

MAÎTRISE EN DROIT DE LA SANTÉ

DE L'ÉVOLUTION DU MOTIF DE DISCRIMINATION ILLICITE "HANDICAP"
COMPRIS À L'ARTICLE 10 DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE
AUX DIFFÉRENTES TENDANCES ET PERSPECTIVES DE LA CONCEPTION DUALISTE
DE CETTE EXPRESSION

par Caroline Dubé

Essai soumis à la Faculté de droit en vue de l'obtention du grade
"Maître en droit"

Université de Sherbrooke
Faculté de droit
Octobre 1996

c. Caroline Dubé.1996

DE L'ÉVOLUTION DU MOTIF DE DISCRIMINATION ILLICITE "HANDICAP"
COMPRIS À L'ARTICLE 10 DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE
AUX DIFFÉRENTES TENDANCES ET PERSPECTIVES DE LA CONCEPTION DUALISTE
DE CETTE EXPRESSION
(résumé)

En 1978, le législateur québécois introduisit dans l'article 10 de la Charte québécoise un nouveau motif de discrimination, celui de "personne handicapée". Le fait d'être une personne handicapée allait enfin permettre à ceux qui répondaient aux critères de l'article 1g) de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* d'être protégés contre ce type de discrimination. En 1983, le législateur amenda la Charte québécoise pour substituer la notion de "handicap" à celle de "personne handicapée". Toutefois, il ne précisa pas ce qu'il entendait par cette expression. Comment peut-on définir le "handicap"? Ce travail répond à cette question et à d'autres qui concernent cette terminologie et son évolution. L'auteure analyse d'abord les prémices des expressions "personne handicapée" et "handicap". Elle aborde ensuite une décision de la Cour supérieure afin d'exposer et de critiquer les différentes positions qui s'affrontent présentement au Tribunal des droits de la personne concernant l'expression "handicap". Elle propose, pour terminer, une définition de cette notion en démontrant que le concept de handicap repose essentiellement sur un traitement social des caractéristiques individuelles.

In 1978, the Quebec legislator introduced a new concept within article 10 of Quebec Charter: "handicapped person". The fact that you were a handicapped person would finally allow those meeting the criterias listed in article 1g) of the legislation guaranteeing rights to handicapped person, to be protected againts any types of discrimination. In 1983, the legislator amended the Quebec Charter to substitute the notion of "handicap" to "handicapped person". However, this expression was not defined. How can one define "handicap"? Who can profit from the protection of this notion? This thesis answers these questions and others concerning this terminology and its evolution. The autor first analyses premisses related to the expressions "handicapped persons" and "handicap". Then she tackles a Superior court affair in order to expose and criticize different positions presently dealt with at the Persons Rights Tribunal and its also related to the expression "handicap". At the end, she proposes a definition of this notion in demonstrating that the concept of handicap is based essentially on the social perception of individual characteristics.

**DE L'ÉVOLUTION DU MOTIF DE DISCRIMINATION ILLICITE "HANDICAP"
 COMPRIS À L'ARTICLE 10 DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE
 AUX DIFFÉRENTES TENDANCES ET PERSPECTIVES DE LA CONCEPTION DUALISTE
 DE CETTE EXPRESSION**

INTRODUCTION	3
PARTIE 1: L'ÉVOLUTION DE LA NORME ÉDICTÉE À LA CHARTE QUÉBÉCOISE ET SA LECTURE PAR LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS	5
A. Les formulations successives de la norme antidiscriminatoire de la Charte québécoise	5
I. La protection des "personnes handicapées" contre la discrimination	5
i. La conception de L'Office des personnes handicapées	9
ii. La réaction des tribunaux de droit commun	13
II. L'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap	19
i. La position de la Commission des droits de la personne	21
ii. La position de la doctrine	25
iii. La position des tribunaux	25
B. La lecture judiciaire de la norme antidiscriminatoire actuelle: l'affaire <i>Hôpital Rivière-des-Prairies</i> et ses suites	30
I. La nature et la portée de l'anomalie	32
i. L'anomalie subjective	32
ii. L'exigence d'une anomalie réelle	33
II. L'effet de l'anomalie sur le fonctionnement	35
i. La norme exigée par la Cour supérieure: une limitation <i>appréciable</i>	35
ii. Une première tendance au Tribunal des droits de la personne: Une limitation objective dans les activités courantes	36
iii. Une deuxième tendance au Tribunal des droits de la personne: Une limitation subjective découlant de la perception d'un tiers	38

PARTIE 2: POUR UNE CONCEPTION DUALISTE ET SOCIALE DU HANDICAP . . .	40
A. L'insuffisance des critiques diverses adressées par le Tribunal des droits de la personne à la conception dualiste du handicap adoptée dans l'affaire <i>Hôpital Rivière-des-Prairies</i>	40
I. La notion de limitation: le contexte du droit du travail	41
II. La notion d'anomalie: son élargissement	47
i. Le caractère de l'anomalie: les notions de durée et de gravité	48
ii. Une anomalie réelle: l'incompatibilité de cette exigence et de la finalité de la Charte québécoise	54
iii. La perception de l'anomalie: la situation américaine . . .	56
iv. La perception de l'anomalie: la situation canadienne . .	59
B. Plaidoyer pour une conception dualiste axée sur le désavantage social	61
I. La nécessité d'un désavantage et sa nature	64
II. La notion de caractéristique individuelle	68
CONCLUSION	74
Bibliographie	76

INTRODUCTION

Nous sommes tous et toutes, de façon différente, à la recherche de notre accomplissement personnel. La réussite comporte d'ailleurs plusieurs dimensions: professionnelle, familiale, politique,... Cette quête sociale du Graal moderne exclut évidemment ceux dont les conditions de vie n'auraient, il y a quelques siècles, même pas permis de s'élever au rang d'écuyer. La "vile populace" est alors stigmatisée par la société effrayée de la différence. H.J. Stiker, sociologue, s'est ainsi exprimé à ce sujet:

"À ce fond d'angoisse très spécifique, je ne donnerai pas l'exécutoire fallacieux d'une justification, morale ou sociologique. Je crois seulement qu'elle s'enracine dans la peur du différent, car nous désirons la similitude, et davantage: l'identité. Notre désir de désirer comme les autres, d'être et d'avoir comme les autres, la force, quasi instinctuelle, de nous accaparer et approprier autrui, ses désirs et ses biens, l'énorme besoin d'imiter, de jouer sans cesse les mimes: tous ces vieux mécanismes sont autant d'obstacles, séculaires et archaïques, pour accepter ce qui paraît monstruosité[...]

[L'handicapé] empêche la société des hommes d'ériger en droit, et en modèle à imiter, la "santé", la vigueur, la force, l'astuce et l'intelligence. Il est cette écharde au flanc du groupe social qui empêche la folie des certitudes et de l'identification à un unique modèle. Oui, c'est "la folie des biens-portants" que dénoncent l'enfant mongolien, la femme sans bras, le travailleur en fauteuil roulant."¹

De quelle façon notre société désigne-t-elle ces "gens différents" que sont les handicapés"? Cela importe car, comme le faisait remarquer l'Office des personnes handicapées du Québec,² "Plus qu'un simple instrument de communication, le langage illustre la façon dont on se représente mentalement une réalité."³ Sans doute, les mots "*infirmes, malade, débile, aliéné, fou, anormal, invalide*"⁴ circulent-ils moins dans les documents publics, ou même plus généralement dans les livres,

¹H.-J. Stiker, *Corps infirmes et sociétés*, Paris, Aubier Montaigne, 1982, à la p.18

²Ci-après "l'Office"

³Office des personnes handicapées du Québec, *À part...égale, L'intégration sociale des personnes handicapées: un défi pour tous*, Drummondville, 1984, à la p.30

⁴*Id.*

revues ou journaux alors que des expressions comme "*personne ayant une déficience mentale ou physique*" sont plus en vogue.

L'Office fait par contre remarquer que le vocabulaire courant manifeste encore clairement la persistance de préjugés sociaux vis-à-vis des handicapés. Qui n'a jamais entendu des expressions telles "T'es pas infirme!", "Es-tu aveugle?", "Espèce d'idiot!",...⁵

Dans ce contexte, le présent travail concerne le sens du mot handicap utilisé à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ pour y désigner l'un des motifs prohibés de discrimination. En effet, si l'on a eu recours au terme "handicap" à l'article 10 de la Charte québécoise, on s'est bien gardé d'en définir la portée. L'on posait ainsi un problème sérieux aux interprètes à venir. Ce problème est celui qui retiendra ici notre attention.⁷

Pour apporter un éclairage utile à ce sujet, nous présenterons d'abord, dans la première partie, l'évolution du droit québécois concernant la notion de handicap jusqu'à l'avènement d'une affaire de la Cour supérieure qui venait mettre un terme à une polémique qui sévissait dans la jurisprudence. Il s'agit de la cause *Commission des droits de la personne du Québec c. Hôpital Rivière-des-Prairies*.⁸ Nous nous pencherons ensuite, dans la même partie, sur le contexte et les répercussions de cette décision de la Cour supérieure qui énonça deux conditions qui se doivent d'être remplies pour pouvoir bénéficier du motif de "handicap", soit l'exigence de la présence d'une anomalie ainsi que la démonstration d'une limitation appréciable dans les activités du plaignant.

La deuxième partie de l'essai sera consacrée à une contestation de la notion de handicap qui paraît avoir gagné l'adhésion de nos tribunaux québécois, c'est-à-

⁵ *Id.*

⁶ L.R.Q. c.C-12, ci-après "Charte québécoise"

⁷ Ce travail ne discutera pas de l'expression "un moyen pour pallier ce handicap" contenue à l'article 10 de la Charte québécoise.

⁸ [1991] R.J.Q. 2943, ci-après "*Hôpital Rivière-des-Prairies*"

dire la conception dualiste de la notion de handicap exposée par la Cour supérieure. Nous proposerons ensuite notre conception de terme "handicap" qui tend à interpréter cette notion d'un point de vue dualiste mais à la faire reposer essentiellement sur un désavantage social.

PARTIE 1: L'ÉVOLUTION DE LA NORME ÉDICTÉE À LA CHARTE QUÉBÉCOISE ET SA LECTURE PAR LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS

Rendre compte de façon adéquate de l'évolution du droit québécois nous paraît s'imposer. C'est la meilleure façon de faire ressortir les difficultés que posent l'élaboration et l'application d'une norme antidiscriminatoire sur le sujet.

Par ailleurs, cette évolution ne saurait être complète et révélatrice sans comporter deux volets. Le premier est celui qui concerne la formulation de la norme elle-même. Le second porte sur l'interprétation qu'en firent les tribunaux.

A. LES FORMULATIONS SUCCESSIVES DE LA NORME ANTIDISCRIMATOIRE DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE

L'année 1978 marqua un tournant dans les droits des personnes handicapées. Le législateur amendait la Charte québécoise pour y introduire un nouveau concept. Le fait d'être une personne handicapée était dorénavant un motif de discrimination illicite. Suite à diverses représentations devant la Commission de la Justice qui siégea en 1981, le législateur amenda de nouveau l'article 10 de la Charte québécoise en substituant la notion de "handicap" à celle de "personne handicapée". Cette modification a suscité une polémique intéressante sur le sens à donner à ces changements, polémique qui se situe au coeur de l'objet de notre essai. Nous nous arrêterons au rappel de ces deux étapes.

I. LA PROTECTION DES "PERSONNES HANDICAPÉES" CONTRE LA DISCRIMINATION

Le concept de handicap n'a pas toujours été présent dans la Charte québécoise. Lorsque cette dernière a vu le jour en 1975⁹, son article 10 se lisait comme suit:

⁹L.Q.1978 c.7

"10. 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'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale ou la condition sociale.

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

Cette version de l'article 10 de la Charte québécoise n'incluait donc pas les notions de "personne handicapée", de "handicap" ou autres synonymes de ces expressions comme motif de discrimination illicite.

La situation subit un renversement en 1978 lors de la mise en vigueur de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*¹⁰. L'Office, dans un document où il énonçait sa politique de base concernant les personnes handicapées, s'exprimait ainsi au sujet de l'avènement de la LAEDPH et son objet:

"Depuis quelques années au Québec, plusieurs moments importants ont jalonné le cheminement des personnes handicapées vers leur intégration pleine et entière à la société. Dès le printemps 1977, le Gouvernement du Québec publiait un livre blanc, **Proposition de politique à l'égard des personnes handicapées**, dont la préface[...]marquait dès les premières lignes l'ampleur de la tâche à accomplir: "À une époque où l'on parle de plus en plus de l'égalité des chances à tous, il est un groupe dont les conditions de vie actuelle sont devenues intolérables. La société québécoise vient de prendre conscience de la situation des personnes handicapées et notamment des adultes handicapés.

Ce même printemps, je déposais à l'Assemblée nationale le projet de loi no 9, **Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées**, instrument indispensable pour la promotion des droits des personnes handicapées qui se firent abondamment entendre dans le large débat public qui suivit.

En 1978 fut adoptée la Loi, substantiellement modifiée à la suite de représentations qui nous avaient été faites, créant l'Office des personnes handicapées[...]"¹¹

Le but de la LAEDPH est donc de permettre l'intégration des personnes

¹⁰L.Q. 1978 c.7, ci-après "LAEDPH"

¹¹Office des personnes handicapées, *Supra note 3*, préface par Denis Lazure

handicapées.¹² Le chapitre III de cette loi porte d'ailleurs sur l'intégration scolaire, professionnelle et sociale des personnes handicapées.

La LAEDPH ajoutait un motif de discrimination illicite au libellé de l'article 10 de la Charte québécoise:

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

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

Contrairement à la situation sous la Charte québécoise, on retrouve dans la LAEDPH une définition de la notion de "personne handicapée"

"1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

g) "personne handicapée" ou "handicapé": toute personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d'une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap."

Cette définition de la notion de "personne handicapée" comprise dans une loi statutaire souleva une polémique sur la possibilité de son application à la Charte québécoise. Ces questions concernent la finalité et l'objet de ces deux lois québécoises. Nous étudierons cette problématique postérieurement dans ce travail, particulièrement aux pages 12 à 19.

La LAEDPH a aussi permis la création de l'Office des personnes handicapées du Québec. Ce dernier se devait d'être un agent coordonnateur pour l'application de

¹²Ainsi que l'écrivait l'Office dans son rapport: "Il n'y avait pas de plan d'ensemble et le livre blanc ne représentait qu'une ébauche de ce que devrait couvrir une véritable politique d'intégration sociale des personnes handicapées", *id.*

la loi¹³. Dans les années qui suivirent l'adoption de la LAEDPH, l'Office instaura des instruments pour favoriser l'intégration des personnes handicapées comme des plans de service, des contrats d'intégration professionnelle et des centres de travail adapté.¹⁴

Cette vague humanitaire concernant les personnes handicapées déferlait aussi, pratiquement au même moment, dans le monde entier. L'année 1981 était déclarée par l'O.N.U. **Année internationale des personnes handicapées**. Le Gouvernement du Québec conviait alors ses décideurs et autres intervenants à une conférence d'où naquit un cahier de propositions d'actions intitulé **Conférence socio-économique sur l'intégration de la personne handicapée**.¹⁵ Dans la même veine, l'Office publiait une série de documents dont un qui concerne directement notre sujet de réflexion: *Dossier no 1: Définition de la personne qui vit un handicap*.¹⁶

¹³ Les fonctions de l'Office se retrouvent dans le chapitre 1, section II, de la LAEDPH, *supra note 10*

¹⁴ Office des personnes handicapées du Québec, *supra note 3*, préface par Denis Lazure

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Office des personnes handicapées du Québec, 1981, *Année internationale des personnes handicapées, Dossier no 1: Définition de la personne qui vit un handicap*, Montréal, Ministère des Communications du Québec, 1981. On peut y lire au sujet de la notion de handicap:

"Avant d'entrer dans le détail de la définition légale, il faudrait préciser que certains handicapés, lorsqu'ils peuvent être contrôlés médicalement (comme le diabète, ou l'épilepsie, par exemple) cessent de l'être, et que n'étant pas "visibles à l'oeil nu" ils n'affectent pas autant la personne, tandis que d'autres, qui ne sont pas considérés comme des handicaps (comme le défigement facial, par exemple), parce que bien visibles, posent de véritables problèmes d'intégration à ceux qui l'ont.

Ceci pour dire que le handicap est relatif et que la définition légale de la personne handicapée ne peut être considérée que comme un instrument de travail."

L'Office, référant ensuite spécifiquement à la définition comprise à l'article 1g) de la LAEDPH, classe les types de handicaps en cinq catégories. La première regroupe les handicaps physiques moteurs dans lesquels elle inclut les lésions neurologiques évolutives comme la sclérose en plaques, l'ataxie de Friedreich et la maladie de Parkinson, les lésions neurologiques non-évolutives (paraplégie, quadraplégie, hémiplégie, poliomyélite et paralysie cérébrale), les atteintes musculo-squelettiques (malformations congénitales, dystrophie musculaire, affections osseuses et amputations). Une deuxième catégorie concerne celle des handicaps organiques comme l'obésité et la fibrose kystique. Quant à la troisième catégorie, elle est constituée des handicaps sensoriels (visuels, auditifs et vocaux). On retrouve ensuite la catégorie des déficiences mentales et celle des troubles mentaux chroniques.

i. La conception de l'Office des personnes handicapées du Québec

L'Office avait, dans un autre document produit quelques années plus tard, émis un avis général concernant la notion de handicap. Selon lui, il existe quatre éléments inter-reliés dans la définition de handicap: les causes, la déficience, l'incapacité ou la limitation et le handicap.¹⁷

Les causes pertinentes à la déficience seraient celles qui provoquent une déficience pathologique, congénitale, à la suite d'un accident,...Donc, une personne malade ne serait pas en tant que telle une personne handicapée. Par contre, il est possible que l'origine d'un handicap soit une maladie.

L'Office définit ensuite la déficience:

"Une déficience est une perte, une malformation ou une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, psychologique ou anatomique. Elle est le résultat d'un état pathologique objectif, observable, mesurable et pouvant faire l'objet d'un diagnostic."¹⁸

Une personne pourrait donc avoir plusieurs déficiences à des degrés divers. De même, une déficience pourrait avoir des causes différentes. L'Office réfère alors

¹⁷ L'Office des personnes handicapées du Québec, *supra note 3*, aux pp.30 à 35. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que l'Office des personnes handicapées du Québec s'est basé sur la définition de l'OMS pour définir le handicap: "La classification internationale des handicaps proposée par P.Wood en 1980 pour l'OMS approche le domaine des conséquences des maladies, lorsqu'elles ont dépassé leur état le plus aigu et le plus évolutif, en définissant trois domaines: la déficience, l'incapacité, le handicap ou le désavantage. La déficience est identifiée à l'atteinte, à une perte de substance ou une altération physiologique, anatomique ou mentale, provisoire ou définitive[...]L'incapacité est définie comme la conséquence de cette déficience en terme de restriction d'activité par rapport à ce que l'on peut considérer comme "normal" pour un être humain, dans la vie quotidienne. Le handicap apparaît comme le désavantage social que rencontre la personne handicapée. Celui-ci est défini comme les conséquences de la déficience et/ou de l'incapacité, sur la vie réelle tel qu'il est inséré dans le groupe social auquel il appartient ou devrait appartenir." Dans S.Ebersold, *L'invention du handicap, la Normalisation de l'infirmes*, Strasbourg, Centre Technique National d'Études et de Recherches sur les handicaps et les Inadaptations, 1992, aux pp.15-16. Pour l'OMS, le lien à faire est donc le suivant: Une dysfonction organique crée une **déficience** qui amène une conséquence qu'on peut qualifier d'**incapacité** ou de **limitation**. De ces incapacités découlent des désavantages ou des obstacles dans la réalisation des rôles sociaux qu'on nomme le **handicap** ou le **désavantage social**.

¹⁸ *Id.*, à la p.31

à un classement des déficiences fait par l'*Organisation mondiale de la santé*.¹⁹ On y retrouve les déficiences intellectuelles, du psychisme, du langage et de la parole, auditives, visuelles, des autres organes, du squelette et de l'appareil de soutien, esthétiques et toutes les autres déficiences fonctionnelles, sensorielles et multiples.

L'Office définit ensuite l'incapacité ou limitation fonctionnelle:

"Une incapacité correspond à toute réduction (résultant d'une déficience), partielle ou totale de la capacité d'accomplir une activité d'une façon ou dans les limites considérées comme normales pour un être humain[...]"C'est la conséquence directe d'une déficience sur le fonctionnement quotidien d'une personne. Elle est liée aux réactions de la personne, aux causes et aux circonstances d'apparition de la déficience, à son âge, aux aides techniques et interventions d'adaptation disponibles pour compenser la limitation fonctionnelle."²⁰

L'Office a donc opté pour un modèle concret et subjectif dans l'analyse de la limitation de la personne handicapée. Il ne lui restait maintenant plus qu'à énoncer la définition du handicap:

"Un handicap est un désavantage social pour une personne résultant d'une déficience ou d'une incapacité et qui limite ou interdit l'accomplissement de ses rôles sociaux (liés à l'âge, au sexe, aux facteurs socio-culturels)."²¹

Pour l'Office, le handicap est: "[...] une stigmatisation de la personne qui est porteuse d'une différence repérée ou interprétée comme une anomalie par la société."²²

¹⁹La juge Rivet dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de la communauté urbaine de Montréal* (10 mai 1996), Montréal, 500-53-000021-954, T.D.P.Q., aux pp.14-15, ci-après "*Gaumont*", fait remarquer qu'en 1988, la classification de l'O.M.S. a été traduite en français avec une modification importante. Elle s'intitule désormais "Classification internationale des handicaps, déficiences, incapacités et désavantages". Le concept de désavantage aurait remplacé celui de handicap pour des raisons de clarification.

