

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : JUGER À L'ÈRE DES DROITS FONDAMENTAUX

Auteur(s) : Michèle RIVET
Anne-Marie SANTORINEOS

Revue : *RDUS*, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : **363-404**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10268>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10268>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

JUGER À L'ÈRE DES DROITS FONDAMENTAUX

par Michèle RIVET*
Anne-Marie SANTORINEOS**

L'entrée en vigueur des Chartes des droits et libertés est venue complexifier la fonction de juger. C'est dans un environnement complètement nouveau que le juge intervient, pour décider, en s'ouvrant les valeurs, en pondérant les droits, en interprétant au plus près possible de la société, des droits si largement énoncés. Le droit, tel qu'interprété par le juge, semble être indissociable des valeurs de la société, notamment celle de l'égalité. Différentes approches interprétatives du droit reconnaissent l'importance de considérer de multiples facteurs dans l'interprétation du droit dont les valeurs et la réalité sociale. Ce faisant, il demeure que l'acte de juger n'est pas incompatible avec le principe de l'impartialité, mais déconstruit celui de la neutralité.

Since the coming into force of the Canadian and Quebec Charters of human rights and freedoms, the adjudicative function has become more complex. It is in this new environment that courts must render decisions which take into consideration the broadly expressed competing values and rights inherent in a collectivity. The law, as interpreted by the court, is inseparable from the basic values of society, including the fundamental principle of equality, which is a characteristic of a free and democratic social structure. Different legal interpretive approaches recognize the importance of considering multiple factors in interpreting the law, including social values and reality. As a result, the act of judging, while not incompatible with the principle of impartiality, may attenuate the rule of neutrality.

*. Avocate, professeure associée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, juge et première présidente du Tribunal des droits de la personne, 1990-2010.

** . Avocate, étudiante à la maîtrise, faculté de droit, Université de Sherbrooke, stagiaire au Tribunal des droits de la personne, 2008-2009.

SOMMAIRE

1.	Le droit à l'égalité au Canada	368
1.1	L'égalité : valeur et principe constitutionnel.....	368
1.2	L'évolution du droit à l'égalité : vers une égalité réelle	371
2.	Le rôle du juge	380
2.1	L'approche herméneutique de Ronald Dworkin....	380
2.2	L'analyse systémale	382
3.3	La procéduralisation contextuelle	384
2.3	L'approche téléologique et contextuelle	385
3.	L'impossible neutralité et la nécessaire impartialité .	389
3.1	Les concepts.....	392
3.2	La pratique.....	396
	Conclusion	403

« *If you read the judgments coming out of this court, I think it is apparent that we are struggling. And the courts below are struggling. There is so much social impact. How far do we go in terms in seeing everyone is equal? How far can we afford to go?* »¹.

Cette grande interrogation du juge en chef du Canada, dans un temps où le droit à l'égalité est, en quelque sorte, en pleine turbulence, nous indique d'entrée de jeu combien le rôle traditionnel du juge longtemps idéalisé en tant que figure objective, « cette bouche qui prononce les paroles de la loi » tel que le concevait Montesquieu² au siècle des Lumières connaît d'importantes mutations.

Il semble que ce phénomène est particulièrement plus palpable depuis l'avènement des Chartes, avènement qui coïncide avec la mondialisation, l'éclatement des frontières, la montée en puissance aussi des voix minoritaires et, parfois même, la mise de côté des grands principes internationaux, sous couvert de sécurité nationale.

Comment alors juger si le juge, comme le disait le premier président de la Cour de Cassation :

a pour rôle essentiel, dans les litiges qui lui sont soumis, de placer le droit au plus près de la société, de rechercher la meilleure adéquation entre l'appareil normatif et les données économiques, sociales et culturelles caractéristiques du contexte dans lequel ses jugements sont reçus?³

-
1. Kirk MAKIN, « Lamer worries about public backlash: angry reactions could affect judges » *The Globe and Mail* (6 février 1999) A3.
 2. Charles-Louis de Secondat MONTESQUIEU, *l'Esprit des lois*, 1748.
 3. Guy CANIVET, « Le rôle du juge dans un monde en mutation », dans Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE, (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada (1987-2002)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, à la p. 25.

