ibid* au para 75.

⁷⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Syndicat des constables spéciaux*, 2010 QCTDP 3 au para 31.

⁸⁰ *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650 [Bombardier].

⁸¹ *Québec c CDP*, J-E 89-648 (CA).

⁸² *Bombardier*, *supra* note 80 au para 98.

⁸³ *Ibid*, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 35625 (1^{er} mai 2014), 2014 CanLII 21562.

5. L'EXPERTISE DU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE IGNORÉE

Alors que le législateur a clairement indiqué à l'article 101 de la *Charte québécoise* que les juges assignés au Tribunal des droits de la personne sont choisis parmi les juges de la Cour du Québec « qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits de la personne⁸⁴ », la Cour d'appel réitérait de façon péremptoire en 2011 dans l'arrêt *Association des pompiers de Laval*⁸⁵ que le Tribunal des droits de la personne « ne possède [...] pas d'expertise particulière par rapport aux cours de justice⁸⁶ » en matière de droits de la personne. En d'autres termes, bien que ce tribunal ne traite que d'affaires de discrimination⁸⁷, bien qu'il soit constitué de juges et d'assesseurs qui y sont nommés en vertu de leur expérience ou de leur expertise en cette matière, bien qu'il assure sa formation continue en invitant régulièrement des spécialistes pour discuter de questions rattachées aux nouveaux développements en matière d'égalité, ce tribunal n'a aucune expertise particulière par rapport aux cours de justice!

En revanche, les juges des cours supérieures et d'appel qui, quant à eux, traitent à l'occasion, entre une affaire de faillite et une autre de divorce, de questions d'égalité et de discrimination au sens de la *Charte québécoise*, ils constituent bien sûr, contrairement au Tribunal des droits de la personne, des experts en la matière, même si le législateur québécois a mis sur pied ce tribunal spécialisé précisément dans le but de doter la société québécoise d'une juridiction spécialisée en matière d'égalité!

Certes, le législateur a conservé un droit d'appel des décisions finales du Tribunal, sur permission d'un de des juges de la Cour d'appel⁸⁸. Cela signifie-t-il pour autant que le Tribunal des droits de la personne ne possède aucune expertise particulière en matière de droits de la personne? Cette attitude judiciaire marquée au coin de l'absence de déférence, voire de considération et de respect pour l'expertise du Tribunal des droits de la personne, est franchement affligeante et ne fait qu'illustrer l'insensibilité de nos cours de justice aux enjeux soulevés par le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination⁸⁹.

⁸⁴ *Charte québécoise*, supra note 2, art 101.

⁸⁵ *Association des pompiers de Laval c CDPDJ*, 2011 QCCA 2041 au para 33 [*Association des pompiers de Laval*].

⁸⁶ *Ibid* au para 33.

⁸⁷ Sa juridiction inclut également les cas d'exploitation des personnes âgées ou handicapées : *Charte québécoise*, supra note 2, art 111.

⁸⁸ *Ibid*, art 132.

⁸⁹ Sur ce point, on constate avec tristesse que la Cour suprême n'a jamais jugé bon de corriger le tir puisqu'elle affirme, depuis l'arrêt *Canada (PG) c Mossop*, [1993] 1 RCS 554, que l'interprétation des lois sur les droits de la personne porte sur des questions générales de droit relevant de l'expertise des tribunaux supérieurs. L'absence de clause privative protégeant l'expertise des tribunaux spécialisés en matière de droits fondamentaux semble avoir joué un rôle déterminant dans le jugement de la Cour.

6. UNE EXCEPTION AU DROIT À L'ÉGALITÉ INTERPRÉTÉE LARGEMENT

Bien qu'il soit clair depuis l'arrêt *Brossard (Ville de) c CDP*⁹⁰ que le droit à l'égalité – comme l'ensemble des droits et libertés garantis par la *Charte* – doit être interprété de façon large et libérale et que les exceptions à ce droit doivent au contraire recevoir une interprétation restrictive⁹¹, la Cour d'appel n'a que faire de ces principes fondamentaux d'interprétation. À preuve, ce même arrêt *Association des pompiers de Laval*⁹² rendu par elle en 2011.