²⁰Office des personnes handicapées du Québec, *supra note 3*, à la p.33

²¹*Id.*, à la p.34

²²*Id.*, à la p.35

La définition de handicap se résume donc ainsi: Une dysfonction organique crée une **déficience**. Celle-ci entraîne des **limitations fonctionnelles** ou des **incapacités** desquelles découlent des désavantages ou des obstacles sociaux dans la réalisation des rôles sociaux qu'on qualifie de **handicap**.²³

L'Office nous réfère ensuite spécifiquement à la LAEDPH pour nous rappeler que la déficience doit être persistante et significative²⁴ et que la personne doit être limitée dans l'accomplissement d'activités normales (les obstacles sociaux pouvant limiter la personne). Selon elle, la définition comprise à l'article 1g) correspond à la proposition de l'*Organisation mondiale la santé* dont elle s'est servie pour élaborer sa définition de handicap.²⁵

La lecture de cet article 1 g) de la LAEDPH nous révèle que deux catégories de personnes peuvent être qualifiées de "personnes handicapées". Louise Lussier, dans un texte d'ailleurs fort intéressant, s'exprime ainsi à ce sujet:

- "1. une personne handicapée doit être une personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et être atteinte, de façon significative et persistante, d'une déficience physique ou mentale; ou
2. une personne handicapée doit être une personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et utiliser régulièrement une orthèse, une prothèse ou autre moyen pour pallier son handicap."²⁶

Ces deux possibilités répondent à des critères subjectifs et objectifs. Ainsi, comme d'ailleurs le fait remarquer Lussier, le fait d'utiliser une orthèse ou une prothèse est une condition objective basée sur une situation concrète: le fait de devoir compenser le résultat fonctionnel d'une déficience. Par contre, il en va autrement en ce qui concerne le fait d'être atteint d'une "façon significative et persistante" d'une déficience physique ou mentale, une telle conclusion pouvant

²³L. Legault, *L'intégration au travail des personnes ayant des incapacités*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, à la p.5

²⁴"Ceci veut dire que la loi ne concerne pas les personnes ayant des déficiences temporaires ou qui sont sans conséquences pour elles." *Id.*

²⁵*Id.*

²⁶L. Lussier, "La personne handicapée et le droit québécois" (1986) 46 R. du B. 789, à la p.791

avoir comme fondement des hypothèses subjectives à l'égard de l'état de la personne, de son milieu et de son environnement.

En ce qui concerne le terme "persistant", il est évident qu'il évoque une dimension temporelle. Ainsi, toujours selon Lussier, il "exclut l'état temporaire ou l'état de rémission sans être non plus l'équivalent de permanence". Elle fait aussi remarquer que la portée du terme "significatif" varie selon qu'on utilise un modèle abstrait ou concret pour examiner la situation de la personne. En d'autres mots, une personne pourrait avoir une déficience qui ne la limite dans ses activités. Par contre, le résultat pourrait être tout autre si on examine la situation de cette personne par rapport à celle d'un individu n'ayant pas de déficience. Les conditions exigées par la loi doivent donc remplir un volet subjectif et un autre objectif. Comme l'écrivait Lussier:

"Il n'en va pas de même quant au fait d'être atteint de façon significative et persistante d'une déficience physique ou mentale. Certes, on peut admettre que l'existence d'une déficience provient d'une évaluation professionnelle, mesurable et observable, à partir d'une classification classique. Mais à la question de savoir quant une déficience atteint une personne de façon significative et persistante, on ne peut que répondre par des hypothèse plus ou moins subjectives à l'égard de l'état de la personne et de son environnement."²⁷

On serait, à tout le moins au premier abord, porté à utiliser la définition comprise à l'article 1g) de la LAEDPH en ce qui concerne la notion de "personne handicapée" comprise dans la Charte québécoise puisque c'est la LAEDPH qui a modifié la Charte québécoise. D'un autre côté, on pourrait argumenter que la Charte québécoise constitue le contexte différent dont il est question à l'article 1g) de la LAEDPH.²⁸ Il est aussi possible de parler de l'objet différent de ces deux lois. Madeleine Caron a écrit à ce sujet:

²⁷ *Id.*, à la p.792

²⁸ Cette argumentation est soutenue par D. Cadieux, C.D'Aoust, "Le sida en milieu de travail" (1989) 49 R. du B. 769, aux pp. 788 à 791, par M.Caron, "Le droit à l'égalité dans la "nouvelle" Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86", Formation permanente du Barreau dans *L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne*, Cours 83, 1983-1984, 113, aux pp.128-129 ainsi que par Lussier, *id.*

"Cette définition convient très bien aux objectifs de la [LAEDPH] qui prévoit des mesures visant à stimuler l'insertion et la promotion sociale des handicapés par des plans de service et de l'aide financière. Comme cette loi offre des services sociaux et un financement, il fallait une définition de personne handicapée qui ait pour effet de limiter, dans une certaine mesure, l'accès à ces services aux personnes qui ne peuvent se débrouiller par elles-mêmes.

Tout autre est l'objectif de la Charte dans ces dispositions sur le droit à l'égalité. La Charte qui poursuit des objectifs d'égalité, vise à protéger tous ces handicapés contre la discrimination, même ceux qui ne sont pas limités de façon significative dans l'accomplissement d'activités normales."²⁹

Les tribunaux ont interprété de diverses façons l'introduction dans la Charte québécoise du motif "personne handicapée". Une étude de ces quelques décisions nous permettra de trancher face aux arguments précédemment soulevés. Quelques auteurs ont d'ailleurs apporté un éclairage fort remarquable à ce sujet.³⁰

ii. La réaction des tribunaux de droit commun

Puisque la Charte ne définissait pas ces termes, les tribunaux ont utilisé l'article 1g) de la LAEDPH selon lequel deux conditions se devaient alors d'être respectées:

- 1) La preuve d'une déficience physique ou mentale persistante et significative.
- 2) La preuve d'une limitation dans les activités habituelles de la victime.

Une des premières causes qu'il est possible de consulter à ce sujet est l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Héroux*³¹. Johanne Rioux-Bélangier avait postulée pour un emploi à une clinique de pédiatrie. À la suite d'une entrevue, elle avait été engagée comme secrétaire-réceptionniste pour un stage probatoire de trois mois. À l'expiration de ce trois mois, son engagement était confirmé. Quelques mois plus tard, on l'informa que ses services n'étaient

²⁹Caron, *id.*

³⁰Cadieux, D'Aoust, *supra note 28*, aux pp.785-789

³¹(4 mars 1981) Rimouski, 100-02-000244-800, C.P. On la retrouve aussi à (1981) 2 C.H.R.R. D/388. Ce dossier est allé en appel: C.A.Q., 200-09-000222-817, le juge Turgeon accorde la requête pour permission d'en appeler le 3 avril 1981. Désistement de l'appel en date du 10 août 1992.

plus requis et que la cause de son congédiement était son obésité.

Le juge Gagnon conclut que l'obésité de Mme Rioux-Bélanger n'était pas un handicap. Il livrait l'essentiel de ses motifs ainsi:

"En 1978, lors de l'adoption d'une autre loi appelée: *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, l'article 10 de la Charte[sic] a été modifié en ajoutant à la fin du premier paragraphe, les mots suivants: "ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap.

C'est à l'article 1 de cette Loi qu'on trouve la définition de personne handicapée [...]

Mademoiselle Rioux a témoigné que son obésité ne la limitait nullement dans l'accomplissement de ses activités normales[...]

Il serait illogique que l'on doive donner une autre définition à l'appellation de personne handicapée que l'on trouve à l'article 10 de la Charte[sic]des droits et des[sic]libertés de la personne.

Référant à un même sujet, les deux lois sont connexes et ce n'est pas une coïncidence, que dans la loi subséquente, le législateur a cru bon d'ajouter à la première comme motif discriminatoire, le fait d'être une personne handicapée."³²

Dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Paquet*³³, concernant un refus de louer un logement au plaignant à cause de sa condition sociale et du fait qu'il était épilectique, le tribunal jugea aussi que le législateur avait défini ce qu'il entendait par l'expression "personne handicapée" à la Charte québécoise dans la LAEDPH.

³²*Id.*, aux pp.6-7. Voir au même effet: *Commission des droits de la personne du Québec c. La Cité de Côte-St-Luc*, [1982] C.P. 795, concernant aussi un cas d'obésité. Le juge Melançon en est venu à la conclusion qu'étant donné la concomitance de l'amendement apporté à l'article 10 de la Charte et la mise en vigueur de la LAEDPH, l'expression "personne handicapée" devait être interprétée de la même façon dans ces deux lois. Comme l'obésité du plaignant ne le limitait pas dans l'exercice d'activités normales, il ne pouvait répondre aux conditions de l'article 1g) de la LAEDPH. Le juge Laganière est aussi d'avis dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Les Boutiques du tricot Jobin inc.*, [1983] C.P. 234 que la définition de "personne handicapée" devant être utilisée à l'article 10 de la Charte était celle contenue à la LAEDPH. Pour une fois, la plaignante a pu tout de même bénéficier de la protection accordée par la Charte puisqu'elle boitait et devait se déplacer avec une canne, elle était donc limitée de façon significative et persistante dans l'accomplissement d'activités normales.

³³[1981] C.P. 78

Il précisa que l'expression "façon significative" signifiait de "manière manifeste, évidente" et que "persistant" était synonyme de "continu, qui dure". Il ajouta:

"[...] ce qui veut dire qu'une personne qui souffre d'une maladie ou de symptômes qui ne sont ni manifestes, ni permanents et qui ne limitent pas l'accomplissement d'activités normales, ne peut être considérée comme une personne handicapée au sens de la loi."³⁴

Le juge fit remarquer qu'en regardant le plaignant, "on ne peut deviner qu'il est épileptique".³⁵ Donc, comme la preuve soumise était à l'effet que l'affection du plaignant n'était pas ordinairement manifeste et que ses crises n'étaient pas persistantes ni ne l'empêchaient d'accomplir des activités normales, le plaignant ne pouvait bénéficier de la protection de la Charte québécoise.

En 1990, la Cour d'appel discuta de la notion de personne handicapée dans l'affaire *Ville de Montréal-Nord*³⁶. La plaignante alléguait que la Ville lui avait refusé un poste permanent parce qu'elle était diabétique. La Cour conclut que la plaignante devait faire la preuve d'un handicap au sens de la LAEDPH. Puisque le diabète dont souffrait la plaignante ne la limitait pas dans l'exécution d'activités journalières habituelles, celle-ci ne pouvait être considérée comme une personne handicapée. Le juge Monet ajouta que cette notion devait être interprétée dans son sens ordinaire qui réfère à l'article 1g) de la LAEDPH. On peut ainsi lire:

"Pour ma part, j'estime que les mots "personnes handicapées" évoquent, dans leur sens ordinaire, le fauteuil roulant, la canne blanche, la communication spécialisée à l'endroit de ce qu'on nomme maintenant les malentendants, etc. Non pas les lunettes, les appareils auditifs, les aliments sans sucre ou sans cholestérol, que sais-je encore? Que dire des hypertendus, des hypocondriaques, des maniaco-dépressifs, etc.?"

En réalité, l'homme de la rue interrogé à ce sujet estimerait vraisemblablement que la définition du législateur (art.1g)[...]

³⁴ *Id.*, à la p.83

³⁵ *Id.*, à la p.85

³⁶ *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal-Nord*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.) confirmant [1984] C.S. 53. Il nous faut préciser que cette décision, même si rendue en 1990, se basait sur la version de l'article 10 de la Charte québécoise de 1978.

correspond à l'idée que lui-même se fait d'une personne handicapée."³⁷

La Cour d'appel, même si elle n'a pas été explicite à ce sujet, confirmait dans ce jugement que les deux éléments mentionnés précédemment, soit d'abord la preuve d'une déficience et ensuite celle d'une limitation dans les activités habituelles du plaignant, se devaient d'être prouvés.

Puisque la modification apportée à l'article 10 de la Charte québécoise était contenue à l'intérieur de la LAEDPH, il n'est pas tout à fait surprenant que son interprétation ait été colorée par la définition que cette même loi donnait de la notion de "personne handicapée". Il semble en effet que la source formelle immédiate de l'ajout du motif de discrimination ait été déterminante. On pouvait ainsi lire dans l'affaire *Ville de Montréal-Nord*:

"Dans le cas qui nous occupe, c'est dans la loi de 1978 qu'on a adopté la définition précitée et amendé la charte en y intégrant les mêmes mots.

[...] Le législateur a, à ce moment, adopté *une* définition dans le cadre d'*une* loi qui en a aussi amendé d'autres.

À mon avis, son intention est claire."³⁸

Mais était-ce vraiment l'intention du législateur?

Certains auteurs contestent cette assimilation de la Charte québécoise à une loi qui veut permettre l'intégration des personnes handicapées. Pour eux, puisque l'objectif de la Charte diffère de celui de la LAEDPH, ces deux lois ne peuvent contenir la même définition de la notion de handicap. Ainsi, Cadieux et D'Aoust écrivent-ils:

"Le but de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* est d'offrir des services sociaux et financiers aux personnes handicapées qui en ont besoin. Or, la Charte des droits et libertés de la personne poursuit des objectifs d'égalité,[...] De

³⁷ *Id.*, propos du juge Monet, à la p.2768

³⁸ *Id.*, propos du juge Tourigny, à la p. 2770 ainsi que dans les propos du juge Monet, à la p.2769: "L'intention que le texte de l'article 1g) manifeste est celle qui doit guider le juge-interprète dans le cas qui nous occupe."

plus, cette définition restreint l'application de la Charte: ou bien une personne n'est pas assez handicapée pour se prévaloir des dispositions des art. 10 et 1g), ou bien elle répond à la définition de l'article 1g) mais se voit opposer l'article 20 de la Charte[...]"³⁹

La finalité de la Charte québécoise est la protection contre les stéréotypes et les préjugés alors que la loi statutaire a pour objet l'intégration d'une certaine catégorie de personnes handicapées. Ces deux lois doivent donc recevoir des interprétations différentes.

On pourrait aussi ajouter que ces deux lois ont des contextes différents. Pour ces auteurs, la Charte québécoise doit recevoir une interprétation large et libérale qui accomplisse le contexte de cette loi c'est-à-dire la protection des droits de la personne ce que ne permet pas l'utilisation de la définition de l'article 1g) de la LAEDPH qui se doit de restreindre cette notion à ceux qui ont besoin d'une aide législative pour s'intégrer dans la société. Il s'agirait donc du "contexte différent" que suggère l'article 1 introductif de la LAEDPH ou encore une interprétation téléologique de la Charte québécoise⁴⁰.

Nous serions tenté d'abonder dans le sens de ces auteurs. Par contre, une étude plus approfondie de la LAEDPH semble aller à l'encontre de cette argumentation. Comme le fait remarquer le juge Monet⁴¹, les articles 70, 71 et 72 de la LAEDPH utilisent dans leur libellé l'article 10 de la Charte québécoise:

"71. Malgré le droit conféré par l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne, une personne handicapée ne peut

³⁹ Cadieux, D'Aoust, *supra note 28*, aux pp.788-789. Voir aussi: Lussier, *supra note 26*, à la p.794, Caron, *supra note 28*, aux pp.128-129, Commission des droits de la personne du Québec, *Commentaires sur la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées et la Charte des droits et libertés de la personne*, Document adopté par la Commission, 12 février 1979, par sa résolution COM-78-6.1, aux pp. 3-11

⁴⁰ "1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:[...]" Dans *Ministère du revenu et Syndicat des professionnels du Gouvernement du Québec*, [1993] T.A. 798, l'arbitre fait remarquer, à la p.809, que la Charte québécoise vise une égalité de traitement alors que certaines lois, comme la LAEDPH, accordent un statut préférentiel à certaines personnes handicapées.

⁴¹ *Ville de Montréal-Nord*, *supra note 36*, à la p.2766

alléguer discrimination..."⁴²

Le législateur aurait-il spécifiquement référé à l'article 10 de la Charte québécoise et à la notion de "personne handicapée" dans un même article, et ce sans aucune distinction, si son désir n'avait été de donner le même sens dans ces deux lois à cette notion? Le juge Monet était d'ailleurs de cet avis.

"Soit dit en passant, la loi subséquente (1978) ne porte pas seulement sur les mêmes objets mais elle traite des mêmes sujets de droit, plus précisément des mêmes groupes de personnes. Il serait étonnant que l'Assemblée nationale n'ait pas fait le lien."⁴³

De plus, la doctrine reconnaît l'existence de l'adage *in pari materia*⁴⁴. Il semble bien que celui-ci reçoive, dans le cas présent, application⁴⁵. Cette doctrine énonce que:

"Le législateur est censé maintenir, dans l'ensemble des lois qu'il adopte sur un sujet donné, une cohérence à la fois dans la formulation des textes et dans les politiques que ces textes mettent en oeuvre."⁴⁶

De l'avis du juge Monet, il fallait interpréter la notion de personne handicapée contenue à la Charte québécoise comme celle de la LAEDPH. Ce raisonnement semble au premier abord démontrer une faiblesse puisque la question qui se pose est de savoir s'il s'agit en effet des mêmes sujets de droit. À notre avis, il semble que la référence faite par le législateur aux articles 70 à 72 de la LAEDPH à la Charte québécoise et à la notion de personne handicapée laisse fortement supposer qu'ils s'agissait, dans ces deux lois, des mêmes sujets de droit, comme l'expose d'ailleurs le juge Monet dans ses propos. Autrement, le législateur les aurait distingués.

⁴²Nous citons ici l'article 71 à titre indicatif sans laisser supposer qu'il possède une plus grande importance que les deux autres.

⁴³*Ville de Montréal-Nord, supra note 36, à la p.2768*

⁴⁴L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 2e édition, Québec, Éditeur officiel, 1978, à la p.44, E. A. Driedger, *Construction of statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983, aux pp.156-161, P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, à la p.294

⁴⁵C'est d'ailleurs ce que fait remarquer le juge Monet dans *Ville de Montréal-Nord, supra note 36, à la p.2768*

⁴⁶Côté, *supra note 45, à la p.294*

Cet adage est donc un principe de cohérence. Bien qu'il faille utiliser cette méthode avec prudence, il semble que l'argument à l'effet qu'une interprétation différente de la notion de "personne handicapée" de l'article 1g) et de celle contenue dans la Charte québécoise soit fortement ébranlé. Elles devaient recevoir une interprétation concordante. Aller dans le sens inverse serait faire preuve de bons sentiments mais cette position aurait aussi permis d'élargir la notion de personne handicapée contenue dans la Charte québécoise à des personnes non couvertes par la LAEDPH, permettant ainsi de donner un statut différent aux personnes handicapées, contrairement à ce que semblait vouloir le législateur.

Il semble donc, suite à cette revue de la jurisprudence pertinente ainsi que des commentaires subséquents concernant la rédaction de la version de 1978 de la Charte québécoise, qu'interpréter la notion de "personne handicapée" contenue dans la Charte québécoise comme correspondant à la définition de l'article 1g) de la LAEDPH correspondait à l'intention du législateur.

En 1982, l'article 10 de la Charte québécoise subit une deuxième modification en ce que regarde notre sujet. C'est ce changement qui nous intéressera dans la suite de ce travail.

II. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE HANDICAP

Le gouvernement québécois décida qu'après cinq ans d'application de la Charte québécoise, il était temps "de provoquer une réflexion collective sur l'expérience passée et d'effectuer, éventuellement, une révision de ce texte fondamental."⁴⁷ La Commission permanente de la Justice a donc tenu des auditions publiques pour entendre les groupes et les personnes intéressés aux changements concernant la Charte québécoise, et ce, à partir d'octobre 1981. Elle siégea pendant six jours au cours desquels elle entendit cinquante-deux groupes ou personnes⁴⁸ sur soixante-six mémoires qui furent déposés.⁴⁹

⁴⁷ A. Morel, "La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne", dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*, 2, Thémis, 1989, à la p.14

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Journal des débats*, 3e session, 32e législature, vol.26, à la p.6292

La Commission des droits de la personnes intervint sur la question de la notion de "personne handicapée" contenue dans la Charte québécoise. Elle justifia ainsi sa proposition de l'adoption d'une nouvelle formulation du motif de discrimination:

"[...]Les tribunaux sont donc enclins à appliquer à la charte la définition de personne handicapée précisée à l'article 1g) de cette loi[...]

Une telle définition restrictive convient très bien aux objectifs de la loi qui assure l'exercice des droits des personnes handicapées prévoyant, notamment, des plans de services et de l'aide matérielle pour ces personnes. L'objectif de la charte est, cependant, tout autre. Si l'on veut prévenir la discrimination et l'exploitation des personnes atteintes d'un handicap, ce sont toutes les personnes qui doivent être visées et non seulement celles qui sont limitées de façon significative et persistante dans l'accomplissement d'activités normales. Certaines malformations mineures, par exemple, ou le fait d'être diabétique ou épileptique constituent des handicaps qui n'affectent pas les activités normales. Ils représentent pourtant de fréquents motifs de congédiement ou d'exclusion à l'embauche, ainsi que de refus de location dans le secteur du logement.

C'est pourquoi il faudrait remplacer l'expression "personne handicapée", dans l'article 10 de la charte, par une interdiction de toute discrimination fondée sur le handicap physique ou mental ou l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap.

Les personnes plus légèrement handicapées aussi bien que celles qui le sont lourdement seraient ainsi protégées efficacement contre une forme de discrimination très largement répandue."⁵⁰

Suite à ces représentations, l'article 10 de la Charte québécoise qui confère le droit à la non-discrimination prohibe, depuis 1983, la discrimination fondée sur le handicap⁵¹ plutôt que celle fondée sur le fait d'être une personne handicapée.

Face à ce changement, la Commission des droits de la personne du Québec⁵² décida, en 1985, de présenter ses vues quant au sens du nouveau motif de discrimination illicite.

⁵⁰ *Id.*, à la p.B-1293

⁵¹ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982 c.61, art.3, mise en vigueur le 1er octobre 1983.

⁵² Maintenant connue sous le nom de "Commission des droits de la personne et de la protection de la jeunesse du Québec". Ci-après "CDPQ"

i. La position de la Commission des droits de la personne

Une recommandation de la direction de la recherche de la CDPQ avait ainsi défini le handicap: "Un handicap est un désavantage résultant d'une déficience anatomique, physiologique, psychologique ou mentale, diagnostiquée médicalement."⁵³ À notre avis, cette définition aurait eu pour effet de réduire la personne à l'anomalie dont elle souffre plutôt que de s'attarder aux conséquences sociales du handicap et aux conséquences individuelles de la déficience,⁵⁴ en plus de limiter le handicap à une notion objective, ce avec quoi nous sommes en désaccord.⁵⁵

Cette recommandation ne fut pas retenue par la CDPQ. Celle-ci définit plutôt ainsi la notion de handicap utilisée dans l'application de la Charte québécoise:

"Un désavantage résultant d'une déficience, soit une perte, une malformation ou une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, psychologique, physiologique ou anatomique."⁵⁶

La CDPQ ajoutait ceci:

"Les termes déficience et désavantage sont unis par un lien de cause

⁵³Commission des droits de la personne du Québec, *Recommandation suite à une étude faite sur la discrimination fondée sur le handicap par la Direction de la recherche*, juillet 1985

⁵⁴L'Office a déjà fait part de ses préoccupations à ce sujet: "Il y a une confusion persistante entre l'existence d'une déficience et la réalité individuelle et sociale de ses conséquences." L'Office des personnes handicapées du Québec, *supra note 3*, à la p.33

⁵⁵Voir à ce sujet la partie 2.B. de ce travail.