Comment jauger des valeurs de la société, quand celles-ci sont multiformes, pluri-ethniques?

Homme ou femme d'une époque, formé par ses valeurs et ses préoccupations, comme le note le juge Le Bel en 2001, « le juge réussit-il toujours à écouter et à comprendre? »⁴.

« Does women judges make a difference »? s'interrogeait quelques années auparavant le juge de la Cour Suprême du Canada, Mme Bertha Wilson, dans une conférence donnée à Osgoode Hall, conférence qui, par la suite, a fait couler beaucoup d'encre⁵. Le juge Bertha Wilson avait alors élaboré deux propositions fondamentales touchant le processus décisionnel judiciaire : la première est que les femmes voient le monde et ce qui s'y passe d'une façon différente de celle des hommes; la seconde, est que les femmes juges, en appliquant cette perspective différente aux affaires qui leur sont soumises, peuvent jouer un rôle majeur dans l'introduction de la neutralité et de l'impartialité dans le système judiciaire.

À peu près à la même époque d'ailleurs, en 1993 le Barreau canadien publiait le rapport d'un comité présidé par Mme le juge Wilson, « Les assises de la réforme : égalité, diversité et responsabilité »⁶, qui faisait état des inégalités marquantes entre hommes et femmes à tous les paliers de la profession de juriste, de l'université à la magistrature⁷.

-
4. Louis LEBEL, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux », dans *Éthique de la magistrature*, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale publique, vol. 3, no. 2, Montréal, Éditions Liber, 2001, 51, à la p. 57.
 5. Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference? » (1990) 28-3 Osgoode Hall L.J. 507.
 6. Bertha WILSON et al., *Les assises de la réforme : égalité, diversité et responsabilité*, Ottawa, L'Association, 1993, 317 p.
 7. Plusieurs auteurs se sont penchés sur la question de la composition de la magistrature et de l'impact des différences de perspectives des juges. Voir notamment : Andrée LAJOIE, Marie-Claude GERVAIS, Éric GÉLINEAU et Richard JANDA, « La majorité marginalisée : le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la

Et ce n'est que depuis le début des années 1980, plus précisément en 1984 que le concept de discrimination systémique a eu droit de cité au Canada, avec le rapport Abella intitulé « Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale »⁸ qui révèle que les personnes handicapées, les femmes, les minorités visibles et les Autochtones n'ont pas un accès juste, équitable et transparent au marché du travail. Pour corriger cette inégalité, la commission royale a recommandé l'adoption d'un modèle d'équité en matière d'emploi axé sur l'élimination des obstacles à l'emploi fondés sur la discrimination.

Quant à l'article 15 de la *Charte canadienne*⁹, prescription constitutionnelle établissant le droit à l'égalité, il n'entrera en vigueur qu'en 1985 alors que le texte quasi-constitutionnel qu'est la *Charte des droits et libertés du Québec*¹⁰ l'aura été en 1976. C'est donc dans cet environnement complètement nouveau que le juge intervient, pour décider, en soutesant les valeurs, en pondérant les droits, en interprétant au plus près possible de la société, des droits si largement énoncés. Comment tout à la fois faire partie d'un groupe social, familial et religieux aux valeurs bien définies et s'en distancier? Tout en pouvant l'évaluer? Dans un domaine où le juge interprète, mais aussi crée le droit?

Pour mieux réfléchir sur ces questions, nous ferons, dans un premier temps, quelques remarques sur l'évolution de la notion et du droit à l'égalité au Canada, pour s'attarder par la suite sur la

Cour suprême » (2000) 34 *R.J.T.* 563 et Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « Les femmes juges feront-elles véritablement une différence? Réflexions sur leur présence depuis vingt ans à la Cour suprême du Canada » (2005) 17-1 *C.J.W.L.* 27.

8. Rosalie SILBERMAN ABELLA, *Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale*, Approvisionnements et services Canada, Ottawa, 1984, 426 p.
9. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982* (R.U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].
10. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].

fonction judiciaire¹¹, et ce tant en théorie du droit qu'à partir d'exemples que nous fournissent les tribunaux.

1. Le droit à l'égalité au Canada

L'égalité est une valeur fondamentale, caractéristique d'une société libre et démocratique.