Dans cette affaire, la Cour d'appel avait à traiter de la compatibilité avec l'article 10 de la *Charte québécoise* d'une clause de disparité de traitement se trouvant dans une entente négociée et conclue entre la ville de Laval et son association de pompiers. L'entente prévoyait un régime deux poids, deux mesures, en sorte que deux pompiers faisant le même travail allaient dorénavant recevoir une rémunération différente en fonction de leur date d'embauche. Comme la preuve l'a démontré, les nouveaux pompiers étaient constitués principalement de jeunes et, partant, cette entente établissait indirectement à l'égard de ces derniers une disparité de traitement préjudiciable.

Par ailleurs, cette affaire baignait dans un contexte législatif particulier. D'une part, une loi imposait aux villes des coupures dans leur budget, mais leur permettait de préserver les droits acquis des employés déjà en poste. D'autre part, l'article 10 de la *Charte québécoise* énonce expressément qu'en matière de distinctions fondées sur l'âge, il n'y a pas de discrimination si la différence de traitement est « prévue par la loi⁹³ ».

Or, et c'était l'argument de la Commission qu'avait retenu le Tribunal des droits de la personne, ni la loi spéciale de compressions budgétaires, ni la *Loi sur les normes du travail*⁹⁴ ne prévoyaient spécifiquement que des coupures budgétaires pouvaient être opérées sur la base de l'âge, c'est-à-dire qu'elles pouvaient être fondées sur l'âge comme tel. Les droits fondamentaux garantis par la *Charte* devant recevoir une interprétation large et libérale et, partant, les exceptions à ces droits devant être interprétées de façon restrictive selon les enseignements de la Cour suprême, le Tribunal des droits de la personne avait conclu qu'une violation du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge ne peut être considérée comme étant non discriminatoire au sens de l'article 10 que si la loi prévoit spécifiquement la possibilité d'une distinction fondée sur l'âge, comme c'est le cas pour un régime de pensions, pour avoir droit d'entrer dans un débit de boissons, pour visionner certains films ou encore pour conduire une automobile⁹⁵.

⁹⁰ *Brossard (Ville de) c CDP*, [1988] 2 RCS 279 aux para 29-31, 56.

⁹¹ Ce principe de base a été réitéré par la Cour suprême à propos de l'interprétation du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick dans *Nouveau-Brunswick (CDP) c Potash Corporation of Saskatchewan*, [2008] 2 RCS 604 aux para 65-66. Voir aussi : *McCormick c Fasken Martineau DuMoulin*, 2014 CSC 39 aux para 17-21.

⁹² *Association des pompiers de Laval*, *supra* note 85.

⁹³ *Charte québécoise*, *supra* note 2, art 10.

⁹⁴ *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c N-1.1.

⁹⁵ *CDPDJ c Association des pompiers de Laval*, 2009 QCTDP 4 aux para 175-86.

Or, qu'ont répondu à cela nos grands experts en interprétation du droit à l'égalité de la Cour d'appel? Tout simplement ceci : même si l'immunité ne s'applique, aux termes de l'article 10, que si une distinction répond à deux conditions, à savoir être d'une part fondée sur l'âge et, d'autre part, « prévue par la loi », l'article 10 signifie pour la Cour d'appel que « les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur l'âge ne sont pas contraires à l'article 10 lorsqu'elles sont permises par la loi⁹⁶ ». Une telle interprétation fait évidemment fi du texte précis de l'article 10 et des principes d'interprétation qui gouvernent une charte des droits fondamentaux. La Cour précise ensuite ceci : « le fait que l'exception soit implicite plutôt qu'expresse ou indirecte plutôt que directe n'y change rien, toute loi se définissant tant par son contenu implicite et indirect qu'express et direct⁹⁷. » Elle conclut donc comme suit : « lorsque la loi, directement ou indirectement, permet une distinction fondée sur l'âge, cette distinction ne contrevient ni à l'article 10 ni aux articles 16 à 19⁹⁸ ».