⁵⁶F.Schmitz, "Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du motif handicap" (1987) D.L.Q. 499, à la p.499. Nous avons pris le loisir d'utiliser cette définition puisqu'un "oubli" semble s'être glissé dans la position officielle de la CDPQ. Du moins, la CDPQ a par la suite modifié sa position officielle.

En effet, la définition de handicap s'y lit comme suit: "Un désavantage résultant d'une perte, d'une malformation ou d'une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, physiologique ou anatomique." Commission des droits de la personne du Québec, *Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du motif handicap*, document adopté à la 275e séance de la Commission, 5 déc. 1986, par sa résolution COM 275-9.2.1, à la p.2

Pourtant, en 1988, la CDPQ, dans une position officielle concernant le SIDA et le handicap a ainsi défini le handicap: "Un désavantage résultant d'une déficience, soit une perte, une malformation ou une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, psychologique, physiologique ou anatomique." Commission des droits de la personne du Québec, *Le SIDA et le respect des droits et libertés de la personne*, document adopté à la 305e séance de la Commission, 29 avril 1988, par sa résolution COM-305-9.1.1, aux pp.2-3

à effet et sont donc essentiels l'un à l'autre pour répondre aux exigences de la définition retenue par la Commission; ce qui signifie qu'une déficience qui n'entraîne pas de désavantage pour une personne ne sera pas considérée comme élément constitutif d'un handicap au sens de la Charte non plus qu'un désavantage qui n'est pas la conséquence d'une déficience."⁵⁷

Cette position de la CDPQ respecte donc le système à trois palliers élaboré par l'*Organisation mondiale de la santé* ensuite repris par l'Office des personnes handicapées du Québec dans son document *À part...égale*.⁵⁸ Par contre, comme nous allons vous le démontrer, la CDPQ a une vision plus large de la notion de handicap. D'abord, elle ne limite pas la déficience à une dysfonction organique et ensuite, sa conception de la limitation englobe le désavantage qu'impose le traitement ou la compensation de la déficience.

La CDPQ précise qu'une même déficience peut avoir plusieurs causes, des degrés et des atteintes différentes dépendant du sujet touché. Selon la CDPQ, pour chercher la preuve d'un désavantage, il faut:

"[...] tenir compte des éléments intrinsèques et extrinsèques à la déficience individuelle qui peuvent entraîner un désavantage. En effet, le désavantage résultant d'une déficience peut fluctuer en fonction de variables temporelles, circonstancielles ou personnelles[...] Chaque cas soumis à l'enquête devra être l'objet d'un examen attentif qui tienne compte de la spécificité de chacun."⁵⁹

En fait, par cette position, la CDPQ voulait démontrer que le désavantage pouvait couvrir deux aspects. Il peut d'abord être présent lorsque le sujet doit compenser ou traiter les effets de la déficience. D'autre part, il peut exister lorsque le désavantage dont il est question affecte les conditions normales d'actions ou d'existence d'un individu, qu'importe l'environnement dans lequel il

⁵⁷ CDPQ, *Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du mot handicap*, supra note 56, à la p.2

⁵⁸ Voir à ce sujet la partie 1.A.I.i. de ce travail.

⁵⁹ CDPQ, *Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du mot handicap*, supra note 56, à la p.4

est situé.⁶⁰

On peut ainsi résumer la position: La conséquence d'une dysfonction mentale, psychologique, physiologique ou anatomique est appelée **déficiences**. Celle-ci entraîne des **limitations fonctionnelles** ou des **limitations sociales** (lorsqu'un fardeau résultant de la déficience nous est imposé). De ces limitations découlent des désavantages ou des obstacles dans la réalisation de rôles sociaux qu'on qualifie de **handicap**.

Donc, selon cette définition, la Charte protégerait les déficiences qui entraînent une limitation objective⁶¹ dans les situations au quotidien. Elle protégerait en plus les situations discriminatoires qui ont comme fondement la perception subjective d'une incapacité par un tiers c'est-à-dire, lorsque l'on infère qu'une personne ne pourra fonctionner normalement dans un certain environnement. Cette situation serait protégée même si cette perception est fautive puisque le désavantage se baserait alors sur une perception subjective qui met en oeuvre les mêmes préjugés et stéréotypes que pour les handicaps existant vraiment.

Cette définition ressemble étrangement à celle du juge Monet, en *obiter*, dans l'affaire *Ville de Montréal-Nord*.⁶² Celle-ci était d'ailleurs assez surprenante de sa part puisque l'examen de la jurisprudence québécoise démontre que les tribunaux n'avaient pas proposé, jusqu'en 1989, une définition générale et n'avaient émis aucune règle ou critère permettant de déterminer ce que constituait un handicap.⁶³

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Le désavantage étant alors la limitation que le sujet doit supporter par rapport à des conditions normales d'existence. Ainsi, une personne qui doit assurer un contrôle constant ou un suivi régulier sur la déficience afin d'en neutraliser les effets sera désavantagée puisqu'elle a des contraintes et des désagréments liés à un traitement nécessaire. *id.*, à la p.6

⁶² "[...] un désavantage résultant d'une déficience, soit une perte, une malformation ou une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, psychologique, physiologique ou anatomique." *Ville de Montréal-Nord*, *supra note 36*, à la p.2769

⁶³ Voir à ce sujet le texte de Cadieux, D'Aoust, *supra note 28*, à la p.784

Quoique notre position en regard de la définition de "handicap" constituera la deuxième partie de ce travail, nous tenons à faire immédiatement un commentaire au sujet de la définition de la CDPQ.

Pour établir sa définition de handicap, la CDPQ s'est basée sur celle du *Petit Robert* de 1986 qui se lisait alors ainsi:

"Désavantage, infériorité, gêne qu'on doit supporter par rapport à des concurrents ou par rapport aux conditions normales d'action ou d'existence."⁶⁴

Elle a par la suite été modifiée. On peut ainsi lire dans le *Petit Robert* de 1994 la définition suivante:

"Désavantage, infériorité qu'on doit supporter."⁶⁵

Cette définition inclut donc maintenant toute infériorité.⁶⁶ Pourquoi en serait-il autrement sous la Charte québécoise? La définition de ses termes qui doivent pourtant être interprétés de manière large et généreuse⁶⁷, aurait-elle moins de portée que la définition du langage populaire? Permettez-nous d'en douter. Il semblerait donc que le recours au sens ordinaire, populaire ou encore à l'interprétation grammaticale pour définir un motif de discrimination illicite contenu à l'article 10 québécoise de la Charte québécoise puisse donner un résultat mitigé.⁶⁸

⁶⁴ CDPQ, *Les notions de déficiences et de désavantage dans la définition du mot handicap*, supra note 56, à la p.4

⁶⁵ P. Robert, *Le nouveau Petit Robert*, Montréal, Les dictionnaires Le Robert, 1994, à la p.1070

⁶⁶ Cette remarque avait été faite par S.Grégoire, *La problématique du SIDA en milieu de travail, Pour l'employé, l'employeur et les tiers*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994, à la p.42

⁶⁷ Voir à ce sujet H.Brun, *Charte des droits de la personne*, Montréal, 4e édition, Wilson et Lafleur, 1990, à la p.303 ainsi que la partie 2.B. de ce travail.

⁶⁸ Quoique la Cour suprême est d'avis qu'à défaut de référence spécifique, les règles d'interprétation sont à l'effet qu'un mot employé dans une loi d'application générale doit être pris dans son sens ordinaire: *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu National pour les douanes et accises*, [1977] 1 R.C.S. 456, à la p.457. Voir la partie 2.B. de ce travail.

ii. La position de la doctrine

Certains auteurs étaient de l'avis de la CDPQ à l'effet que le changement apporté à la Charte québécoise devait avoir des répercussions sur la position des tribunaux québécois. On peut lire à ce sujet:

- "Premièrement, on peut y voir l'intention claire du législateur de distinguer les objectifs respectifs de la Charte et la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*. Les victimes de discrimination fondée sur un handicap léger pourraient ne plus être "handicapées" dans leurs revendications par la définition restrictive de l'article 1g) de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*. Deuxièmement, le critère "handicap" pourrait devenir un critère comme tous les autres qui font partie de l'énumération de l'article 10."⁶⁹

Malgré ces commentaires très pertinents, il faut maintenant se demander si cette nouvelle version de l'article 10 devra être considérée par plusieurs personnes handicapées comme la bouée de sauvetage dont la corde est reliée à la Charte québécoise. Pourront-elles finalement y embarquer?

iii. La position des tribunaux

Qu'en est-il de la position des tribunaux face au changement intervenu dans la rédaction de l'article 10 de la Charte québécoise?

Il est intéressant de lire les commentaires des juges, dans l'affaire *Ville de Montréal-Nord*, au sujet de la modification apportée à la Charte québécoise en 1982:

- "Aurais-je la même opinion s'il s'agissait d'interpréter le texte actuel? Je n'en suis pas certaine[...]"⁷⁰

- "De plus, je suis entièrement d'accord avec mes collègues qu'il n'y a pas de lieu de nous prononcer, en l'espèce, sur l'effet de l'amendement apporté en 1982 à l'article 10 de la charte.

⁶⁹ Caron, *supra note 28*, aux pp. 130-131. Voir aussi Cadieux, D'Aoust, *supra note 28*, à la p.788: "À notre avis, l'amendement de 1982 devrait avoir des répercussions sur la jurisprudence" et D.Proulx, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, à la p.9: "L'employeur ne peut donc plus compter sur des décisions dépassées comme celles qui donnaient aux mots "personnes handicapées" qu'on trouvait à l'article 10 de la Charte québécoise jusqu'en 1982 le sens qu'on leur donne dans la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*."

⁷⁰ *Ville de Montréal-Nord*, *supra note 36*, Mme la juge Tourigny, à la p.2770

S'il s'agissait d'interpréter le texte actuel de la loi, il n'est donc pas acquis que le résultat serait nécessaire le même."⁷¹

Analysons d'abord l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*⁷² qui est une des premières décisions qui suivirent la nouvelle version de la Charte québécoise de 1982.

Cette affaire concernait le cas d'un policier-stagiaire qui s'était brisé une cheville. Une fois rétabli, il se vit refuser la poursuite de son stage à l'Institut de police à cause de la fracture, quoiqu'il était prêt à accomplir n'importe quel travail physique.

Le juge Benoit oriente sa décision sur le fait que les motifs de discrimination illicite sont le fait de toute personne, à l'exception du motif "handicap". Selon lui, nous possédons tous un état civil, une condition sociale, etc. Par contre, à son avis, en ce qui concerne le "handicap", une personne est ou non handicapée. Ce motif ne serait donc pas le fait de toute personne. Le plaignant doit donc être réellement handicapé pour bénéficier de la protection offerte par la Charte québécoise.

Le juge Benoit devait ensuite décider si le policier avait subi de la discrimination fondée sur le motif handicap. Il refusa de considérer que la nouvelle rédaction de l'article 10 ait apporté une modification à l'interprétation à donner à cette notion. Il conclut que le plaignant n'avait pas été victime de discrimination fondée sur le handicap bien qu'il avait été perçu comme une personne handicapée. Il considéra plutôt que la seule discrimination qu'il avait subi découlait du fait qu'il s'était fracturé la cheville. Il ne pouvait donc pas bénéficier du motif de discrimination illicite "handicap".

Il découle de ce raisonnement qu'une personne de race blanche qui acquiert un teint bronzé en passant beaucoup de temps au soleil pourrait être protégée par la Charte québécoise sous le motif "race" par le biais de la protection accordée

⁷¹ *Id.*, M. le juge Fish

⁷² [1983] C.S. 961, (C.A.M.: 500-09-001700-830, désistement de l'appel en date du 11 août 1992)

par le juge Benoît contre la perception subjective pour tous les motifs autres que le handicap, alors qu'une personne qui a une véritable anomalie au dos, anomalie qui ne l'a jamais empêchée d'accomplir ses activités normales, ne pourrait être protégée par la Charte québécoise!

Cadieux et D'Aoust critiquent vigoureusement cette décision. Nous partageons d'ailleurs leur avis. Ils font remarquer que celle-ci "repose sur le postulat qu'il y a deux catégories de motifs dans la Charte: ceux qui ont trait à une caractéristique commune à tous les humains et ceux qui ne sont le propre que de certains êtres."⁷³ Il est évident que certains motifs peuvent être sous-catégorisés en deux parties distinctes et qu'ils perdent ainsi leur universalité. Il importe peu que cette possibilité donne un nombre égal de sous-catégories, ou même que cette possibilité existe ou encore qu'on puisse sous-catégoriser de nouveau ces sous-catégories jusqu'à ce qu'elles perdent leur universalité. Il ne semble pas qu'une telle possibilité soit utile dans l'analyse des motifs compris dans la Charte québécoise.

De plus, que ferions-nous des personnes ambivalentes sur certains sujets comme la religion ou le sexe? En effet, même si le handicap ne peut être classé dans une catégorie unidimensionnelle et stable⁷⁴, il en est de même pour d'autres motifs contenus à l'article 10 de la Charte québécoise comme la race:

"Mais le concept de race repose sur des critères totalement arbitraires et le classement de l'espèce humaine en races est inopérant parce que, pratiquement, il est impossible d'identifier tous les individus[...] appartenant à chaque groupe ainsi défini[...]"

Parlons maintenant du handicap. S'agit-il d'une déviation individuelle par rapport à la moyenne du groupe, relativement à un facteur donné, comme la vision, la mobilité, etc. Il faut encore porter un jugement de valeur qualitatif sur cette déviation[...]"

De plus, il y a une question de degré. Une personne est plus ou

⁷³Cadieux, D'Aoust, *supra note 28*, à la p. 786

⁷⁴Voir à ce sujet: Office des droits des personnes handicapées, document préparé par Françoise Schmitz, *Les qualités et aptitudes pour un emploi: L'article 20 et le handicap*, Étude de la direction de la recherche, 3 septembre 1987, à la p.2

moins handicapée selon les circonstances[...] Mais, supposons une autres personne dont la vision corrigée est égale à celle de l'autre personne privée de ses lunettes. Cette anomalie, *après correction*, est-elle un handicap? Tout dépend si l'anomalie est "significative et persistante" et le jugement porté par un employeur peut être entièrement erroné et subjectif, comme pour les autres motifs dont il a été question plus haut."⁷⁵

Cette position du juge Benoit semble d'ailleurs heureusement isolée dans le jurisprudence.⁷⁶

Quant est-il maintenant des autres jugements de la Cour supérieure sur le sujet?

Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie O'Keefe Limitée*⁷⁷, le plaignant avait subi de la discrimination parce qu'il avait déjà été opéré pour une hernie discale. Le juge Turmel s'est ainsi exprimé:

"L'amendement à l'art.10 par le projet de loi no. 86 apporte un éclairage nouveau de l'intention du législateur dans sa recherche du droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés. Désormais, le handicap peut être un critère de discrimination au même titre que la race, la couleur, le sexe, etc...Si c'était là l'intention du législateur même avant la modification de l'art. 10 il est difficile de soutenir que cette intention n'est pas maintenant plus clairement exprimée."⁷⁸

Le juge Turmel, par application des principes d'interprétation, en est venu à la conclusion qu'il fallait interpréter la notion de "handicap" dans son sens ordinaire. Il a donc utilisé les dictionnaires pour finalement décrire le "handicap" comme: "un état d'infériorité. Une personne handicapée est une personne désavantagée et c'est ce désavantage que la Charte paraît vouloir obvier."⁷⁹ Le

⁷⁵Cadieux, D'Aoust, *supra note 28*, aux pp.786-787

⁷⁶Certains juges ont même pris la peine de distinguer leur raisonnement de celui du juge Benoit: *Commission des droits de la personne du Québec c. Lessard, Beauce, Lemieux inc.* (15 décembre 1992), Montréal, 500-53-000017-929, J.E. 93-379 (T.D.P.Q.)

⁷⁷(13 septembre 1990), Montréal, 500-05-005826-878, C.S., (C.A.M. 500-09-001459-908, règlement hors cours en date du 4 novembre 1992)

⁷⁸*Id.*, à la p.7

⁷⁹*Id.*, à la p.8

juge en est donc venu à la conclusion que le plaignant "souffrait d'une déficience dont la conséquence le plaçait dans la catégorie d'une personne désavantagée."⁸⁰

Cette affaire est particulièrement intéressante sous plusieurs aspects. D'abord, elle reconnaît la perception subjective comme fondement de discrimination sous le motif de "handicap". Ensuite, elle limite la notion de handicap à un désavantage, sans avoir à prouver que ce désavantage existe par rapport aux conditions normales d'existence. Le désavantage est alors plutôt fondé sur la présence de la déficience du plaignant et sur la réaction du tiers face à cette déficience.

Dans certains cas, le handicap ne fait pas l'objet de longues discussions. Entre autres, dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Montréal (Communauté urbaine de)*⁸¹, il a été reconnu par les parties que les pieds plats peuvent constituer un handicap.

Il existe par contre encore certaines décisions qui, malgré les changements apportés à la Charte, continuent d'appliquer la définition contenue à la LAEDPH.⁸²

Nous avons donc vu dans cette partie de l'exposé que l'article 10 de la Charte québécoise est passé par plusieurs stades. Il protégeait, au départ, le fait d'être une personne handicapée. Comme cette notion avait été incluse dans la Charte

⁸⁰ *Id.*, à la p.10

⁸¹ (31 janvier 1991), Montréal, 500-05-006523-870, C.S., M. le juge Beauregard. Voir aussi *Pilon c. Corp. intermunicipale de transport des Forges*, (12 janvier 1995), Trois-Rivières, 400-05-000528-944, C.S., J.E. 95-536: concernant une personne atteinte de dystrophie musculaire et *Corporation municipale de la paroisse de Saint-Anne de la Pointe-Au-Père c. Dubé*, [1989] R.J.Q. 2170 (C.S.): concernant des handicapés intellectuels.

⁸² *Huppe c. Régie de l'assurance-automobile du Québec* (20 mars 1984), Thetford-Mines, 235-02-000395-838, C.P., J.E. 84-303, *Commission des droits de la personne du Québec c. Produits forestiers E.B. Eddy* (19 juillet 1990), Hull, 550-02-000537-978, C.Q., J.E. 90-1449, *Morin c. Société de l'assurance automobile du Québec* (31 octobre 1991), Trois-Rivières, 400-02-000643-914, C.Q., J.E. 91-1722, *Manufacture W.C.I. Limitée et Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, Loge 1148*, [1991] T.A. 36, *Bilodeau et Municipalité de Cantley*, [1995] C.T. 470, *Cardinal et Cyanamid Canada inc.*, [1995] C.T. 219

québécoise par la LAEDPH, la tendance des tribunaux était d'appliquer la notion de personne handicapée contenue à la LAEDPH à celle de la Charte québécoise. Cette tendance nous semble d'ailleurs fondée.

Nous avons analysé les répercussions de la modification apportée en 1983 à la Charte québécoise lorsque le législateur amenda la Charte québécoise pour y introduire le motif de handicap.

Nous avons aussi pu constater que la notion de handicap a été définie de différentes façons. Pour l'Office, qui s'est basé sur la conception de l'OMS pour établir sa définition, il s'agit d'un ensemble tripartite. Lucy Legault résume ainsi cette conception:

"Selon ce modèle, la conséquence directe d'un trouble, d'une maladie ou d'un traumatisme est une dysfonction organique appelé **déficiences**. Celle-ci entraîne à son tour des limitations fonctionnelles qualifiées d'**incapacités**. Enfin, de ces incapacités découlent des désavantages ou des obstacles dans la réalisation des rôles sociaux appelés **handicaps**."⁸³

Pour la CDPQ, il s'agit aussi au départ de la conséquence directe d'une perte, d'une malformation ou d'une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, psychologique, physiologique ou anatomique appelé **déficiences**. Par contre, selon la CDPQ, cette déficiences peut bien sûr entraîner des **limitations fonctionnelles** mais aussi **sociales** lorsqu'un individu doit compenser un fardeau résultant de la déficiences. De cette limitation découle des désavantages ou des obstacles dans la réalisation des rôles sociaux qualifiés de **handicap**.

B. LA LECTURE JUDICIAIRE DE LA NORME ANTIDISCRIMINATOIRE ACTUELLE: L'AFFAIRE *RIVIÈRE-DES-PRAIRIES* ET SES SUITES

Nous allons maintenant passer à une des décisions fondamentales concernant la notion de handicap, l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*.⁸⁴ Nous avons vu précédemment que la modification apportée à l'article 10 de la Charte québécoise en 1982 a donné lieu à un certain flottement dans la jurisprudence. L'affaire que

⁸³ L. Legault, *supra note 23*, à la p. 7

⁸⁴ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, *supra note 8*

nous allons maintenant analyser vint y mettre un terme en énonçant une conception dualiste de la notion de handicap. Elle est d'ailleurs à la base d'une abondante jurisprudence. Nous allons donc en premier lieu l'analyser pour ensuite scruter ses répercussions dans la jurisprudence, surtout celle du Tribunal des droits de la personne qui est contradictoire sur plusieurs aspects.

En mai 1986, le plaignant postula pour un emploi d'été chez la défenderesse, un centre hospitalier, après avoir terminé son baccalauréat en récréologie. Il réussit avec succès son entrevue. On l'a donc informé qu'il devait passer un examen médical. Cet examen a révélé la présence d'un spondylolyse avec un léger spondylolisthésis à une vertèbre, donc une anomalie de la colonne vertébrale. Le plaignant ignorait être affecté d'une telle anomalie. En raison de celle-ci, la défenderesse a refusé d'employer le plaignant.

Le juge Tellier présidait cette affaire. Il devait décider s'il y avait discrimination fondée sur le motif handicap. À cette fin, il consulta d'abord la définition de la CDPQ, ensuite celle de l'affaire *Brasserie O'Keefe*⁸⁵ et finalement quelques définitions de dictionnaires généraux. Il s'exprima ensuite ainsi:

"De ces définitions, le Tribunal retient que la notion de handicap dans le contexte du présent débat comporte deux éléments essentiels:

A) Un handicap sous-entend d'abord la notion d'anomalie anatomique ou physiologique[...]

B) Pour qu'il y ait un handicap, il faut que l'anomalie soit de nature à limiter de façon appréciable l'individu dans sa capacité de fonctionner normalement."⁸⁶

Ensuite, aussi incroyable que cela puisse paraître à la lecture de ces conditions, il conclut que le plaignant pouvait profiter de la notion de handicap alors que son problème au dos était totalement asymptomatique⁸⁷! Cet état de fait n'a pas semblé frapper une partie de la jurisprudence qui a appliqué aveuglément ces deux conditions.

⁸⁵ *Brasserie O'Keefe*, supra note 77

⁸⁶ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, supra note 8, à la p.2948

⁸⁷ *Id.*, à la p.2949. Le juge précise même que M.Juneau est un véritable athlète.

I. LA NATURE ET LA PORTÉE DE L'ANOMALIE

La première condition établie par le juge Tellier est donc que celui ou celle qui se plaint de discrimination doive prouver qu'il est affecté par une anomalie anatomique ou physiologique. En quoi consiste donc cette anomalie? S'agit-il de toutes sortes de déficiences? Le juge Tellier a seulement précisé qu'elle doit avoir comme source un problème dans l'organisme du plaignant.

Nous allons analyser la jurisprudence qui a appliqué et précisé ce critère. Cette étude nous permettra de répondre à nos interrogations.

Deux tendances semblaient se dessiner, jusqu'à récemment, au Tribunal des droits de la personne au sujet de l'anomalie: celle des juges Brossard et Rivest et celle du juge Sheehan.

i. L'anomalie subjective

Abordons d'abord la position du juge Sheehan. Selon lui, le terme "anomalie" couvre la situation où une anomalie est inexistante mais a causé de la discrimination. On pourrait donner comme exemple le cas où un employeur décide de ne pas employer un postulant parce qu'un rapport médical lui indique que ce candidat a une anomalie au dos, anomalie qui s'avèrera par la suite inexistente. Le juge Sheehan s'exprime donc ainsi à ce sujet:

"Depuis l'amendement de 82 où on a remplacé l'expression "personne handicapée" à l'article 10 de la Charte par "handicap", la distinction faite dans l'extrait ci-haut mentionné n'a plus sa raison d'être et tous les commentaires de la Cour supérieure concernant une exclusion fondée sur la race, la couleur, etc., s'appliquent tout aussi bien au handicap. En conséquence, il y a discrimination que l'appréciation du handicap soit objective ou purement subjective chez l'employeur."⁸⁸

De même, dans l'affaire *Roy* qui concernait un cas d'intégration dans un milieu scolaire d'un enfant ayant des troubles importants⁸⁹: "[...]ni en raison d'une

⁸⁸ *Lessard, Beaucage, Lemieux inc.*, supra note 76, à la p.13

⁸⁹ *Roy c. Commission scolaire des Draveurs* (29 août 1995), Hull, 550-52-000002-934, T.D.P.Q., J.E. 95-1740, supra note 92, à la p.10. Dans cette affaire, le juge Sheehan recourt à une nouvelle définition, sans expliquer son choix. Il définit ainsi le handicap: "Un désavantage résultant d'une déficience anatomique, physiologique ou mentale diagnostiquée médicalement."

perception purement subjective ou complètement erronée de l'anomalie sur laquelle elle repose[...]."

ii. L'exigence d'une anomalie réelle

Passons maintenant à la tendance des juges Brossard et Rivest qui assimilait la première condition énoncée par le juge Tellier comme exigeant la présence d'une anomalie objective. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*⁹⁰, la juge Rivest, sans préciser la notion d'anomalie, en est venu à la conclusion qu'une spondylyolyse bilatérale asymptomatique était une anomalie à la colonne vertébrale qui entrerait dans la définition de "handicap" de la Charte québécoise.

Dans l'affaire *Laberge c. Ville de Montréal*⁹¹, on peut lire: "Monsieur Laberge souffre d'une anomalie physiologique, soit une importante perte auditive à l'oreille gauche pour laquelle il n'existe aucun traitement médical."

Dans la même veine, on renvoie, dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*⁹², à la notion d'anomalie physique.

Dans trois autres causes, le juge Brossard précise qu'une déficience peut être anatomique, physiologique, psychologique ou mentale.⁹³

La juge Rivest est récemment venu préciser la notion d'anomalie. On peut ainsi lire sous sa plume:

⁹⁰(7 avril 1994), Montréal, 500-53-000015-931, T.D.P.Q., D.T.E. 94T-600, à la p.12, ci-après "*Poirier*"

⁹¹(29 avril 1994), Montréal, 500-53-000026-938, T.D.P.Q., D.T.E. 94T-743, à la p.11. On la retrouve aussi sous (1996) 24 C.H.R.R. D/155 (T.D.P.Q.).

⁹²[1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.Q.), à la p.2103, ci-après "*Marte*"

⁹³*Commission des droits de la personne du Québec et Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.Q.), ci-après "*Mercier*" et *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Boisbriand* (21 mars 1995), Terrebonne, 700-53-000003-941, T.D.P.Q., ci-après "*Troilo*" (C.A.M. 500-09-000602-953), *Commission des droits de la personne du Québec c. Services de réadaptation l'Intégrale* (26 février 1996), Montréal, 500-53-000019-958, T.D.P.Q., D.T.E. 96T-649, à la p.15, ci-après "*Laurin*" (C.A.M. 500-09-002295-962). De même pour la juge Rivest dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Dr. G.G.*, [1995] R.J.Q. 1601 (T.D.P.Q.) et *Deschênes c. Hôpital de Mont-Joli inc.*, (19 avril 1996), Rimouski, 100-53-000001-955, T.D.P.Q.

"La notion de handicap renvoie tout d'abord à une anomalie d'ordre physique, intellectuel, voir psychologique ou mental, [...] Mais toute anomalie ou déficience ne constitue pas nécessairement un handicap, il doit s'agir en quelque sorte, d'une anomalie caractérisée qui répond à certains critères tels sa durée, la gravité de ses effets immédiats ou raisonnablement appréhendés, les risques posés à autrui, etc."⁹⁴

Elle précisa ultérieurement ces nouveaux critères ainsi:

"Ajoutons que les critères de gravité, de durée et de risques ne sont pas des exigences absolues et qu'ils doivent plutôt servir d'indicateurs permettant de conclure s'il y a ou non anomalie, de sorte par exemple qu'un rhume ne pourrait constituer un handicap, même s'il entraînait un désavantage."⁹⁵

Les opinions des juges Rivest et Brossard divergent ensuite sur un point. En effet, selon le juge Brossard, les maladies qui sont répandues à un point tel qu'elles sont socialement acceptées ne sont pas constitutives de handicap.⁹⁶ À ce sujet, la juge Rivest écrit: "À notre avis, une anomalie bien qu'acceptée par la société ou très répandue peut constituer un handicap à condition qu'elle entraîne une limitation."⁹⁷

Récemment, la juge Rivest s'est amendée en ce qui concerne la nécessité de l'existence d'une anomalie réelle. Elle se range maintenant à l'avis du Sheehan Ainsi écrit-elle:

"Pour notre part, nous pensons que la perception subjective d'une anomalie qui entraîne une [*sic*] effet sur un droit protégé doit constituer un handicap. En effet, un comportement discriminatoire fondé sur la perception erronée d'une anomalie est autant susceptible de porter atteinte au droit à la reconnaissance et l'exercice des droits d'une personne sans distinction, exclusion ou préférence que si l'anomalie est réelle et par conséquent, ce comportement doit également être sanctionné. Cette approche plus

⁹⁴ *Dr. G.G., id.*, à la p. 1620. La juge Rivest en est venue à la même conclusion au sujet des types d'anomalie dans l'affaire *Deschênes, id.*, à la p.11: "Cette anomalie peut résulter d'une infirmité, d'une déficience, d'une maladie ou d'une malformation."

⁹⁵ *Gaumont, supra note 19*, à la p.23

⁹⁶ *Mercier, supra note 93*, à la p.10, *Troilo, supra note 93*, à la p.13, *Laurin, supra note 93*, à la p.19

⁹⁷ *Gaumont, supra note 19*, à la p.23. Il nous semble aussi qu'une anomalie qui entraîne de la discrimination sera constitutive de handicap. Voir à ce sujet la partie 2.B. de ce travail.

poussée que celle que nous avons retenue précédemment nous paraît plus conforme à l'objet de la Charte qui est d'enrayer les sources de la discrimination tels les préjugés ou les stéréotypes."⁹⁸

Sur l'anomalie, deux tendances s'opposent donc chez les juges du Tribunal des droits de la personne. D'abord, celle des juges Sheehan et Rivest selon laquelle on doit se limiter à constater la présence d'une anomalie subjective. Quant au juge Brossard, il exige la preuve d'une anomalie réelle.

Nous allons maintenant passer à la deuxième condition énoncée par le juge Tellier.

II. L'EFFET DE L'ANOMALIE SUR LE FONCTIONNEMENT

Pour qu'il y ait un handicap, il faut, selon le juge Tellier, que l'anomalie soit de nature à limiter de façon appréciable le plaignant dans sa capacité de fonctionner normalement. Il doit donc exister un désavantage ou autrement dit, une limitation qui découle de l'anomalie.

i. La norme exigée par la Cour supérieure: la limitation *appréciable*

On doit, en premier lieu, se demander ce qu'entend le juge Tellier par l'expression "appréciable". Il précise qu'il veut ainsi exclure les personnes dont la maladie est contrôlée par la prise de médicaments comme les épileptiques, les diabétiques,...⁹⁹ Seraient aussi exclues celles qui portent avec succès des verres correcteurs, un appareil auditif,... Une telle façon de concevoir la limitation restreindrait la notion de handicap à celle de la LAEDPH, qui exige la preuve d'une limitation dans l'accomplissement d'activités normales, en précisant que la limitation doit être "appréciable"? À notre avis, la qualification par le terme "appréciable" a la même portée que "significatif" et des limitations essentiellement

⁹⁸ *Id.*, à la p.24. On pouvait précédemment lire de sa part: "Selon notre collègue le juge Sheehan, la Charte québécoise accorde une protection contre la discrimination fondée sur le handicap, y compris quand l'exclusion se fonde sur une perception purement subjective ou complètement erronée de l'anomalie. C'est une interprétation que ne partagent pas les autres membres de ce Tribunal. Ainsi, si nous avons admis que conformément à l'objet de la Charte, le handicap comprend les limitations qu'impose l'appréciation subjective de la capacité de fonctionner d'une personne atteinte d'une anomalie, nous croyons néanmoins qu'il doit s'agir d'une anomalie réelle" dans *Deschênes, supra note 93*, à la p.11

⁹⁹ *Hôpital Rivière-des-Prairies, supra note 8*, à la p.2948

semblables sont visées par l'un et l'autre.¹⁰⁰

Dans l'affaire *Roy c. Commission scolaire des Draveurs*¹⁰¹, le juge Sheehan exprime son désaccord au sujet de l'utilisation du terme "appréciable" par le juge Tellier:

"En réalité, la Commission scolaire prétend qu'un handicap doit être de nature à limiter de façon "appréciable" la capacité de Yannick Pascal de fonctionner normalement. Avec égards, cela équivaut à ajouter à la définition."¹⁰²

La vision du juge Sheehan est donc plus large à ce sujet que celle du juge Tellier. La limitation peut être présente sans pour autant qu'elle soit appréciable c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin d'une limitation dans les activités quotidiennes et normales. Nous partageons cet avis. Puisque le législateur a modifié en 1983 le libellé de l'article 10 de la Charte québécoise, une interprétation de ce changement qui nous ramènerait à la situation jurisprudentielle sous la version de 1978 de l'article 10 de la Charte québécoise ne nous semble pas indiquée.

Qu'en est-il en ce qui concerne la limitation? Comme en ce qui a trait à la notion d'anomalie, le terme "limitation" est interprété de façon divergente par les différents juges du Tribunal des droits de la personne. Nous commencerons par énoncer la position du juge Brossard pour ensuite passer à celle des juges Rivest et Sheehan.

ii. Une première tendance au Tribunal des droits de la personne: une limitation objective dans les activités courantes

Selon le juge Brossard, pour répondre au deuxième critère énoncé par le juge Tellier, il faut que le plaignant souffre, de fait, d'une limitation. En d'autres termes, la personne victime de discrimination doit souffrir de limitation objective

¹⁰⁰ "Alors que cette dernière évoque le concept de limitation significative, la décision de la Cour supérieure s'en remet pour sa part à celui de la limitation appréciable." D.Carpentier, "L'état de santé ou le handicap: a-t-on vraiment le choix" dans L.Lamarche, P.Bosset, *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Sainte-Foy, P.U.L., 1996, à la p.75

¹⁰¹ *Roy*, supra note 89

¹⁰² *Id.*, à la p.11. Voir aussi *Gaumont*, supra note 19, à la p.25

dans l'accomplissement des fonctions de la vie courante. Cette limitation provient d'un désavantage, d'une infériorité par rapport à des conditions normales.¹⁰³ Une personne qui peut fonctionner de façon normale dans sa vie courante ne peut donc bénéficier de la protection accordée par la Charte sous le motif "handicap". Selon le juge Brossard, faire autrement serait banaliser l'article 10 qui doit seulement servir à protéger ceux qui sont victimes d'une véritable limitation:

"Étendre la protection de la Charte à toute personne qui est porteuse asymptomatique d'une anomalie équivaut à trivaliser le terme "handicap" choisi dans la troisième version de l'article 10 par le législateur."¹⁰⁴

Il ajoute qu'accepter la perception subjective comme forme de limitation répugnerait à la logique puisque l'employeur ne peut justifier une politique discriminatoire que par un critère objectif (selon l'article 20 de la Charte québécoise). "Il serait surprenant que dans l'examen d'une même situation particulière, le législateur ait utilisé deux poids et deux mesures."¹⁰⁵

Toujours selon le juge Brossard, son interprétation se confirme par le fait qu'un employeur a le droit de choisir le candidat qui est le plus en santé "dans le but de minimiser les coûts éventuels en assurance-maladie."¹⁰⁶

Le juge Brossard renchérit sur son idée en nous indiquant qu'une interprétation téléologique de la Charte québécoise ne peut que nous faire tendre vers sa position puisque l'objectif de la Charte québécoise est "l'intégration des personnes handicapées dans la vie en société."¹⁰⁷ Nous tenons à exprimer tout de suite nos réserves sur cette détermination de l'objectif de la Charte québécoise par le juge Brossard. Selon nous, l'objectif de la Charte est plutôt de

¹⁰³ *Mercier, supra note 93, à la p.14, Laurin, supra note 93, à la p.15*

¹⁰⁴ *Mercier, id., à la p.10*

¹⁰⁵ *Laurin, supra note 93, à la p.24*

¹⁰⁶ *Troilo, supra note 93, à la p.17.*

¹⁰⁷ *Id., à la p.12*

protéger la population contre les préjugés et les stéréotypes¹⁰⁸ alors que la question d'intégration concerne plutôt la LAEDPH.¹⁰⁹

iii. Une deuxième tendance au Tribunal des droits de la personne: une limitation subjective découlant de la perception d'un tiers

Passons maintenant à l'interprétation de la deuxième condition du juge Tellier par les juges Sheehan et Rivest. Selon eux, la limitation qui découle de l'anomalie peut provenir de la perception subjective d'une telle anomalie autant que d'un désavantage réel et objectif. Le juge Sheehan avait d'ailleurs très vite annoncé ses couleurs à cet effet dans l'affaire *Roy*¹¹⁰:

"Le Tribunal a déjà établi que la protection accordée par la Charte contre la discrimination fondée sur l'handicap [*sic*] n'est aucunement diminuée en raison d'une perception purement subjective du handicap[...]"

Dans l'affaire *Poirier*, la juge Rivest s'était ainsi exprimé à ce sujet:

"Ajoutons que le désavantage peut être réel et objectif lorsqu'il y a présence d'une anomalie ou déficience qui empêche de manière importante un fonctionnement dit "normal"; ce désavantage peut aussi être présumé lorsqu'on infère que quelqu'un, à cause d'une anomalie ou d'une déficience, ne pourra effectivement fonctionner "correctement". Réalité objective et perception subjective font donc partie intégrante de la notion de handicap."¹¹¹

Elle ajoute dans l'affaire *Martel*:

"Une interprétation autre de ce motif rendrait pratiquement illusoire les droits et recours d'une personne qui, en raison d'une simple perception de handicap, subirait de la discrimination à l'embauche ou en cours d'emploi: il lui serait presque impossible de prouver l'existence d'un handicap en tant que tel dans la mesure où c'est alors le regard porté sur elle qui, en quelque sorte, la rendrait "handicapée"."¹¹²

¹⁰⁸Voir à ce sujet la partie 2.B. de ce travail.

¹⁰⁹Voir à ce sujet la Partie 1.A.I de ce travail.

¹¹⁰*Roy*, *supra note 89*, à la p.10

¹¹¹*Poirier*, *supra note 90*, à la p.11. Voir aussi *Martel*, *supra note 92*, à la p. 2103

¹¹²*Martel*, *id.*, à la p.2103

La juge Rivest est venu préciser récemment que lorsqu'une anomalie particulière implique dans une situation donnée une limitation dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté protégé, le deuxième critère énoncé par la juge Tellier est satisfait.

"Aussi, la limitation dont il s'agit lorsque le tribunal détermine s'il y a eu discrimination n'est pas celle qui se rattache à la personne, mais plutôt celle que l'anomalie caractérisée entraîne par rapport à l'exercice d'un droit. Cette conclusion s'infère également de la modification apportée à l'article 10, en 1982[...]conférant à ce dernier une portée en quelque sorte plus objective parce que moins attachée à la personne elle-même qu'à la situation dans laquelle survient la discrimination alléguée."¹¹³

Cette précision du juge Rivest, différente de celle du juge Brossard qui concentre ses observations à chercher si la personne est limitée dans ses activités normales, permet de centrer le handicap dans une interprétation contextuelle. Comme le dit la juge Rivest:

"Le handicap, à la différence de l'anomalie, n'est pas un concept biomédical, mais un concept social et, dans la mesure où il est devenu un critère de discrimination illicite, un concept juridique. Au-delà de l'anomalie qui est une composante physique rattachée à la personne, le handicap inclut nécessairement une composante relationnelle qui provient de l'environnement social, notamment du milieu physique ou organisationnel dans lequel vit la personne ou encore du tiers qui réagit à l'anomalie."¹¹⁴

Les positions des juges du Tribunal des droits de la personne se rejoignent facilement sur un point. Autant pour le juge Brossard que pour les juges Sheehan et Rivest, l'existence d'une limitation objective répond au deuxième critère énoncé par le juge Tellier. Ces opinions divergent ensuite sur une question plus difficile. Pour les juges Sheehan et Rivest, la présence d'une limitation subjective répond au deuxième critère énoncé par le juge Tellier alors que le juge Brossard considère qu'une telle vision de ce deuxième critère répugne à la logique. La juge Rivest vient ensuite étendre cette limitation au cas où l'exercice d'un droit ou d'une liberté est limité. Le désavantage résulterait donc d'une limitation sociale qui se fonde sur une anomalie.

¹¹³ Dr G.G., *supra note 93*, à la p.1620 et Gaumont, *supra note 19*, à la p.25

¹¹⁴ Gaumont, *id.*, à la p.25

PARTIE 2: POUR UNE CONCEPTION DUALISTE ET SOCIALE DU HANDICAP

Maintenant que nous avons fait une revue des réactions des juges du Tribunal des droits de la personne en ce qui a trait aux deux conditions énoncées par le juge Tellier dans l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹¹⁵, nous allons passer à la deuxième partie de cet essai soit, dans un premier temps, à une analyse critique des différentes tendances concernant l'application des conditions élaborées dans l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹¹⁶ et, dans un deuxième temps, à la présentation de la conception du handicap que nous privilégions qui consiste à définir le handicap comme un désavantage résultant d'une caractéristique de la victime de la discrimination, donc, une analyse contextuelle des cas de discrimination fondée sur le handicap.

A. L'INSUFFISANCE DES CRITIQUES DIVERSES ADRESSÉES PAR LE TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE À LA CONCEPTION DUALISTE DU HANDICAP ADOPTÉE DANS L'AFFAIRE *HÔPITAL RIVIÈRE-DES-PRAIRIES*

Plusieurs questions peuvent être soulevées en regard de l'interprétation dualiste de l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹¹⁷ faite par le Tribunal des droits de la personne. Nous exposerons ici différentes critiques adressées à cette interprétation, critiques dont nous soulignons les faiblesses. Nous aborderons d'abord la question de la nature et de la nécessité de la limitation puisque de l'avis de quelques auteurs, cette deuxième condition énoncée par le juge Tellier devrait plutôt être intégrée dans le test de l'article 20 de la Charte québécoise plutôt que pour décider s'il y a présence de handicap sous l'article 10 de la Charte québécoise. Selon cette interprétation, il ne resterait plus qu'à vérifier le respect de la condition concernant l'anomalie à satisfaire pour décider s'il y a ou non. Cette question de l'anomalie sera donc plus facilement intelligible lorsque la question de la limitation aura été abordée.

¹¹⁵ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, supra note 8

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

I. LE NOTION DE LIMITATION: LE CONTEXTE DU DROIT DU TRAVAIL

À notre avis, la deuxième condition énoncée par le juge Tellier dans l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹¹⁸ doit recevoir une interprétation différente de celle qui lui fut donnée par une majorité de juges. Comme nous l'avons exposé précédemment, certains d'entre eux considèrent que la limitation appréciable de la capacité du plaignant de fonctionner normalement, deuxième condition dont fait état le juge Tellier, doit être une limitation objective dans les activités journalières du plaignant.¹¹⁹ D'autres croient plutôt qu'il s'agit d'une limitation subjective qui découle de l'anomalie¹²⁰ ou d'une limitation dans l'exercice des droits compris dans la Charte.¹²¹ Nous allons, dans cette section du travail, vous exposer notre avis et celui de différents auteurs sur l'interprétation et l'application de cette deuxième condition.

Le juge Tellier présentait cette deuxième condition comme suit:

"De ces définitions, le Tribunal retient que la notion de handicap dans le contexte du présent débat comporte deux éléments essentiels: [...]

B) Pour qu'il y ait un handicap, il faut que l'anomalie soit de nature à limiter de façon appréciable l'individu dans sa capacité de *fonctionner* normalement[...] Le tout est évidemment relatif et dépend de plusieurs facteurs, dont ceux des conditions de travail[...]

Enfin, dans le contexte de la charte, il semble bien que la notion de handicap est certainement reliée à la capacité de l'individu de performer dans une fonction ou une occupation de travail"¹²² (Nous soulignons)

Il faut donc se demander de quel contexte parle le juge Tellier. Ce contexte a-t-il joué un grand rôle dans sa décision? Nous le croyons. Il laisserait donc ouverture à une autre conception de la notion de handicap dans une situation

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Voir à ce sujet l'opinion du juge Brossard à la partie 1.B.II.ii. de ce travail.

¹²⁰ Voir à ce sujet l'opinion des juges Sheehan et Rivest à la partie 1.B.II.iii. de ce travail.

¹²¹ Voir à ce sujet l'opinion du juge Rivest à la partie 1.B.II.iii. de ce travail.

¹²² *Hôpital Rivière-des-Prairies, supra note 8, à la p.2948*

différente.