Un tel raisonnement est tout simplement consternant puisqu'il confond encore une fois les notions de discrimination directe et indirecte, la seconde ne pouvant jamais être, par définition, fondée sur l'âge. En l'espèce, l'employeur (la Ville) et l'association de pompiers s'entendaient à merveille pour interpréter de façon réductrice la portée de la protection accordée par la *Charte québécoise* aux jeunes salariés à l'encontre de clauses contractuelles discriminatoires ayant pour effet de les pénaliser en fonction de leur âge. Pourquoi donc aurait-il fallu remettre en question cette belle entente, n'est-ce pas?

Comme son célèbre article de 1963 le démontre, Jacques-Yvan Morin a toujours pensé qu'une charte des droits fondamentaux constitue un instrument juridique essentiel dans une société démocratique et un État de droit. Cependant, l'adoption d'une telle charte peut constituer un leurre si les tribunaux refusent de lui insuffler la vie et d'assurer, par une interprétation large, généreuse et créatrice que les droits et libertés fondamentaux qu'elle proclame sont vigoureusement protégés contre toute atteinte.

Dans les années 1950, celle des grands arrêts ou fut développée, à défaut de mieux, la notion de *rule of law* pour freiner les abus de pouvoir du régime duplessiste, notre Cour d'appel s'est souvent positionnée du côté du pouvoir⁹⁹ et il a fallu l'intervention de la Cour suprême pour rappeler aux autorités québécoises les fondements d'une société démocratique et d'un État de droit¹⁰⁰.

⁹⁶ *Association des pompiers de Laval*, supra note 85 au para 46.

⁹⁷ *Ibid* au para 54.

⁹⁸ *Ibid* au para 73.

⁹⁹ Par exemple : *Saumur c Cité de Québec*, [1952] QB 475; *Switzman c Elbling*, [1954] QB 421; *Roncarelli c Duplessis*, [1956] QB 447.

¹⁰⁰ *Saumur c Cité de Québec*, [1953] 2 RCS 299 ; *Switzman c Elbling*, [1957] RCS 285 ; *Roncarelli c Duplessis*, [1959] RCS 121.

Aujourd'hui, quelque 40 ans après l'adoption de la *Charte québécoise* par l'Assemblée nationale, on constate à nouveau que la jurisprudence québécoise, à commencer par celle de la Cour d'appel, n'est toujours pas à la hauteur, et qu'elle doit trop souvent être corrigée par la Cour suprême.

En fait, manifestement, la *Charte québécoise* n'a droit à aucun traitement particulier en jurisprudence québécoise. On l'interprète trop souvent comme une loi ordinaire et le droit à l'égalité n'est nullement considéré comme étant la pierre angulaire de la *Charte*, bien que celle-ci y consacre pas moins de quinze articles de fond¹⁰¹ en plus de créer deux instances consacrées exclusivement à sa mise en œuvre – la Commission et le Tribunal des droits de la personne – et de prévoir expressément sa supériorité sur les autres lois québécoises à l'article 52.

À ceux qui plaidaient que « le Canada français est encore trop absorbé par la lutte pour ses libertés collectives et que les temps ne sont pas mûrs pour l'adoption d'une charte aussi ample que celle dont nous nous faisons l'avocat », Jacques-Yvan Morin répondait avec confiance en 1963 que « les droits individuels et les droits collectifs sont désormais indissolublement liés » et « qu'il ne saurait exister de démocratie sans le respect des uns et des autres¹⁰² ».

Force est de constater qu'il reste du chemin à parcourir pour que les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité proclamé par la *Charte québécoise*, soient véritablement protégés par la jurisprudence québécoise avec la vigueur qui leur est due dans une société libre et démocratique.

¹⁰¹ *Charte québécoise*, *supra* note 2, art 10-20.1.

¹⁰² Morin, *supra* note 1 à la p 316.