Remémorons-nous d'abord les faits de cette affaire. M. Juneau, le plaignant, avait une anomalie asymptomatique à la colonne vertébrale. L'Hôpital Rivière-des-Prairies décida de ne pas l'engager pour cette raison. Il s'agit donc d'une affaire qui concerne le domaine de l'emploi, ou, en d'autres mots, le contexte du droit du travail. Ce contexte possède-t-il des particularités qui nous permettraient d'inférer qu'une interprétation différente serait possible lorsque le problème auquel un juriste fait face se situe dans un autre domaine de droit comme, par exemple, l'intégration des handicapés intellectuels ou physiques en milieu scolaire dit "normal"? Nous pensons qu'une réponse positive doit être donnée à cette question.

La Charte québécoise contient une disposition spécifique, en ce qui concerne le droit du travail, qui permet à un employeur de justifier une condition d'emploi discriminatoire dans certaines circonstances. Il s'agit de l'article 20 selon lequel une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi peut être réputée non discriminatoire en certains cas.¹²³

Un employeur peut donc justifier une politique discriminatoire qui impose une condition d'emploi si cette condition est reliée à la capacité de travailler du candidat. On parle alors d'"exigence professionnelle" justifiée. Selon la Cour suprême, pour qu'il s'agisse d'une exigence professionnelle justifiable, il faut remplir deux conditions:

- 1- Que l'employeur croit honnêtement que l'imposition d'une condition est essentielle pour assurer la bonne exécution du travail.
- 2- Que l'employeur démontre objectivement la pertinence d'une condition par rapport aux exigences de l'emploi.¹²⁴

La Cour d'appel a d'ailleurs déjà défini ce que constituait la notion de "aptitudes ou qualités requises pour un emploi" au sens de l'article 20, ou en d'autres mots, les exigences de l'emploi. Il s'agit des "dispositions naturelles à accomplir la

¹²³Charte québécoise, *supra* note 51

¹²⁴*Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202

tâche, le talent, l'habileté, la compétence technique".¹²⁵ Si un employeur réussit à convaincre le tribunal sur ce point¹²⁶, sa politique discriminatoire sera justifiée.

Revenons maintenant à l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*.¹²⁷ Le juge Tellier, après avoir énoncé les deux conditions nécessaires pour pouvoir invoquer discrimination fondée sur le handicap dans le contexte du droit du travail, est passé à l'analyse même du cas qui lui était présenté. Il a d'abord rappelé que le plaignant avait une anomalie au dos. On se serait attendu à ce qu'il réponde ensuite à la question concernant la limitation appréciable de la capacité du plaignant de fonctionner normalement. Cette preuve n'aurait d'ailleurs pu être faite en ce qui concerne le plaignant puisque le juge Tellier a pris la peine de préciser qu'il était un véritable athlète:

"Dans le cas qui nous concerne, il y a lieu de regarder la condition de M.Juneau, qui nous est révélée notamment par son curriculum vitae[...]On y apprend que ce monsieur avait suivi des cours d'athlétisme avec les cadets de l'armée canadienne. Avec l'armée, il a fait des expéditions en canot, de l'alpinisme et a suivi des cours de survi en forêt. Il a fait de la plongée sportive et détient un diplôme intermédiaire en natation. En outre, il est un athlète spécialisé dans le sport de la trempline[...]Il serait aujourd'hui le troisième meilleur athlète de sa catégorie au Canada"¹²⁸

À la suite de la lecture de ce passage, il semble difficile de croire que la deuxième condition énoncée par le juge Tellier a pu être remplie dans cette affaire. Pourtant, le juge a condamné la défenderesse à payer à M.Juneau 3 800\$! Deux explications de cette décision s'offrent à nous.

¹²⁵ *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1983] C.A. 363, à la p.367 et [1988] 2 R.C.S. 279. La Cour suprême n'a pas contredit ce point.

¹²⁶ Comme l'article 20 est un article d'exception, la charge de la preuve quant à son application incombe à celui qui invoque cette disposition. *Commission des droits de la personne du Québec c. Courtier provincial en alimentation (1971) inc.*, (1982) 3 C.H.R.R. D/1134 (C.S.), *Commission des droits de la personne c. Ville de Lachute* (16 décembre 1981), Terrebonne, 700-05-000088-819, C.S., *Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93 (C.A.M. 500-09-001546-795), *Boutiques du Tricot Jobin inc.*, supra note 32

¹²⁷ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, supra note 8, à la p.2949

¹²⁸ *Id.*, aux pp. 2948-2949

La première consiste à supposer que le juge Tellier a voulu agir en équité.

"Malgré qu'il prétende ne pas être de son rôle de s'immiscer "dans l'exercice des responsabilités de la défenderesse" ou "de remplacer la direction de l'établissement", il est évident qu'il n'a pu résister à la tentation de casser une décision qui lui semblait injuste."¹²⁹

Bien que cette explication apporte un éclairage sur la décision du juge Tellier, nous doutons qu'elle soit fondée. En effet, pour quelle raison le Tribunal aurait-il pris la peine d'énoncer deux conditions, non établies auparavant par la jurisprudence, si son unique but était d'agir en équité? N'aurait-il pas dû articuler d'une façon différente sa décision, surtout sans prendre la peine d'énumérer deux conditions? Pour cette raison, nous passons à l'explication qui nous semble la plus juste.

Il se pourrait que la deuxième condition énoncée par le juge Tellier concerne l'application de l'article 20 plutôt que celle de l'article 10 de la Charte québécoise. D'ailleurs, le juge Tellier, en énonçant sa deuxième condition, a écrit: "Le tout est évidemment relatif et dépend de plusieurs facteurs, dont ceux des conditions de travail."¹³⁰

De plus, comme le fait remarquer Daniel Proulx, le juge Tellier examine le problème qui lui est soumis "entièrement sous l'angle des justifications de la politique discriminatoire de l'employeur qui est celui de l'article 20 de la Charte."¹³¹ En effet, après qu'il ait énoncé ces deux conditions, le juge pose la question suivante: "Dans la présente cause, peut-il être dit que M.Juneau présentait un handicap qui justifiait la demanderesse de refuser de l'embaucher

¹²⁹B.Tremblay, "Les examens médicaux reliés à l'emploi: limites imposées par la Charte des droits et libertés de la personne au droit de gérance des commissions scolaires", *Développements récents en droit scolaire* (1994), Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1994, à la p.165

¹³⁰*Hôpital Rivière-des-Prairies, supra note 8, à la p.2948*

¹³¹D.Proulx, *La discrimination fondée sur le handicap: une jurisprudence déficiente (Notes de conférence)*, Les 20 ans de la Charte québécoise: Des droits et libertés: Bilan et défis, Colloque conjoint de L'Association québécoise de droit comparé et de la Commission des droits de la personne et droits de la jeunesse, à la p.24

à cause de l'anomalie révélée par l'examen radiologique?"¹³² La seule réponse qu'il donne à cette question est que la présence d'une anomalie anatomique est insuffisante pour exclure le candidat.

Il semble donc que la deuxième condition énoncée par le juge Tellier ne doive recevoir application qu'en regard de l'article 20 de la Charte québécoise. En d'autres mots, l'employeur, pour se justifier d'une discrimination par ailleurs établie, doit prouver que l'anomalie limite l'individu de façon appréciable dans sa capacité de fonctionner normalement, l'empêchant ainsi de posséder les aptitudes et les qualités requises pour accomplir les tâches déterminées pour l'emploi concerné. La condition ne joue pas au stade de la preuve de discrimination. Ainsi, dans *Hôpital Rivière-des-Prairies*, l'employeur n'était pas en mesure de prouver que sa politique était justifiée:

"Par conséquent, même si ce n'est pas le rôle du tribunal de se prononcer sur la valeur scientifique et administrative de la politique d'embauche de la défenderesse, il appert que quelque chose a mal fonctionné dans cette affaire en particulier. Est-ce que c'est la politique qui est formulée de façon incomplète? Est-ce que cette politique devrait être révisée? Est-ce qu'elle est mal comprise ou est-ce qu'elle est mal appliquée? La Cour n'en sait rien. Ce qui se dégage, cependant, est qu'il est évident que, si l'examen radiologique avait été le moins complété par un examen clinique adéquat, M. Juneau aurait été probablement engagé, pour la raison qu'il ne semblait pas présenter un risque qui justifiait un refus."¹³³

C'est donc le seul contexte du droit du travail qui a conduit le juge Tellier à exiger le respect de la seconde des deux conditions précédemment énoncées. D'ailleurs, comme l'avait déjà fait remarquer le juge Sheehan:

"Le Tribunal est d'avis qu'en matière de discrimination fondée sur le handicap, le droit, tel qu'il existe aujourd'hui dans les cas d'embauche, est correctement énoncé dans l'affaire *Hôpital Rivières-des-Prairies*."¹³⁴ (Nous soulignons)

¹³² *Hôpital Rivière-des-Prairies*, supra note 8, à la p.2948

¹³³ *Id.*, à la p.2949

¹³⁴ *Lessard, Beaucage, Lemieux*, supra note 76, à la p.13

Puisque la plupart des cas de discrimination sous le motif "handicap" concernent, dans la jurisprudence, le droit du travail, pour quelle raison faut-il s'inquiéter de la mauvaise interprétation donnée aux conditions énumérées par le juge Tellier? Tout simplement parce que le fardeau de preuve n'est pas placé sur les épaules de la bonne personne.

En effet, la jurisprudence actuelle, en exigeant que preuve soit faite par le plaignant d'une anomalie et d'une limitation, déplace le fardeau de preuve de la limitation sur les épaules du plaignant alors que celui-ci devrait reposer sur la partie qui désire utiliser l'exception, soit le défendeur. On en arrive à un illogisme. Une fois que l'employé aura prouvé qu'il est limité dans sa capacité de fonctionner normalement, l'employeur aura le beau jeu de dire que cet employé ne peut remplir les conditions d'emploi!

De plus, l'employeur, de part sa position, ses connaissances du poste occupé par le plaignant, des besoins de son entreprise ainsi que de son expertise, est le mieux placé pour pouvoir remplir ce fardeau de preuve qui lui incombe.

Il nous semble donc, que pour cette raison, on assiste présentement à une tendance de la juge Rivest au Tribunal des droits de la personne à inclure dans la limitation comme une interférence dans l'exercice des droits qu'accordent la Charte.¹³⁵

Il serait donc plus justifié, en suivant les critères de l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹³⁶ de demander au plaignant de démontrer qu'il souffre d'une anomalie¹³⁷ en ayant soin de ne pas englober la limitation dans l'anomalie. Cette façon de faire a pourtant été rejetée récemment par la juge Rivest dans l'affaire *Gaumond*. Comme l'explique la juge Rivest:

¹³⁵ *Dr G.G., supra note 93 et Gaumond, supra note 19*

¹³⁶ *Hôpital Rivière-des-Prairies, supra note 8*

¹³⁷ Comme le propose d'ailleurs Proulx, *supra note 131*, aux pp. 31 et ss. Voir à ce sujet la partie 2.A.II. de ce travail.

"Or nous pensons qu'en tant que composante d'un motif interdit de discrimination, la limitation se rattache à l'effet sur un droit protégé. La limitation ou le désavantage doit s'inscrire comme composante du handicap et non comme élément de défense du mis-en-cause, d'autant plus que le motif de handicap s'applique non seulement dans le cadre de l'emploi, mais aussi dans d'autres domaines protégés, tels que l'accès aux services publics. Restreindre la limitation à une défense de l'article 20 conduit à ne reconnaître la limitation qu'en matière d'emploi."¹³⁸

Nous ne croyons pas que le fait que la limitation soit reconnue seulement dans le domaine de l'emploi puisse constituer un quelconque obstacle à la deuxième solution proposée. En effet, ce choix n'a-t-il pas été déjà fait par le législateur lorsqu'il a édicté l'article 20 qui ne s'applique qu'au domaine de l'emploi ainsi qu'à diverses institutions sans but lucratif? Cette interprétation est en harmonie avec l'économie générale de la Charte québécoise.

Il nous semble donc que les réticences que suscite ce type d'interprétation de l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹³⁹ proviennent seulement de l'interprétation dualiste donnée à l'expression "handicap". Nous exposerons notre conception à ce sujet dans la partie 2, section B, de ce travail.

Puisque nous vous avons exposé notre conception concernant la notion de limitation, soit que cette dernière devrait faire partie du test prévu à l'article 20 de la Charte québécoise, nous allons maintenant vous faire part de critiques concernant différentes interprétations données à l'anomalie par les juges du Tribunal des droits de la personne.

II. LA NOTION D'ANOMALIE: SON ÉLARGISSEMENT

Selon le juge Tellier, pour qu'il y ait présence d'un handicap, il faut que la partie plaignante démontre qu'elle est affectée d'une anomalie anatomique ou physiologique. Les juges du Tribunal des droits de la personne, comme il a été démontré précédemment, conçoivent différemment cette condition. Selon les juges Rivest et Sheehan, la seule perception erronée d'une anomalie suffit pour

¹³⁸ Gaumont, *supra* note 19, aux pp.32-33

¹³⁹ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, *supra* note 8

satisfaire à ce critère quoique la juge Rivest demande en plus que cette anomalie comporte un certain caractère de gravité et de durée lorsqu'on est en présence d'une anomalie objective. Selon le juge Brossard, la présence d'une anomalie réelle est nécessaire pour remplir cette condition énoncée par le juge Tellier.

Nous allons, dans un premier temps, exposer les raisons de nos hésitations en ce qui concerne les exigences de *durée* et de *gravité* imposées par la juge Rivest.

i. Le caractère de l'anomalie: les notions de durée et de gravité

Au premier abord, il semblerait que l'exigence de la preuve d'une anomalie anatomique ou physiologique permette de se distinguer de l'article 1g) de la LAEDPH qui requiert en plus la présence d'une déficience significative et persistante. Malheureusement, la conception de la juge Rivest nous ramène pratiquement à la définition de la LAEDPH.¹⁴⁰ En effet, lorsqu'elle parle de "gravité" de l'anomalie, il est bien difficile de ne pas faire de rapprochement avec le caractère de "significatif". Il en est de même avec le terme "durée" qui nous renvoie au terme "persistant" et ce, sans avoir besoin d'étirer à l'extrême la signification de ces notions. Un tel retour en arrière est regrettable, surtout que le législateur s'est donné la peine de modifier la rédaction de l'article 10 de la Charte québécoise pour le distinguer de la LAEDPH.

Daniël Proulx fait de plus remarquer que le critère de "gravité" n'a pas sa raison d'être en droit québécois, pas plus qu'en droit ontarien dans lequel la juge Rivest est allée piger cette idée. On peut ainsi lire:

"Il importe de noter que ce critère a été importé par le Tribunal ontarien dans *Lily Cupps* et dans *Gaines Pet Food* en contradiction directe pourtant très claire du Code ontarien. Celui-ci donne en effet du handicap la définition suivante: "tout degré d'incapacité[...] Mais alors, d'où vient ce critère de la gravité des effets d'une maladie ou d'une anomalie? Il provient tout d'abord d'une phrase citée hors contexte par le tribunal ontarien dans *Lily Cupps*[...]"

Le critère de la gravité ou de l'importance des effets provient également dans *Lily Cupps* de l'arrêt américain *Forissi c. Bowen* [794] F. 2d 931 (4th Circ.) interprétant le *Rehabilitation Act of*

¹⁴⁰Voir la partie 1.B.I.i. de ce travail.

1973. Or, on le sait, cette loi américaine, destinée à définir les droits des seules "personnes handicapées", donne de celles-ci une définition exigeant expressément que l'individu soit atteint, ou soit perçu comme étant atteint, d'une anomalie qui limite de façon importante la capacité d'exercer des activités normales."¹⁴¹

Un jugement ontarien vient d'ailleurs confirmé, en partie, cette critique de Proulx. Il s'agit de l'affaire *Bielecky v. Young, MacNamara, and Chris Young*¹⁴². Mme Bielecky, aux prises avec un problème d'hypertrophisme des seins, devait se faire opérer. Elle informa alors son employeur qu'elle désirait quelques journées de congé pour pouvoir subir une opération. Son employeur ne s'informa pas de la raison de cette intervention. Il la congédia moins d'un mois après cette demande. On peut ainsi y lire en ce qui concerne l'exigence du critère de gravité:

"The respondent argued that the *Human Rights code* requires that a "threshold" of seriousness be crossed before a condition may properly be determined to be a handicap. Mr Hummel for the respondent urged upon me a dictum of Professor Cumming in *Cameron v. Nel-Gor Castle Nursing Home* (1984), 5 C.H.R.R. D/2170: "Having a handicap means not being able to do or one or more things that most people can do." This doctrine, he said, was relied upon and amplified in *Ouimette v. Lily Cups Ltd.* (1990), 12 C.H.R.R. D/19.

The words in the *Code* speak of "Any degree of disability". There must be some inability to do something others can normally do; I think that Professor Cumming's words mean no more than that. It is my view that the discussion of the definition of handicap in *Ouimette, supra*, is limited to a consideration of what is an "illness" under the *Code*; I find it to be of little help in the situation before me."¹⁴³

Il semble même que ces critères puissent être écartés parce qu'ils entrent en conflit avec l'objet même de l'article 10 de la Charte québécoise, dont on sait qu'il doit nous guider dans l'interprétation d'un texte de cette nature.¹⁴⁴

¹⁴¹Proulx, *supra* note 131, à la p.17

¹⁴²(1992) 20 C.H.R.R. D/215, (Ontario Board of Inquiry)

¹⁴³*Id.*, à la p. D/218

¹⁴⁴*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears*, [1895] 2 R.C.S., à la p.547, M. le juge McIntyre

"La *gravité* n'est pas pertinente au stade d'analyse de l'article 10 de la Charte. Elle détourne notre attention de l'objet de cette disposition qui demeure l'élimination des distinctions de traitements arbitraires. De fait, c'est précisément lorsqu'une anomalie n'est pas grave et qu'elle ne comporte en conséquence aucune limitation ou incapacité importante qu'une exclusion fondée sur une telle caractéristique est discriminatoire et injustifiée.

En ce qui concerne le critère de *durée*, qui a été énoncée [*sic*] pour faire la distinction entre une maladie passagère et un handicap, il nous semble peu pertinent et même dangereux. En effet, pourquoi un handicap serait-il, dans le contexte d'une norme prohibant la discrimination, un état forcément permanent?"¹⁴⁵

Certains pourraient dire que ces critères permettent de distinguer l'état de santé du handicap, puisque l'état de santé et la maladie ne sont pas mentionnés à l'article 10 de la Charte québécoise.¹⁴⁶ Cette approche, quoiqu'au premier abord séduisante, risque d'exclure du revers de la main plusieurs individus qui auraient pu être victimes de discrimination.

En effet, bien qu'il semble que la Charte québécoise ne protège pas expressément contre la discrimination fondée sur l'état de santé, cela n'autorise pas à confondre le handicap et l'état de santé qui sont deux concepts différents. Mais bien que l'état de santé ne soit pas couvert par la Charte québécoise, il ne faut pas oublier ceux dont le handicap provient de leur état de santé ou d'une maladie.¹⁴⁷ Serait-il en effet possible de refuser à un non-voyant la protection de l'interdiction de discriminer pour cause de handicap de la Charte québécoise parce que sa cécité provient d'une maladie quelconque alors que celui qui est devenu non-voyant suite à un accident d'automobile pourrait utiliser cette loi? De même, nous viendrait-il à l'esprit de refuser l'application de la Charte

¹⁴⁵Proulx, *supra note 131*, aux pp.38-39. Nous croyons utile de nuancer cette critique de Proulx. Il ne nous semble pas que le critère de *durée* énoncé par la juge Rivest exige forcément un état permanent. Malgré cette remarque, nous partageons son avis à l'effet que le critère de *durée* n'a pas sa raison d'être en droit québécois.

¹⁴⁶Voir à ce sujet le texte de Proulx, *id.*, aux pp. 36-37 ainsi que la cause *Laurin*, *supra note 93*, dans laquelle le juge Brossard cite, aux pp.19-20, le Code du travail de la France: "Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de (...) son état de santé ou de son handicap."

¹⁴⁷Proulx, *id.*

québécoise à une personne victime de syndrome de Down? On ferait alors dépendre l'existence même du handicap sur la cause des différentes déficiences alors que le handicap est le désavantage résultant de la limitation qui découle d'une telle déficience. Une telle interprétation du concept de handicap nous paraît contraire à la fin même de la protection accordée. "En effet, permettre d'exercer de la discrimination en fonction de l'état de santé d'une personne risque de rendre illusoire l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap..."¹⁴⁸

Pourtant, le juge Brossard, dans la cause *Troilo*¹⁴⁹, adopte une telle interprétation. Il exclut la présence d'un handicap en justifiant sa position sur sa perception d'une discrimination fondée sur l'état de santé du plaignant. Ces motifs s'énoncent comme suit:

"En l'espèce, le Tribunal conclut que la Ville pouvait, parmi les nombreux candidats qui ont postulé, rechercher et choisir ceux qui étaient le plus en santé et que l'examen de santé de ces derniers, dans le but de minimiser les coûts éventuels en assurance-maladie, n'équivaut pas à une discrimination interdite en raison d'un handicap. Lorsque la ville prend une décision administrative d'embaucher un candidat, elle peut, par exemple, préférer les candidats non-fumeurs qui, à son avis, risquent le moins de lui faire supporter des coûts reliés à leur état de santé futur.

Ni un état de santé ni une maladie ni une anomalie ne sont, en soi nécessairement des motifs de discrimination interdite par l'article 10 de la Charte"

Cette conception du juge Brossard découle évidemment du fait qu'il exige la preuve d'une anomalie objective. Sa position est axée sur cette notion plutôt que sur la notion de désavantage. Il exige en fait la preuve de faits objectifs pour constituer le handicap plutôt que de rechercher un désavantage. La conception des juges Sheehan et Rivest, qui accepte la présence de la perception d'une anomalie, ne se heurte pas à de telles considérations. Comme Carpentier le fait remarquer, un danger existe devant l'hypothèse soutenue par le juge Brossard. En effet, que dire à un employeur qui affirme ne pas attribuer un handicap à un candidat mais plutôt qu'il désire choisir le candidat le plus en santé pour des

¹⁴⁸ Carpentier, *supra* note 100, à la p.71

¹⁴⁹ *Troilo*, *supra* note 93, à la p.17

raisons économiques?¹⁵⁰

Il nous semble qu'une telle conception déplace vers le plaignant au stade du constat de discrimination sous l'article 10 le fardeau de preuve que possède l'employeur en regard de l'article 20. Comment l'exclusion d'un motif de l'article 10 de la Charte québécoise peut-il découler des considérations économiques en regard de l'élément sécurité recevables au stade de l'article 20? En ce qui a trait à ce lourd fardeau sous l'article 20, le Tribunal des droits de la personne s'était déjà prononcé. Dans la cause *Gaudreau c. Ville de Montréal*, le juge Rouleau le décrivait ainsi:

"Il s'ensuit que la simple possibilité d'un risque ou d'un accroissement de celui-ci sans égard à sa gravité ou à sa probabilité ne saurait suffire, non plus que l'existence potentielle d'un risque minimum ou négligeable. L'employeur doit donc établir la probabilité que le risque se réalise ou, en d'autres termes, la probabilité que la défaillance liée au handicap survienne, d'une part, et, d'autre part, la gravité des conséquences découlant de cette défaillance par rapport à l'environnement de travail, en incluant la sécurité des compagnons de travail et de celle du public."¹⁵¹

La façon de penser du juge Brossard nous semble basée sur ce contre quoi la Charte tend à protéger: les préjugés. D'ailleurs, comme l'a écrit Carpentier:

"L'employeur doit donc démontrer que le risque est inacceptable, et ce, par une preuve scientifique, statistique ou médicale. Il doit également satisfaire à l'exigence de la proportionnalité de la mesure prise, le refus d'embauche, avec l'objectif poursuivi, assurer la sécurité. Il doit donc démontrer qu'il ne dispose d'aucune alternative moins draconienne. Il est évident que la simple crainte qu'une personne est plus souvent recours aux bénéfices de l'assurance maladie ne semble pas rencontrer ces critères."¹⁵²

Il est donc primordial de ne pas confondre les notions d'état de santé, d'anomalie et de handicap. Comme l'a écrit la juge Rivest:

"L'anomalie se distingue de l'état de santé en ce que la première est une caractéristique circonscrite, déterminée et relativement

¹⁵⁰Carpentier, *supra note 100*, à la p.79

¹⁵¹(25 juin 1992), Montréal, 500-53-000003-911, T.D.P.Q., J.E. 92-1266

¹⁵²Carpentier, *supra note 100*, aux pp. 79-80

précise, alors que la deuxième englobe un ensemble d'informations ou d'observations recueillies dans le cadre d'une consultation et qui répondent à des objectifs de diagnostic ou de prévention en regard d'une personne qui consulte."¹⁵³

Il faut ajouter que les causes qui créent une anomalie peuvent être diverses. L'Office des personnes handicapées du Québec cite d'ailleurs à ce sujet les causes pathologiques, congénitales ou acquises, traumatiques à la suite d'un accident, à cause d'un milieu à risques ou des habitudes de vie.¹⁵⁴ Il ne faut donc pas confondre l'état de santé ou la maladie avec le handicap même si le handicap peut provenir d'un état personnel.

De plus, une telle assimilation ouvrirait la porte à un classement des anomalies en fonction des préjugés sociaux. On peut donner comme exemple de ce danger les résultats de la recherche de Cloerkes¹⁵⁵. Cette étude a démontré, en analysant le degré de gravité attribué à une déficience en fonction de la localisation de l'infirmité, que les types de déficiences influent sur les représentations que la société se fait de ces affections. Entre autres, celles touchant les membres inférieurs sont mieux vues que celles des membres supérieurs, notamment la tête.

"On ne saurait toutefois limiter l'étude des représentations des handicapés à celle du degré attribué à la déficience. Freidson montre, dans sa typologie de la maladie, que les attitudes et les attentes envers les malades dépendent également du degré de responsabilité imputé à l'individu et du degré de légitimité attribué à la déficience. Le fait de considérer ou non une personne responsable ou non de sa maladie ou de sa déficience compte pour beaucoup pour son identité morale et les attitudes que l'un aura à son égard: lorsqu'on impute un degré de responsabilité à la personne malade ou infirme à propos de l'évènement qui a engendré la maladie ou la déficience, elle sera probablement "punie" et une condamnation morale lui sera attachée."¹⁵⁶

¹⁵³ Gaumont, *supra* note 19, à la p.32

¹⁵⁴ Office des personnes handicapées, *supra* note 3, à la p.31

¹⁵⁵ G.Cloerkes, *Einstellung und Verhalten gegenüber Behinderte. Eine Kritische Bestandaufnahme internationaler Forschung*, Berlin, C. Marhold Verlagsbuchhandlung, 3e ed. 1985 dans Ebersold, *supra* note 17, à la p.35

¹⁵⁶ Ebersold, *id.*, aux pp. 35-36

La finalité de la Charte des droits et libertés de la personne est de protéger la population contre les divers préjugés et les stéréotypes. Les critères de *durée* et de *gravité*, d'après ce qui a été démontré précédemment, mettraient en danger cette finalité.

ii. Une anomalie réelle: l'incompatibilité de cette exigence et de la finalité de la Charte québécoise

Passons maintenant à la thèse défendue par le juge Brossard selon laquelle seule l'anomalie réelle est couverte par la première condition énumérée par le juge Tellier. Le résultat d'une telle conception est assez incroyable, surtout en ce qui concerne le domaine du droit du travail.¹⁵⁷ Prenons comme exemple le cas d'une personne en parfaite condition physique qui se présente chez un employeur. Ce dernier perçoit erronément chez le candidat un handicap et décide de ne pas l'engager. Le candidat ne pourra être protégé par la Charte québécoise sous l'article 10. Par contre, si le candidat possède un véritable handicap qui le limite dans sa capacité de fonctionner normalement, l'employeur pourra justifier son choix de ne pas l'engager par l'application de l'article 20 de la Charte. En d'autres mots, le candidat ne pourra pratiquement jamais être protégé.

En effet, la plupart de gens qui postulent un emploi le font parce qu'ils croient qu'ils seront capable d'accomplir les tâches demandées. Ils ne seront ainsi pas limités dans l'accomplissement de leurs activités. S'ils sont incapables d'accomplir les tâches de l'emploi, l'employeur n'aura qu'à se justifier sous l'article 20 de la Charte québécoise.¹⁵⁸

Contrairement à ce que le juge Brossard a écrit à ce sujet, nous ne croyons pas que la perception subjective comme forme de limitation répugne à la logique. Tremblay réfute fort bien cette prétention dans l'extrait qui suit:

"Puisque l'article 20 permet de légaliser une discrimination contestée en vertu de l'article 10, on doit convenir que l'exception a été conçue en fonction de motifs de discrimination que prévoit cet

¹⁵⁷Vous pouvez consulter les affaires *Poirier*, *supra note 90*, à la p.11 et *Martel*, *supra note 92*, à la p.2103 dont les extraits pertinents se retrouvent à la p.38 de ce travail.

¹⁵⁸Et ce sous réserve de l'obligation d'accommodement qui ne fait pas l'objet du présent travail.

article. En demandant à l'employeur qu'il fasse la preuve que les exigences de l'emploi sont objectivement requises[...]la Charte ne lui permet pas de justifier un acte discriminatoire si l'incapacité de l'individu qu'il invoque n'est pas réelle[...]En effet, si l'exception prévue à l'article 20 ne permet que de justifier une discrimination basée sur une inaptitude réelle, il faut en conclure qu'une simple perception peut être une cause de discrimination mais ne peut être jugée valide au sens de l'article 20."¹⁵⁹

De plus, pour quelles raisons les autres motifs de discrimination s'étendraient-ils à la perception subjective¹⁶⁰ alors que le handicap ne le pourrait pas? Comme le fait remarquer la juge Rivest:

"Or, il n'existe juridiquement aucune raison de privilégier un mode d'interprétation différent à l'égard du motif de handicap par rapport aux autres motifs d'exclusion tels la race, l'orientation sexuelle, les convictions politiques ou l'état civil qui sont interdits même quand ils font l'objet d'une appréciation subjective."¹⁶¹

Pouvons-nous, par contre, vraiment étirer la notion d'anomalie jusqu'à y inclure une anomalie qui n'existe pas mais qui est perçue comme telle par un tiers, comme le suggère d'ailleurs la thèse défendue par le juge Sheehan et maintenant par la juge Rivest?

Il est vrai que le Tribunal des droits de la personne a déjà admis que l'on était protégé contre la perception subjective sous la Charte québécoise dans d'autres cas que le handicap.¹⁶² Il faudrait en conclure que la discrimination fondée sur la perception subjective du handicap se doit aussi d'être couverte par la Charte québécoise. Nous soulignons le mot handicap, parce que cette précision nous semble être d'une grande importance. En effet, le motif illicite de discrimination inclus à l'article 10 de la Charte québécoise est le handicap et non pas l'anomalie, à moins qu'on en vienne à définir le handicap seulement en regard de l'anomalie,

¹⁵⁹ Tremblay, *supra note 129*, à la p.166

¹⁶⁰ *C.D.P.Q. c. Immeubles Ni/Dia* [1992] R.J.Q. 2977, T.D.P.Q., à la p.2989

¹⁶¹ *Gaumont*, *supra note 19*, à la p.27. Voir aussi *Roy*, *supra note 89*, à la p.10

¹⁶² *Immeubles Nia/Dia*, *supra note 160*

comme le propose d'ailleurs Daniel Proulx.¹⁶³ Mais nous tenons ici à rappeler que le Tribunal des droits de la personne a récemment repoussé une telle approche.¹⁶⁴

Ce qu'il faut plutôt se demander ici c'est si l'anomalie, notion élaborée dans l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*¹⁶⁵ et suivie par le Tribunal des droits de la personne, lorsqu'elle est inexistante mais perçue comme telle par un tiers, peut être couverte par l'interdiction de discrimination pour cause de handicap de la Charte québécoise.

Au premier abord, il semblerait que la définition ordinaire de la notion d'anomalie ne laisse pas ouverture à une vision subjective de ce terme. Nous possédons une anomalie ou nous ne la possédons pas! Mais, ce qu'il ne faut pas oublier, c'est que la Charte québécoise poursuit un but particulier: la protection contre les préjugés et les stéréotypes. Ce but n'impose-t-il pas d'interpréter la première condition énoncée par le juge Tellier comme couvrant les anomalies qui, en fait, n'existent pas? Pour répondre à une telle question, nous allons nous tourner vers d'autres ordres de juridiction pour examiner de quelle façon la notion d'anomalie a été interprétée sous certaines lois protégeant les droits des personnes et poursuivant un but identique à la Charte québécoise.

iii. La perception de l'anomalie: la situation américaine

La législation américaine sera notre première source de référence. En ce qui concerne les États-Unis, les amendements à la Constitution américaine n'offrent aucune protection antidiscriminatoire en ce qui a trait à la notion de handicap. Le gouvernement fédéral américain a donc adopté des lois spécifiques sur cette question.

¹⁶³ Proulx, *supra note 131*, aux pp. 35 et ss

¹⁶⁴ Gaumont, *supra note 19*, aux pp.32-33

¹⁶⁵ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, *supra note 8*

La *Federal Rehabilitation Act of 1973*¹⁶⁶ interdit la discrimination en milieu de travail contre les personnes atteintes d'une déficience. Elle s'applique au gouvernement fédéral, aux entrepreneurs avec lesquels il contracte, aux organismes auxquels il accorde des subventions et au service postal américain¹⁶⁷.

Pour pouvoir bénéficier de cette loi, les conditions préalables suivantes doivent être remplies: la preuve que l'employeur est soumis à la loi, la démonstration d'une déficience, la capacité au travail et la discrimination dont a fait l'objet la personne atteinte de la déficience.¹⁶⁸

Les individus atteints d'une déficience y sont ainsi définis:¹⁶⁹

"706 (8) (B). Subject to [...], the term "individual with a disability" means, [...] any person who (i) has a physical or mental impairment which substantially limits one or more of such person's major life activities, (ii) has a record of such an impairment, or (iii) is regarded as having such an impairment."

Une deuxième loi, adoptée en 1990, interdit à l'entreprise privée la discrimination envers les personnes handicapées. Il s'agit de l'*American with Disabilities Act of 1990*¹⁷⁰. Cette loi accorde une protection accrue aux Américains victimes de discrimination dans l'emploi¹⁷¹. Les employeurs qui sont déjà soumis à la FRA le demeurent.¹⁷² Cette nouvelle législation était nécessaire afin d'obtenir une

¹⁶⁶₂₉ U.S.C. 701 et ss. (1982), ci-après "FRA"

¹⁶⁷ Articles 794 a) et b) de la FRA

¹⁶⁸ Articles 706 et 794 de la FRA

¹⁶⁹ Il est intéressant de noter que cet article utilisait auparavant la notion de "personne handicapée" plutôt que celle de "déficience".

¹⁷⁰₄₂ U.S.C. sec. 12101 et ss. (West. suppl. 1991), ci-après "ADA"

¹⁷¹ Ceci était d'ailleurs le but du Congrès américain. On peut ainsi lire à l'article 12101 (2) de cette loi: "historically, society has tended to isolate and segregate individuals with disabilities and, despite some improvements, such forms of discrimination against individuals with disabilities continue to be serious and pervasive social problem;"

¹⁷² Ces derniers sont en effet exclus de la définition d'employeur de l'article 12111 (5): "12111 (5) A). The term "employer" means a person engaged in an industry affecting commerce who has 15 or more employees[...] and any agent of such person..."

situation uniforme dans tous les États, sans égard au caractère public ou privé de l'entreprise.¹⁷³

Cette loi n'utilise pas la notion de handicap¹⁷⁴ mais plutôt celle de déficience. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que malgré cette différence, les définitions contenues aux article 706 (8) (B) de la FRA et 12102 de L'ADA sont pratiquement identiques.

"12102. Disability

The term "disability" means, with respect to an individual:

(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual;

(B) a record of such an impairment; or

(C) being regarded as having such an impairment.

On est à même de constater que le législateur américain a spécifiquement visé la déficience "subjective" dans ces lois ainsi que dans ces règlements qui définissent les termes employés dans certaines lois. Il en est ainsi pour le *Code of Federal Regulations, Subtitle A-Department of Health and Human Services, General Administration* qui définit la notion de "personne handicapée" devant être utilisée sous la FRA¹⁷⁵:

"84.3. (j) Handicapped person. (1) *Handicapped persons* means any persons who (i) has a physical or mental impairment which

B) Exceptions The term "employer" does not include- (i) the United States, a corporation wholly owned by the government of the United States[...]"

¹⁷³On peut ainsi lire à l'article 12101 b) de l'ADA:

It is the purpose of this chapter:

(1) To provide a clear and comprehensive national mandate for the elimination of discrimination against individuals with disabilities;

(2) to provide clear, strong, consistent, enforceable standards addressing discrimination against individuals with disabilities;

(3) to ensure that the Federal Government plays a central role in enforcing the standards established in this chapter on behalf of individuals with disabilities; and

(4) to invoke the sweep of congressional authority, including the power to enforce the fourteenth amendment and to regulate commerce, in order to address the major areas of discrimination faced day-to-day by people with disabilities

¹⁷⁴La FRA utilisait auparavant la notion de personne handicapée. Voir à ce sujet les commentaires à la note 169 de ce travail.

¹⁷⁵FRA, *supra* note 166

substantially limits one or more major life activities, (ii) has a record of such an impairment, or (iii) is regarded as having such an impairment.

Le législateur américain a donc spécifiquement prévu de protéger le discrimination fondée sur la perception subjective d'une anomalie.

iv. La perception de l'anomalie: la situation canadienne

Passons maintenant à la situation canadienne. Certaines provinces canadiennes ont adopté des lois qui prévoient spécifiquement la protection contre la perception d'une anomalie. On peut ainsi lire dans la loi de la Nouvelle-Écosse: "physical disability or mental disability" means an actual or perceived...".¹⁷⁶ De même, en Ontario:

"à cause d'un handicap" En raison de l'existence présumée ou réelle, actuelle ou antérieure, de l'une des affections suivantes: A) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie et, notamment, [...]..."¹⁷⁷

On pourrait croire que la version de la législation ontarienne vise la perception de quelqu'anomalie que ce soit. Et bien non! Pour que la perception soit protégée par la loi, l'anomalie doit avoir été prévue par le législateur. En d'autres mots, il faut que l'anomalie perçue, si elle avait existée, aurait été une anomalie comprise dans la définition de la loi ontarienne.¹⁷⁸ Le juge Plaut s'est ainsi exprimé à ce sujet:

"Surely, if one were to hold that a person who is *actually* suffering from a non-covered disability is *excluded* from the meaning of the section, it would be illogical to *include* the disability as a covered ground if it is only *believed to exist but is not real*[...] But if they are disabilities not covered by the qualifications alluded to, then they are excluded from the section whether they are real or imagined[...]

At the same time it follows that the disabilities on which the complaint is based must fit the requirements of the section under

¹⁷⁶ *Nova Scotia Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c.214, art. 3 (1)

¹⁷⁷ *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c.H.19, art.10(1)

¹⁷⁸ *Horton v. The regional Municipality of Niagara*, (1987) 9 C.H.R.R. D/4611 (Ontario Board of Inquiry), *Elkas v. Blush Stop Inc.*, (1994) 25 C.H.R.R. D/158 (Ontario Board of Inquiry)

discussion which are that [they] must be shown to exist because of bodily injury, birth defects or illness."¹⁷⁹

Qu'en est-il des autres provinces canadiennes dont les lois ne visent pas expressément la perception. Selon le *British Columbia Council of Human Rights*, la perception d'une déficience, que celle-ci soit existante ou non, est suffisante.¹⁸⁰ Par contre, dans d'autres provinces canadiennes, les tribunaux semblent beaucoup plus réticents à protéger contre les décisions discriminant sur la base de la perception erronée d'une anomalie.¹⁸¹

Autant de divergences sur ce sujet sont assez déroutantes surtout que, selon certains juges, la notion de perception doit "évidemment" être considérée comme visée dans les lois assurant l'exercice des droits des personnes. On peut ainsi lire: "Ce principe est si évident qu'il n'a pas été fréquemment examiné dans des décisions récentes".¹⁸²

On voit donc que le recours aux décisions des autres provinces canadiennes donne un résultat qui est aussi clair que de l'eau de roche...Il semble qu'au Québec, d'après l'étude faite précédemment, la perception subjective d'une anomalie réelle soit visée par la Charte québécoise. Soutenir l'inverse nous paraît illogique en pratique.¹⁸³

¹⁷⁹ *Horton, id.*, à la p. D/4612

¹⁸⁰ *Biggs v. Hudson*, (1988) 9 C.H.R.R. D/5891 et *Boyce v. Corporation of the City of New Westminster*, (1994) 24 C.H.R.R. D/441, *Elkas v. Blush Stop Inc. et als.*, (1994) 25 C.H.R.R. D/158, *Silver v. Chapparral Industries*, (1986) inc. (1993) 20 C.H.R.R. D/155

¹⁸¹ Voir: *Davidson v. St-Paul Lutheran Home of Melville*, (1992) 19 C.H.R.R. D/436 (Saskatchewan Queen's Bench)

¹⁸² *Ede v. Canadian Armed Forces*, (1990) 11 C.H.R.R. D/439, à la p.433, note 1. Voir aussi les affaires suivantes du Tribunal canadien des droits de la personne qui incluent la notion de perception dans les lois protégeant les droits de la personne: *Beaulieu v. Canadian Human Rights Commission*, (1991) 15 C.H.R.R. D/65 (Trib. Can) et (1993) 103 D.L.R. 217 (C.A. Fédérale), *Foucault c. Compagnie des chemins de fer nationaux* (No. 1), (1981) 2 C.H.R.R. D/475 (Trib.Can.), *Villeneuve v. Bell Canada*, (1985) 6 C.H.R.R. D/2988 et *Brideau c. Air Canada*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1314, à la p.D/1317: "...c'est la "perception" qu'a l'employeur de la condition physique du futur employé qu'il faut considérer et non l'handicap physique lui-même."

¹⁸³ Voir à ce sujet la partie 1.B.I de ce travail.

"A more difficult question is raised by the first example mentioned previously, in which the respondent's perception of the disability is wholly incorrect. Can this form the basis of a complaint? Strong argument can be marshalled both for and against this proposition. On the one hand it seems fair to state that if no disability in fact exists, the foundation for a violation of the Code disappears, and although it may be totally reprehensible for someone to act upon such an erroneous assumption, it is not a contravention of the Code to do so. Against this, however, one can plausibly assert that the perception held by the respondent is what causes the adverse judgement to be made, and it is that which the legislation seeks to prevent and correct, i.e. adverse differentiation against individuals on the basis of group characteristics (or stereotypes about groups) which are unrelated to the particular activity or conduct[...] Although the question remains unresolved, on the basis of prior experience with discrimination against disabled persons, and in the light of the universally accepted purposes of the legislation, it is submitted that the reasoning in the *Foucault* decision is to be preferred."¹⁸⁴

Nous partageons l'avis de M.Tarnopolsky ainsi que celle des juges Rivest et Sheehan à l'effet que la perception erronée d'une anomalie doit être protégée par les Chartes. La finalité particulière des Chartes qui est d'assurer une protection contre les préjugés et les stéréotypes ne nous semble pas laisser ouverture à une conception différente. La perception et la réaction des autres peuvent être constitutives de handicap de même qu'une condition physique ou mentale est, au départ, un handicap.¹⁸⁵ Par contre, nous concevons très bien qu'un argument inverse est tout aussi soutenable. Pour cette raison, nous allons maintenant proposer notre conception de la notion de handicap, qui se différencie des conditions énumérées par le juge Tellier.

B. PLAIDOYER POUR UNE CONCEPTION DUALISTE AXÉE SUR LE DÉSAVANTAGE SOCIAL

La notion de handicap est comprise à l'article 10 de la Charte québécoise. Cette dernière possède un statut particulier dans le monde législatif. Elle est en ce sens une loi ordinaire puisqu'elle peut être modifiée à tout moment par le législateur. Par contre, elle a primauté sur toutes les autres lois du même législateur. En d'autres mots, elle peut rendre ces dernières invalides pour

¹⁸⁴W.S.Tarnopolsky, *Discrimination and the Law*, Scarborough, Carswell, mis à jour, à la p.9-26.16

¹⁸⁵Voir à ce sujet Tarnopolsky, *id.*, à la note 33 de son texte.

incompatibilité. Pour cette raison, son statut est qualifié de quasi-constitutionnel.¹⁸⁶

Une charte provinciale a de particulier qu'elle est une loi fondamentale qui représente les valeurs d'une société. Comme l'écrivait le juge Lamer:

"Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des "droits" des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres[...] il [Code des droits de la Colombie-Britannique] ne faut pas le considérer comme n'importe quelle loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale."¹⁸⁷

Il faut donc être prudent dans l'interprétation d'une charte provinciale. On comprend aisément que ce type de loi ne peut être interprété comme toute autre loi adoptée par le législateur.

Il faut d'abord examiner la nature et l'objet de la charte qui est soumise à l'examen pour trouver la fin générale de cette loi. Dans l'affaire *Simpson-Sears*, le juge McIntyre est venu énoncer la règle devant nous guider lors de l'interprétation de la fin générale des lois protégeant les droits de la personne:

"Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif [...] et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est de nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence."¹⁸⁸

¹⁸⁶H. Brun, G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais, 1990, à la p. 808

¹⁸⁷*Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158

¹⁸⁸*Commission des droits de la personne c. Simpson-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547

La fin générale des lois protégeant les droits de la personne est donc de protéger la population contre la discrimination donc contre les préjugés et les stéréotypes. Cet examen doit se faire en adoptant une position "large et libérale" conforme au statut de loi fondamentale des lois protégeant les droits de la personne.¹⁸⁹

Suite à ces constatations, de quelle façon devons-nous ensuite aborder les droits reconnus dans ces lois? Dans l'affaire *Hunter c. Southam*¹⁹⁰, la Cour suprême nous indique que nous devons aborder cette question en fonction de l'objet visé par la charte soumise à l'analyse. Comme l'explique le juge Dickson dans l'affaire *Big M Drug Mart*¹⁹¹: "Le sens d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger." Il s'agit du type d'interprétation qu'on qualifie de téléologique.

Ce type d'interprétation exige que l'on repère d'abord le but de la disposition en question pour ensuite inférer à partir de ce but la définition qui doit être donnée à cette disposition. La Cour suprême, sous la plume du juge Dickson, a d'ailleurs émis son avis sur la grille d'analyse devant être employée lors de l'utilisation de l'interprétation téléologique.

¹⁸⁹Brun et Tremblay, *supra note 186*, aux pp.820, *Gould c. Yukon Order of Pionners*, [1996] 1 R.C.S. 571, M. le juge Iacobucci aux pp. 585-587, M. le juge Lamer aux pp. 601-602, Mme le juge L'Heureux-Dubé aux pp. 635-637, *Robichaud c. Canada (conseil du Trésor)*, [1987] R.C.S. 84, M. le juge La Forest à la p.90, *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, M. le juge Lamer à la p.370, *Zurich Insurance Co.c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, M. le juge Sopinka à la p.339, *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, Mme le juge L'Heureux-Dubé aux pp.611-615. Cette jurisprudence est d'ailleurs en accord avec l'article 41 de la *Loi d'interprétation* L.R.Q. c. I-16:

"Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelques abus ou de procurer quelques avantages.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritable sens, esprit et fin."

¹⁹⁰[1984] 2 R.C.S. 145

¹⁹¹*R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p.344

"À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés, et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, [...] elle doit être située dans ses contextes linguistiques, philosophiques et historiques appropriés."¹⁹²

Certains juges nous mettent d'ailleurs en garde contre l'interprétation strictement grammaticale des mots utilisés dans une charte provinciale, type d'interprétation qui ne convient pas à l'interprétation téléologique.¹⁹³

Nous utiliserons donc ce type d'interprétation pour fonder notre conception de la notion de handicap comprise dans la Charte québécoise qui s'énonce comme suit: Le handicap est un désavantage résultant d'une caractéristique anatomique, physiologique, mentale ou psychologique, réelle ou non, d'un individu. Pour ce faire, nous aborderons en premier lieu la question du désavantage pour ensuite passer à celle de la caractéristique physique.

I. La nécessité d'un désavantage et sa nature

Comme nous l'avons énoncé précédemment, le législateur québécois s'est clairement distancé en 1983 d'une loi statutaire qui définissait alors l'expression "personne handicapée". Il amendait l'article 10 de la Charte québécoise. L'expression "personne handicapée" était alors remplacée par la notion de "handicap". On ne retrouvait alors dans aucune loi statutaire la définition d'une telle expression. De même, les débats de l'époque concernant les propositions d'amendements de la

¹⁹² *Id.*, supra note 191, à la p.344

¹⁹³ *Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114, M. le juge Dickson à la p. 1133, ci-après "*Action Travail des Femmes*", *Gould*, supra note 189, Mme le juge L'Heureux-Dubé à la p.636, et *Simpson-Sears Ltd*, supra note 188, M. le juge McIntyre aux pp. 546-547

Charte québécoise ne nous indiquent pas ce que le législateur entendait pas une telle expression.¹⁹⁴ Ils nous informent seulement qu'il voulait se distancer de la LAEDPH.

Puisque peu de pistes ont été laissées par le législateur lors de l'élaboration des amendements apportés à la Charte québécoise en 1983, nous devons continuer notre démarche téléologique appliquée ici à l'article 10 de la Charte québécoise sans toutefois oublier que la finalité de la Charte québécoise est de protéger la population contre la discrimination donc contre les stéréotypes et les préjugés.

Le handicap est une notion qui renvoie à l'écart entre les possibilités de quelqu'un et celles d'une autre personne. Il nous semble impossible de passer outre à cette question de désavantage. Comme l'écrit Carpentier: "la notion de handicap fait en sorte que toute définition que l'on tente de lui donner nous oblige à parler d'un quelconque désavantage..."¹⁹⁵

D'ailleurs la nécessité du désavantage a déjà été reconnue à plusieurs reprises. Cet élément se retrouve entre autres dans la définition qui s'est développée en droit québécois puisque le désavantage est vu comme la conséquence qui découle de la limitation.¹⁹⁶

La CDPQ, l'OMS et l'Office des personnes handicapées avaient bâti leur définition du handicap autour du désavantage.¹⁹⁷ De même, la Commission Rochon avait défini le handicap comme: "un désavantage social résultant d'une incapacité et qui limite ou interdit l'accomplissement des rôles sociaux de la personne."¹⁹⁸

¹⁹⁴Voir à ce sujet la partie 1.A.II. de ce travail.

¹⁹⁵Carpentier, *supra note 100*, à la p.81

¹⁹⁶Voir la partie 1.B.II. de ce travail à ce sujet.

¹⁹⁷Voir à ce sujet les parties 1.A.I.i. et 1.A.II.i. de ce travail.

¹⁹⁸Gouvernement du Québec, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Publications du Québec, 1988, à la p.120

Récemment, la juge Rivest est venue confirmer la nécessité de recourir à cette notion de désavantage dans l'affaire *Gaumond*.¹⁹⁹

Ce désavantage consiste en un empêchement d'exercer un rôle social. Il résulte d'une limitation objective ou sociale.

Premièrement, le terme handicap, utilisé dans son sens courant, implique nécessairement la notion de limitation objective. Ainsi, un quadraplégique possède un handicap. La limitation résiderait alors dans l'incapacité d'accomplir certaines activités. Par contre, nous ne croyons pas qu'une interprétation téléologique la Charte québécoise limite la portée de l'article 10 à cette évidence.

Le handicap s'exprime aussi comme un désavantage social, désavantage provoqué par la peur de la différence d'un **individu en particulier vis-à-vis un tiers**. Un individu perçoit chez un autre individu une caractéristique et, pour cette raison, l'empêche de remplir son rôle social. Cette perception entraîne un désavantage que nous qualifions de "social"²⁰⁰ puisqu'il résulte de l'effet social de la caractéristique. Comme le dit la juge Rivest dans l'affaire *Martel*: "[...]c'est alors le regard porté sur elle qui, en quelque sorte, la rendrait "handicapée".²⁰¹ La notion de handicap comprise dans la Charte québécoise est donc intimement liée à la limitation sociale qu'une caractéristique entraîne par rapport à l'exercice d'un droit ou d'un devoir.²⁰² Cette limitation empêche un individu de jouir des droits et des libertés qui lui sont accordés et ultimement, d'exercer son rôle social.

Cette conception du handicap rejoint la finalité de la Charte québécoise qui est de lutter contre les préjugés que chacun possède. On pouvait à ce sujet lire dans l'affaire *Gaumond*: "L'article 10 de la Charte québécoise vise à assurer la

¹⁹⁹ *Gaumond*, supra note 19, à la p.22

²⁰⁰ *Id.*, à la p.23. La juge Rivest fait remarquer que le handicap est un concept social.

²⁰¹ *Martel*, supra note 92, à la p.2103

²⁰² Notre position rejoint donc celle de la juge Rivest dans les affaires *Gaumond*, supra note 19, à la p.25 et *Dr G.G.*, supra note 93, à la p.1620

reconnaissance du droit à l'égalité contre les préjugés et les stéréotypes dont les manifestations violent l'exercice des droits de la victime."²⁰³

Il ne faut pas par contre confondre l'effet social du handicap avec ce qu'on pourrait qualifier de "source sociale" car l'on en vient alors à rattacher le handicap seulement aux cas où un désavantage sociétal peut être prouvé. Ce désavantage signifiant qu'il ne faut pas appliquer la Charte québécoise à certains groupes lorsque leur désavantage est socialement accepté, comme d'ailleurs le soutient le juge Brossard dans les affaires *Mercier*²⁰⁴, *Troilo*²⁰⁵ et *Laurin*²⁰⁶. Dans ces affaires, le juge Brossard était d'avis que des maladies socialement acceptées ne sont pas constitutives de handicap.

Une telle conception revient à rejeter un grand nombre de personnes qui aurait autrement pu être protégé contre la discrimination par la Charte québécoise, particulièrement ceux qui sont présentement intégrés dans la société, comme, entre autres, plusieurs paraplégiques. En effet, notre société fait aujourd'hui preuve d'ouverture en regard des personnes handicapées. Des programmes d'intégration des personnes handicapées existent, on aménage les lieux publics pour les leur rendre accessible,...Un tel résultat serait contraire au but de l'article 10 de la Charte québécoise.

Il nous semblerait plutôt, comme le fait remarquer la juge Rivest dans l'affaire *Gaumond*²⁰⁷, qu'une anomalie peut être socialement acceptée mais entraîner tout de même un désavantage dans certaines circonstances. En d'autres mots, elle peut avoir un effet social qui crée de la discrimination.

²⁰³ *Gaumond*, supra note 19, aux pp.28-29

²⁰⁴ *Mercier*, supra note 93, à la p.10

²⁰⁵ *Troilo*, supra note 93, à la p.13

²⁰⁶ *Laurin*, supra note 93, à la p.19

²⁰⁷ *Gaumond*, supra note 19, à la p.23

Évidemment, la détermination de la limitation devra être analysée en examinant la situation de celui ou celle qui se dit victime de discrimination. Comme l'écrit le juge Rivest dans l'affaire *Gaumond*:

"[...] le handicap inclut nécessairement une composante relationnelle qui provient de l'environnement social, notamment du milieu physique ou organisationnel dans lequel vit la personne ou encore du tiers qui réagit à l'anomalie."²⁰⁸

Ainsi, une personne souffrant de nanisme pourrait être qualifiée de handicapée pour exercer un emploi de pilote en Amérique du nord. Si vous placez cette même personne parmi les Pygmés, elle pourra fonctionner de la même manière que les autres membres de cette société. Elle ne pourra alors, en général, plus être qualifiée de handicapée, à moins que le regard qu'un individu porte sur elle ne la limite dans l'exercice de ses droits.²⁰⁹

Notre définition de handicap comporte donc d'abord la notion de **désavantage**, désavantage résultant d'une **limitation**. Cette limitation peut exister sous deux formes soit, premièrement, une véritable limitation fonctionnelle découlant d'une caractéristique ou encore, une perception d'une caractéristique qui limite l'exercice d'une liberté ou d'un droit protégé.

Nous allons maintenant passer à la deuxième composante de notre définition du handicap, soit la caractéristique individuelle.

II. La notion de caractéristique individuelle

La jurisprudence examinée précédemment dans la partie I.B.I de ce travail emploie le mot "anomalie" pour désigner l'une des deux conditions du handicap. L'emploi de cette expression n'est pas un hasard puisque le juge Tellier l'avait utilisée dans l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*.²¹⁰ Mais, on retrouve aussi la même notion sous un autre terme. Ainsi, l'expression "déficience" est quelquefois

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ Pour un exemple semblable, voir Ebersold, *supra note 17*, à la p.17. Voir aussi *Dr G.G.*, *supra note 93*, à la p.1621

²¹⁰ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, *supra note 8*, à la p.2848

utilisée comme synonyme d'"anomalie".²¹¹ Par souci de clarté, nous utiliserons ici la notion d'anomalie.

Nous doutons fortement que l'exigence de la présence d'une "anomalie" soit compatible avec la finalité générale de la Charte québécoise. Une telle approche oblige les juges à décider si le plaignant est ou non porteur d'une anomalie. Or, ce concept relève de la sphère médicale. Comment l'utilisation d'un concept aussi technique peut-elle être en accord avec le but de la Charte québécoise qui est d'accorder une protection contre la discrimination basée sur des stéréotypes ou des préjugés? La question primordiale nous semble plutôt devoir être, puisqu'il existe cette finalité, de savoir si un tiers, qui ne possède aucune expertise médicale, perçoit une anomalie et non pas si le plaignant est réellement porteur d'une telle anomalie.

Il faut aussi noter que ce qui constitue une anomalie pour certains n'en sera pas une pour d'autres. Comment alors savoir si dans un cas particulier, nous sommes en présence ou non d'une anomalie, si on ne se réfère pas au contexte qui a causé l'exclusion?

Il nous faut tout de même admettre que dans la plupart des cas, les juges n'auront pas de difficultés à répondre à une telle question: le plaignant aura un bras plus court que l'autre, une jambe manquante...Mais le problème devient beaucoup plus compliqué lorsque la médecine n'a pas encore trouvé d'"anomalie" à quoi relier certains problèmes d'ordre médical. Nous pourrions citer comme exemple à cet effet la "personnalité antisociale" qui est ainsi définie:

"The essential feature of Antisocial Personality Disorder is a perversive pattern of disregard for, and violation of the rights of others that begins in childhood or early adolescence and continues into adulthood.

This pattern has also been referred to as psychopathy, sociopathy,

²¹¹Voir entre autres *Ville de Saint-Lambert c. Fraternité des policiers de Saint-Lambert*, [1989] T.A. 715, à la p.730 et l'opinion de la CDPQ, *Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du mot handicap*, *supra note 56*, à la p.2

or dyssocial personality disorder."²¹²

La science médicale est présentement impuissante à identifier l'anomalie sous-jacente à cette maladie mentale. Il en est de même pour la personnalité "bordeline" que le DSM-4 définit ainsi:

"The essential feature of Bordeline Personality Disorder is a pervasive pattern of instability of interpersonal relationship, self-image, and effects, and marked impulsivity that begins by early adulthood and is present in a variety of contexts."²¹³

Dévoit-on rejeter ces maladies mentales pour l'unique raison qu'aucune anomalie ne les explique présentement? Nous ne croyons pas. Comme nous avons expliqué précédemment, le législateur québécois a choisi de ne pas protéger les individus, à l'article 10 de la Charte québécoise, contre la discrimination fondée sur l'état de santé. Pourtant, certaines maladies sont la cause d'un désavantage pour ceux qui en sont affectés. Nous ne pouvons exclure ces individus pour l'unique raison que la médecine ne peut trouver d'"anomalie" à leur maladie. En effet, le législateur ne reconnaît pas la maladie comme un critère de discrimination illicite. Il ne faudrait pas que ce type de maladie sans anomalie scientifiquement corrélative empêche un individu de se servir du critère de "handicap"!

Par contre, Proulx avance que la preuve d'anomalie devrait être la seule exigée lors de la démonstration d'une discrimination illicite fondée sur le handicap.²¹⁴ Une telle conception peut-elle prendre appui sur la tendance de la Cour suprême du Canada qui est de concilier les différentes lois protégeant les droits de la personne contenues au Canada? Voyons.

L'affaire *Berg*²¹⁵ est un exemple de cette tendance. L'appelante Berg avait été admise dans un programme de maîtrise de l'Université de la Colombie-Britannique. Elle avait auparavant connu des périodes de dépression et en éprouva une autre

²¹²American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 4th edition, Washington, 1994, à la p.645, ci-après "DSM-4"

²¹³*Id.*, à la p.650

²¹⁴Proulx, *supra note 131*, aux pp.31 et ss

²¹⁵*Berg*, *supra note 189*

pendant son année scolaire. Elle continua malgré tout à aller à ses cours. Pendant une journée particulièrement stressante, elle a écrit "Je suis morte" sur le miroir de la toilette de l'Université. Le même jour, effrayée à la vue d'agents de la GRC, elle a essayé de passer au travers d'une baie vitrée.

L'école a déménagé dans de nouveaux locaux mais on n'a pas voulu remettre à l'appelante une clé donnant accès à l'édifice même si les autres étudiants de deuxième et troisième cycle en avait reçu une. Cette décision fut rectifiée par la suite. Plus tard, un membre du corps professoral a refusé de remplir un formulaire d'évaluation de l'appelante qui devait accompagner une demande d'internat dans un milieu hospitalier.

La Cour devait donc décider si le fait de remettre une clé et un formulaire constituait un "service habituellement offert au public" au sens de l'article 3 de Code des droits de la Colombie-Britannique. Le juge Lamer, au nom de la majorité, s'est ainsi exprimé en ce qui concerne le recours aux dispositions analogues pour interpréter une loi protégeant les droits de la personne:

"Si les lois en matière des droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l'objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentielles semblables de ces dispositions, à moins que la formulation n'indique la poursuite d'une fin différente de la part d'une législature provinciale particulière."²¹⁶

En procédant à un tel type d'analyse, le juge Lamer en est venu à la conclusion que la plaignante pouvait bénéficier de l'article 3 de la loi de la Colombie-Britannique puisqu'il s'agissait de services habituellement offerts au public.

Il serait en effet possible d'argumenter que les notions d'"anomalie" et de "déficience" reflètent la même fin que les notions étrangement semblables entre elles des autres provinces canadiennes. On retrouve ainsi la notion de "physical disability" utilisée en Saskatchewan²¹⁷, "déficience" utilisée dans la législation

²¹⁶ *Berg, id.*, à la p.373, M. le juge Lamer. Voir aussi: *Procureur général c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 et *Gould*, *supra note 189*

²¹⁷ *The Saskatchewan Human Rights Code*, Sask.Reg.216/79, art.1 (b) iv-v

fédérale²¹⁸, "physical and mental disability" de la Colombie-Britannique²¹⁹, de l'Alberta²²⁰, du Yukon²²¹, du Nouveau-Brunswick²²², du Manitoba²²³ et de Terre-Neuve²²⁴ et "disability" utilisée dans les Territoires du Nord-Ouest²²⁵. La fin générale de ces lois, bien que protégeant aussi contre les préjugés et les stéréotypes, pourrait bien être de permettre de protéger la population contre les conséquences découlant du concept général global de "déficience".

Cette façon de concevoir le handicap serait aussi conciliable avec la définition de l'Île du Prince-Édouard concernant le "physical or mental handicap": "means a previous or existing disability, infirmity, malformation or disfigurement, whether of a physical or mental nature[...]."²²⁶

Mais, si l'on s'en rapporte à l'examen des termes contenus dans la législation des autres provinces canadiennes, on se rend compte qu'il existe des différences fondamentales entre ces diverses lois. Entre autres, certaines provinces reconnaissent le handicap mental alors que d'autres provinces ne le font pas.

De plus, l'Ontario, qui définit le handicap à l'article 10(1) de sa loi, mentionne l'anomalie mais aussi "trouble mental" et "déficience mentale". Il semble bien que le législateur ontarien élargisse sa notion de handicap, en ce qui concerne le domaine "intellectuel", pour englober bien plus que les "anomalies". Il en de même

²¹⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, Lois de 1982 sur le Canada, Annexe B, 1982, art.15, *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c.H-6, art.1

²¹⁹ *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c.22, art. 2(1)

²²⁰ *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c.I-2, préambule

²²¹ *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1986 (Suppl.), c.11, art.6 h)

²²² *Loi sur les droits de la personne*, R.S.N.B. 1973, c.H-11, préambule

²²³ *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art.9(2)1)

²²⁴ *Human Rights Code*, R.S.N. 1990, c.H-14, art. 2 h) et 1)

²²⁵ *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.O. 1988, c.F-2

²²⁶ *Prince Edward Human Rights Act*, R.E.P.E.I. 1988, art. 1(1) 1)

en Nouvelle-Écosse.²²⁷ Pourquoi faudrait-il donc que les tribunaux limitent ou élargissent la notion québécoise de handicap à une "anomalie" au nom de l'uniformisation canadienne qui heurte les fins distinctes que manifestent les termes et le contexte de la Charte québécoise!

Le système fédéraliste canadien accorde le droit à chacune des provinces d'adopter des lois concernant les droits de la personne. La Cour suprême ne devrait donc pas agir comme un tribunal centralisateur, donc unificateur, au mépris des fins révélées par les dispositions comprises dans ces différentes lois. Cette façon de procéder irait à l'encontre de notre système canadien. D'ailleurs, comme la Cour suprême le fait elle-même remarquer sous la plume du juge Lamer dans l'affaire *Berg*²²⁸: "[c]ette méthode d'interprétation ne permet pas à une commission ou à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi pour empêcher les pratiques discriminatoires où que ce soit."

À notre avis, bien que le terme "handicap" utilisé dans la Charte québécoise englobe la notion de "déficience", le terme utilisé par le législateur québécois, à la lumière du sens commun et des fins générales des normes antidiscriminatoires, impose une ouverture différente de la définition québécoise qui retienne l'idée d'anomalie, à condition de ne pas la réduire à une exigence scientifique qui heurterait l'objectif général de la norme antidiscriminatoire. La fin de la législation québécoise concernant la notion de "handicap" nous semble donc différente de celle des autres provinces canadiennes.

La méthode téléologique nous a précédemment permis de démontrer que la notion de handicap québécoise avait comme fin de protéger la population contre les préjugés et les stéréotypes. On ne peut donc limiter le handicap à une "anomalie" au sens scientifique puisqu'une telle conception reviendrait à rejeter ceux dont la situation sociale les désavantage sans pour autant qu'ils soient porteurs d'un type d'anomalie.

²²⁷ *Nova Scotia Human Rights Act*, R.S.N.S., art. 3)1)

²²⁸ *Berg*, *supra* note 189, à la p.371

Doit-on alors aller jusqu'à étendre la protection de la Charte québécoise à tout ceux qui sont socialement désavantagés ou, en d'autres mots, adopter une notion de "handicap de situation"? Il ne semble pas qu'une telle position atteindrait le but ultime de la Charte québécoise. En effet, toute situation pourrait alors engendrer un handicap dès que l'objet de notre désir demeure inaccessible alors que la Charte québécoise a pour finalité de protéger la population contre les préjugés.

Puisqu'on doit inférer du but de l'article 10 de la Charte québécoise que le désavantage doit être visé et que l'utilisation du terme "anomalie" s'y oppose parce qu'il nous confine à une notion médicale. Il nous semble que la notion de handicap doive plutôt être définie comme un désavantage résultant d'une caractéristique anatomique, physiologique, mentale ou psychologique, réelle ou non, d'un individu.

CONCLUSION

Quel sens attribuer à l'interdiction de discriminer sur la base du handicap? Doit-on y voir l'expression de l'intention du législateur de protéger contre une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'état de santé? Doit-on plutôt interpréter le concept de handicap en respectant la conception dualiste du juge Tellier dans l'affaire *Hôpital Rivière-des-Prairies*²²⁹ et exiger la présence d'une anomalie et d'une limitation appréciable sur les activités courantes du plaignant?

Cette dernière conception a été suivie par une majorité de juges du Tribunal des droits de la personne. Par contre, des tendances différentes s'y dessinent. Ainsi, certains exigent la présence d'une anomalie réelle alors que, pour d'autres, la simple perception d'une anomalie est suffisante. De même, en ce qui concerne la limitation, la divergence demeure. D'un côté, on exige une limitation fonctionnelle qui se rattache directement au plaignant. De l'autre, la limitation dans l'exercice des droits et des libertés est suffisante.

²²⁹ *Hôpital Rivière-des-Prairies*, supra note 8

L'interprétation téléologique de la Charte québécoise nous a permis de proposer ici une approche différente de la notion de handicap de la Charte québécoise. Selon nous, le handicap se décrit comme un désavantage résultant d'une caractéristique anatomique, physiologique, mentale ou psychologique, réelle ou non, d'un individu.

Cette conception du handicap renvoie à un désavantage dans l'accomplissement de nos rôles sociaux, désavantage résultant d'une limitation. Cette limitation peut exister sous deux formes soit, d'abord, une véritable limitation fonctionnelle découlant d'une caractéristique anatomique, physiologique, mentale ou psychologique, ou encore résultant d'une perception d'une caractéristique anatomique, physiologique, mentale ou psychologique qui limite l'exercice d'une liberté ou d'un droit protégé,

Cette façon de décrire le handicap nous permet donc de concilier, en respectant le but de la Charte québécoise, les notions de subjectivité et d'objectivité concernant le handicap. D'abord, la notion d'objectivité est couverte par la norme antidiscriminatoire, dans notre conception, lorsqu'il y a présence d'une véritable limitation dans les activités d'un individu qui découle d'une caractéristique individuelle. Ensuite, notre conception permet d'englober la notion de subjectivité, puisqu'elle englobe les cas qui présentent une perception d'une caractéristique individuelle, perception qui entraîne par la suite une limitation dans l'exercice des droits et des libertés donc, de la discrimination.

Souhaitons simplement que la jurisprudence future sera réceptive à notre conception et permettra aux droits accordés par le législateur de parvenir à leur pleine réalisation, tout en évitant l'écueil que Lucien Bonnafé évoquait ainsi:

"Les mondes de l'exclusion sont peuplés de bonnes volontés, de gens animés de ces bonnes intentions dont l'enfer, comme chacun sait, est pavé."²³⁰

²³⁰ L. Bonnafé, *Dans cette nuit peuplée*, Ed. Sociales, cité dans Les Cahiers de l'Iforep, no 31, *Handicaps et Société*, St-Alban-Leyse, Gaillard, 1981, en première page

BIBLIOGRAPHIE

QUÉBEC

I- LÉGISLATION

- *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975 c.7
- *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12
- *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.R.Q. c. E-20.1
- *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c.I-16
- *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982 c.61

II- OUVRAGES GÉNÉRAUX

- *Journal des débats*, 3e session, 32e législature, vol.26
- Commission des droits de la personne, *Droits et Libertés*, juillet 1995
- Commission des droits de la personne, *Droits et Libertés*, octobre 1995
- Commission des droits de la personne, *Communication*, no 2
- Commission des droits de la personne, *Communication*, no 8

III- ARTICLES DE DOCTRINE

BRUNELLE, Christian, "L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes" (1990) 50 R. du B. 353

CADIEUX, Dominique, D'AOUST, Claude, "Le SIDA en milieu de travail" (1989) 49 R. du B. 769

CARON, Madeleine, "Le droit à l'égalité dans la "nouvelle" Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86", dans Formation permanente du Barreau du Québec, *L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne*, Cours 83, 1983-1984, 113

CARPENTIER, Daniel, "L'état de santé ou le handicap: a-t-on vraiment le choix" dans L.Lamarche, P.Bosset, *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Sainte-Foy, P.U.L., 1996, 71

CÔTÉ, Pierre-André, "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes" (1990) 50 R. du B. 329

- GUILLEMETTE, Suzie, "Le sida: son assurabilité" (1992) 6 R.J.E.U.L. 69
- LECLERC, Louis, LESAGE, Laurent, "Les examens médicaux et les tests de dépistage en milieu de travail" *Congrès du Barreau du Québec*, 1992, 1103
- LUSSIER, Louise, "La personne handicapée et le droit québécois" (1986) 46 R. du B. 789
- SCHMITZ, Françoise, "Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du motif handicap" (1987) D.L.Q. 499
- STODDART, Jennifer, "L'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*", *Développements récents en droit familial* (1995), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1995
- TREMBLAY, Bernard, "Les examens médicaux reliés à l'emploi: limites imposées par la Charte des droits et libertés de la personne au droit de gérance des commissions scolaires" *Développements récents en droit scolaire* (1994), Service de la formation permanente Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1994

IV- MONOGRAPHIES, THÈSES ET RAPPORTS

- BRUN, Henri, *Charte des droits de la personne*, Montréal, 4e édition, Wilson et Lafleur, 1990
- BRUN, Henri, BRUN, Pierre, *Charte des droits de la personne, législation, jurisprudence et doctrine*, 8e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, Alter Ego, 1993
- BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy, *Droit constitutionnel*, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais, 1990
- Commission des droits de la personne du Québec, *Le respect des droits fondamentaux dans le cadre des examens médicaux reliés à l'emploi*, document adopté à la 290e séance de la Commission, 21 août 1987, par sa résolution COM-290-9.1.2
- Commission des droits de la personne du Québec, *Le SIDA et le respect des droits et libertés de la personne*, document adopté à la 305e séance de la Commission, 29 avril 1988, par sa résolution COM-305-9.1.1
- Commission des droits de la personne du Québec, *Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du mot handicap*, document adopté à la 275e séance de la Commission, 5 décembre 1986, par sa résolution COM 275-9.2.1
- Commission des droits de la personne du Québec, *Le droit au service de garde pour les enfants atteints du VIH/SIDA*, document adopté à la 392e séance de la Commission, 19 mai 1995, par sa résolution COM 392-6.1.2

Commission des droits de la personne du Québec, *Commentaires sur la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, Document adopté par la Commission, 12 février 1979, par sa résolution COM-78-6.1

Commission des droits de la personne du Québec, *Les qualités et aptitudes requises par un emploi: L'article 20 et le handicap*, 3 septembre 1987

Commission des droits de la personne du Québec, *Recommandation suite à une étude faite sur la discrimination fondée sur le handicap par la Direction de la recherche*, juillet 1985

CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982

De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis, Thémis, 1989

DRIEDGER, Elmer A., *Construction of statutes*, 2e édition, Toronto, Butterworths, 1983

EBERSOLD, Serge, *L'invention du handicap, la normalisation de l'infirme*, Vanves, Centre Technique National d'Études et de Recherches sur les Handicaps et les Inadaptations, 1992

Gouvernement du Québec, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Les Publications du Québec, Québec, 1988

GRÉGOIRE, Sylvie, *LA PROBLÉMATIQUE DU SIDA EN MILIEU DE TRAVAIL pour l'employé, l'employeur et les tiers*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994

LEGAULT, Lucie, *L'intégration au travail des personnes ayant des incapacités*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996

LAMARCHE, Lucie, BOSSET, Pierre, *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Sainte-Foy, P.U.L., 1996

Les cahiers de l'Institut de Formation de Recherche et de Promotion, no 31, *Handicaps et Société*, St-Alban-Leyssé, Gaillard, 1981

Office des personnes handicapées du Québec, *À part...égale, L'intégration sociale des personnes handicapées: un défi pour tous*, Gouvernement du Québec, 1984

Office des personnes handicapées du Québec, 1981, *Année internationale des personnes handicapées, Dossier no 1: Définition de la personne qui vit un handicap*, Montréal, Ministère des Communications du Québec, 1981

PIGEON, Louis-Philippe, *Rédaction et interprétation des lois*, 2e édition, Québec, Éditeur officiel, 1978

PROULX, Daniel, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1993

PROULX, Daniel, *La discrimination fondée sur le handicap: une jurisprudence déficiente (Notes de conférence)*, Les 20 ans de la Charte québécoise des droits et libertés: Bilan et défis, Colloque conjoint de l'Association québécoise de droit comparé et de La Commission des droits de la personne et droits de la jeunesse, 7 mars 1996

PROULX, Daniel, "Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: Étude comparative" (1980) 10 R.D.U.S. 381

SCHABAS, William A., TURP, Daniel, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés, notes et documents*, Cowansville, Yvon Blais, 1994

STIKER, Henri-Jacques, *Corps infirmes et sociétés*, Paris, Aubier Montaigne, 1982

JURISPRUDENCE

TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE

- *Bigonnesse c. École secondaire de Mont-Bruno et Commission scolaire Mont-Fort* (6 juin 1996), Montréal, 500-53-000018-950
- *C.D.P.Q. c. 2858029 Canada inc.* (24 octobre 1995), 500-53-000007-953, J.E. 95-2224
- *C.D.P.Q. c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847
- *C.D.P.Q. c. Choeur Laurentien de Pointe-aux-Trembles* (7 juin 1995), Montréal, 500-53-000015-949, J.E. 95-1449
- *C.D.P.Q. c. Commission scolaire régionale Chauveau*, [1993] R.J.Q. 929
- *C.D.P.Q. c. Communauté urbaine de Montréal* (18 janvier 1996), Montréal, 500-53-000016-947, D.T.E. 96T-373
- *C.D.P.Q. c. Dr. G.G.*, [1995] R.J.Q. 1601
- *C.D.P.Q. c. Emballage Polystar inc.* (25 mars 1996), Montréal, 500-53-000020-956
- *C.D.P.Q. c. Héту* (20 octobre 1992), Longueuil, 505-53-000002-920, J.E. 92-1750
- *C.D.P.Q. c. Lalonde* (2 octobre 1992), Abitibi (Val d'Or), 615-53-000001-911 J.E. 92-1629, D.T.E. 92T-1023
- *C.D.P.Q. c. Lessard, Beaucage, Lemieux* (15 décembre 1992), Montréal, 500-53-000017-929, J.E. 93-379

- *C.D.P.Q. c. Poirier* (9 décembre 1992), Longueuil, 505-53-000003-928, J.E. 93-286 (permission d'en appeler refusée le 13 janvier 1993)
- *C.D.P.Q. c. Restaurant Scampinata Inc.*, (15 juillet 1994), Laval, 540-53-000002-935, J.E. 94-1297
- *C.D.P.Q. c. Services de réadaptation L'Intégrale* (26 février 1996), 500-53-000019-958, D.T.E. 96T-649 (C.A.M. 500-09-002295-962)
- *C.D.P.Q. c. Société de transport de la communauté urbaine de Montréal* (10 mai 1996), Montréal, 500-53-000021-954
- *C.D.P.Q. c. Ville de Boisbriand* (21 mars 1995), Terrebonne, 700-53-000003-941 (C.A.M. 500-09-000602-953)
- *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal (Martel)*, [1994] R.J.Q. 2097
- *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal (Mercier)* (21 mars 1995), Montréal, 500-53-000011-948, D.T.E. 95T-478
- *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal (Poirier)* (7 avril 1994), Montréal, 500-53-000015-931, D.T.E. 94T-600
- *Centre de la communauté sourde de Montréal métropolitain c. Régie du Logement* (6 mai 1996), Montréal, 500-53-000009-959
- *Deschênes c. Hôpital de Mont-Joli* (19 avril 1996), Rimouski, 100-53-000001-955
- *Di Giovanni c. C.D.P.Q.*, [1994] R.J.Q. 577, (C.A.M. 500-09-002148-930)
- *Gaudreau c. Ville de Montréal* (25 mai 1992), Montréal, 500-53-000003-911, D.T.E. 92T-1023
- *Laberge c. Ville de Montréal* (29 avril 1994), 500-53-000026-938, D.T.E. 94T-743, (1996) 24 C.H.R.R. D/155
- *Lévesque c. Procureur général du Québec* (12 décembre 1992), Montréal, 500-53-000025-930, D.T.E. 95T-240
- *Lisenko c. Commission scolaire St-Hyacinthe Val-Monts* (8 février 1996), St-Hyacinthe, 750-53-000001-957, J.E. 96-787
- *Rathle c. Corps canadien des commissionnaires* (10 janvier 1993), Montréal, 500-53-000003-937, J.E. 93-1843, D.T.E. 93-1246
- *Roy c. Commission scolaire des Draveurs* (29 août 1995), Hull, 550-53-000002-934, J.E. 95-1740

COUR SUPÉRIEURE

- *Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93, (C.A.M. 500-09-001546-795)
- *C.D.P.Q. c. Alcan* (29 juillet 1983), Chicoutimi, 150-05-000225-831, D.T.E. 86T-68, (C.A.M. 200-09-000696-838, appel accueilli avec dépens le 22 avril 1987)
- *C.D.P.Q. c. Brasserie O'Keefe inc.* (13 septembre 1990), Montréal, 500-05-005826-878, (C.A.M. 500-09--001459-908, règlement hors cours en date du 4 novembre 1992)
- *C.D.P.Q. c. Courtier provincial en alimentation (1971) inc.*, (1982) 3 C.H.R.R. 1134
- *C.D.P.Q. c. Hôpital Rivière-des-Prairies*, [1991] R.J.Q. 2943
- *C.D.P.Q. c. Immeubles Ni/Dia*, [1992] R.J.Q. 2977
- *C.D.P.Q. c. Laval (Ville de)*, [1983] C.S. 961, (C.A.M. 500-09-001700-830, désistement en date du 11 août 1992)
- *C.D.P.Q. c. Montréal (Communauté urbaine de)* (31 janvier 1991), C.S. 500-05-006523-870, J.E. 91-377
- *C.D.P.Q. c. Ville de Lachute* (16 décembre 1981), Terrebonne, 700-05-000088-819
- *Cité de Côte St-Luc c. C.D.P.Q.*, [1981] C.S. 27 et [1982] C.S. 795, (C.A.M. 500-09-001342-823, désistement de l'appel en date du 11 août 1992)
- *Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc* (10 avril 1995), Montréal, 500-05-006299-901, J.E. 95-1020, D.T.E. 95T-584, (C.A.M. 500-09-000686-951)
- *Notre-Dame c. C.D.P.Q.*, [1994] R.J.Q. 1324, (C.A.M. 500-09-000937-946)
- *Pilon c. Corp. inter. des transports des Forges* (12 janvier 1995), Trois-Rivières, 400-05-000528-944, J.E. 95-536
- *Québec c. C.D.P.Q.*, [1986] D.L.Q.. 2170
- *Robitaille-Rousseau c. Commission scolaire Montcalm* (12 décembre 1992), Québec, 200-05-002068-877, J.E. 91-378 (C.A.Q. 200-09-000036-910, désistement de l'appel en date du 31 octobre 1991)
- *Ste-Anne c. Dubé*, [1989] R.J.Q. 2170
- *Valiquette et Blais c. The Gazette*, [1991] R.J.Q. 1075

COUR DU QUÉBEC

- *C.D.P.Q. c. Boutiques de tricot Jobin inc.*, [1983] C.P.234
- *C.D.P.Q. c. Cité de Côte St-Luc*, [1982] C.P. 795
- *C.D.P.Q. c. Paquet*, [1981] C.P. 78, (C.A.M. 500-09-000922-815, règlement hors cours en date du 14 mai 1985)
- *C.D.P.Q. c. Produits forestiers E.B. Eddy* (19 juillet 1990), Hull, 550-02-000537-878, J.E. 90-1449, D.T.E. 90T-1250
- *C.D.P.Q. c. Taxis Coop. de Trois-Rivières* (7 août 1992), Trois-Rivières, 400-02-001866-902, J.E. 92-1368
- *C.D.P.Q. c. Vithoukas*, [1982] C.P. 285
- *Drouin c. Régie de l'assurance automobile du Québec*, [1990] R.J.Q. 899, J.E. 90-506
- *Frappier c. Bal Juliette* (8 avril 1992), Montréal, 500-02-002523-913, J.E. 92-676
- *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173, [1994] R.R.A. 199
- *Huppe c. Régie de l'assurance automobile* (20 mars 1984), Thetford-Mines, 235-02-000395-838, J.E. 84-303
- *Morin c. Société de l'assurance-automobile du Québec* (31 octobre 1991), Trois-Rivières, 400-02-000643-914, J.E. 91-1722

COUR D'APPEL

- *C.D.P.Q. c. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765, [1984] C.S. 53 (permission d'en appeler par l'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, le 14 mars 1991)
- *C.D.P.Q. c. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), [1986] R.J.Q. 243 (C.S.), (permission d'en appeler refusée le 28 août 1989)
- *Commission scolaire Chauveau c. C.D.P.Q.*, [1994] R.J.Q. 1196, [1993] R.J.Q. 929 (T.D.P.Q.)
- *Commission scolaire St-Jean c. C.D.P.Q.*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), [1991] R.J.Q. 3003, (permission d'en appeler refusée par L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, le 2 février 1995)

TRIBUNAL D'ARBITRAGE

- *Manufacture WCI c. Association internationale des machinistes*, [1991] T.A. 36
- *Ministère du Revenu c. Syndicat des professionnels du Gouvernement du Québec*, [1993] T.A. 798
- *Ville de St-Lambert c. Fraternité des policiers*, [1989] T.A. 715

COMMISSAIRE DU TRAVAIL

- *Bilodeau et Cantley*, [1995] C.T. 470
- *Cardinal et Cyanamid Canada inc.*, [1995] C.T. 219

CANADA

I- LÉGISLATION et RÉGLEMENTATION

Fédérales

- *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi de 1982 sur la Canada, Annexe B, 1982, c.11
- *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6

Provinciales

- *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c.22
- *Code des droits de la personne*, R.S.O. 1990, c.H.19
- *Human Rights Code*, R.S.N. 1990, c.H-14 (Terre-Neuve)
- *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (Alberta)
- *Loi prohibant la discrimination*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2 (Territoires du Nord-Ouest)
- *Loi sur les droits de la personne*, R.S.N.B. 1973, c.H-11 (Nouveau-Brunswick)
- *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1986 (Suppl.), c.11 (Yukon)
- *Nova Scotia Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c.214
- *Prince Edward Island Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12

- *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c.H175 (Manitoba)
- *The Saskatchewan Human Rights Code Regulations*, Sak. Reg. 216/79

II- MONOGRAPHIES, THÈSES ET RAPPORTS

BEAUDOIN, Gérald-A., MENDES, Errol P., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3ième édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996

BEAUDOIN, Gérald-A., TARNOPOLSKY, Walter S., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur et Sorej, 1982

TARNOPOLSKY, Walter S., *Discrimination and the Law*, Scarborough, Carswell, 1994

JURISPRUDENCE

Fédérale

- *Beaulieu v. Canadian Armed Forces*, (1991) 15 C.H.R.R. D/65 (Tribunal canadien des droits de la personne) et (1993) 103 D.L.R. 217 (C.A. fédérale)
- *Bliss c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183
- *Brideau v. Air Canada*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1314 (Tribunal canadien des droits de la personne)
- *British Columbia Council of Human Rights c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353
- *Brooks c. Canada Safeway Limited*, [1989] 1 R.C.S. 1219
- *Brossard (Ville de) c. (Québec) Commission des droits de la personne*, [1988] 2 R.C.S. 279, [1983] C.A. 363
- *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554
- *Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114
- *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202
- *Ede v. Canadian Armed Forces*, (1990) 11 C.H.R.R. D/439 (Tribunal canadien des droits de la personne)
- *Foucault v. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (no 1)*, (1981) 2 C.H.R.R. D/475 (Tribunal canadien des droits de la personne)
- *Gould c. Yukon Order of Pionners*, [1996] 1 R.C.S. 571

- *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 144
- *Labelle v. Air Canada*, (1982) 4 C.H.R.R. D/1311 (Tribunal canadien des droits de la personne)
- *Le procureur général du Québec c. Forget*, [1988] 2 R.C.S. 90
- *Le procureur général du Québec c. La Chaussure Brown's Inc.*, [1988] 2 R.C.S. 712
- *O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536
- *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu pour les douanes et accises* [1977] 1 R.C.S. 456
- *Procureur général c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391
- *Robichaud c. Canada (Conseil du trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84
- *Singer c. Le procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790
- *The Law Society of British Columbia c. Andrews*, [1989] 1 R.C.S. 142
- *Villeneuve c. Bell Canada*, (1985) 6 C.H.R.R. D/2988
- *Zurich Insurance co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321

Provinciale

- *Belliveau v. Steel Company of Canada*, (1988) 9 C.H.R.R. D/5250 (Ontario Board of Inquiry)
- *Bielecky v. Young*, (1992) 20 C.H.R.R. D/215 (Ontario Board of Inquiry)
- *Biggs v. Hudson*, (1988) 9 C.H.R.R. D/5391 (British Columbia Human Rights Council)
- *Black v. Gaines Pet Foods*, (1992) 17 C.H.R.R. D/150 (Ontario Board of Inquiry)
- *Boyce v. Corporation of the city of Westminster*, (1994) 24 C.H.R.R. D/441 (British Columbia Council of Human Rights)
- *Cameron v. Nel-Gor Nursing Home*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2170 (Ontario Board of Inquiry)
- *Elkas v. Blush Stop inc.*, (1994) 25 C.H.R.R. D/158 (Ontario Board of Inquiry)
- *Entrop v. Imperial Oil Limited*, (1995) 23 C.H.R.R. D/213 (Ontario Board of Inquiry)

- *Horton v. The Regional Municipality of Niagara*, (1987) 9 C.H.R.R. D/4611 (Ontario Board of Inquiry)
- *Newfoundland Human Rights Commission v. Woolworth Canada Inc.*, (1995) 25 C.H.R.R. D/277 (Newfoundland Court of Appeal)
- *Quimette v. Lily Cups Ltd*, (1990) 12 C.H.R.R. D/19 (Ontario Human Rights Commission)

ÉTATS-UNIS

I- LÉGISLATION ET RÉGLEMENTATION

American with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. sec 12101 et ss. (West.suppl.1991)

Federal Rehabilitation Act of 1973, 29 U.S.C. sec 701 et ss. (1982) et le texte réglementaire: 45 C.F.R. partie 84 et ss. (1987)

II- OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- **American Psychiatric Association**, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 4th edition, Washington, 1994