1.1 L'égalité : valeur et principe constitutionnel

Comme l'indique le préambule de la *Charte québécoise*, l'égalité représente une valeur fondamentale dans notre société :

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi; Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix; [...] ¹².

Vivre dans une société démocratique implique l'égalité des citoyens dans les droits et les avantages qui s'offrent à eux. « Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales [...] » ¹³. La valeur d'égalité sous-tend la Constitution et les Chartes; elle est à l'origine des droits et libertés garantis par les Chartes.

Les tribunaux ont a maintes reprises reconnu l'égalité comme une valeur et ce, notamment dans l'arrêt *Oakes* :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique,

11. Voir généralement sur cette question, Michèle RIVET, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

12. Préambule de la *Charte québécoise*.

13. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 94 (J. Dickson).

lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société¹⁴.

Aussi, dans l'arrêt *Turpin*, le juge Wilson écrit :

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi¹⁵.

L'égalité a été consacrée comme un principe constitutionnel à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Le droit à l'égalité est aussi expressément prévu à l'article 10 de la *Charte québécoise* ainsi que dans plusieurs textes internationaux¹⁶. La Cour suprême du Canada s'exprimant sur la consécration du droit à l'égalité dans la *Charte canadienne* :

À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative¹⁷.

Selon le professeur Daniel Proulx :

L'égalité n'est rien d'autre en réalité que le droit de jouir concrètement des mêmes libertés que les autres, quelle

14. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 64 (j. Dickson).

15. *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1329.

16. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3; *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. No 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

17. *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513.

que soit la condition particulière d'une personne ou du groupe à travers lequel la société la voit et l'évalue¹⁸.

Le principe de non discrimination est reconnu depuis plusieurs années au Canada. En 1944, la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, chap. 51, était adoptée, suivie en 1947 du *Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, chap. 35, et en 1960, de la *Déclaration canadienne des droits*. Depuis lors, toutes les législatures canadiennes ont adopté des lois sur les droits de la personne de vaste portée afin de combattre la plupart des formes plus courantes de discrimination rencontrées dans la société.

L'importance du droit à l'égalité ressort dans plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada, notamment dans l'arrêt *Rodriguez*¹⁹. Dans cette affaire portant sur l'aide au suicide, le juge en chef Lamer rendra ses motifs, avec l'appui du juge Cory, sous l'angle du droit à l'égalité. Alors que la majorité conclut que cette affaire ne concerne pas un cas de discrimination, le juge Lamer conclut que l'alinéa 241*b*) du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la Charte.

Bien qu'apparemment neutre, à première vue, l'al. 241*b*) a pour effet de créer une inégalité puisqu'il empêche des personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide sans contrevenir à la loi, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. [...] Cette inégalité est imposée à des personnes incapables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui figure parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1)²⁰.

18. Daniel PROULX, « Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité » dans Gérald-A. Beaudouin, (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, aux pp. 61-70.

19. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (j. Lamer).

20. *Id.*, par. 48.

Bref, l'égalité en tant que valeur et principe constitutionnel revêt une importance considérable dans l'ordre juridique.

1.2 L'évolution du droit à l'égalité : vers une égalité réelle

Le concept d'égalité inscrit dans la *Déclaration canadienne des droits* a été interprété d'une façon restrictive et figée et c'est d'abord en interprétant les prescriptions anti-discrimination, que les tribunaux ont élargi la portée du droit à l'égalité²¹. Mais c'est vraiment dans les années 1980, lors de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* puis de son article 15 trois années plus tard, que la pensée judiciaire a été façonnée par la Cour Suprême avec, comme juge en chef, le Très Honorable Brian Dickson. La Cour suprême du Canada a reconnu, en matière de Chartes, la nécessité de se livrer à une interprétation qui soit à la fois « large et libérale » et « contextuelle »²².

Si la façon d'aborder la question des droits fondamentaux s'est radicalement transformée au cours des vingt dernières années, la route a été longue depuis que la Cour suprême du Canada²³, en 1914 déclarait valide une loi de la Saskatchewan interdisant aux entreprises détenues par des Chinois d'engager des femmes de race blanche. À plusieurs occasions, l'histoire démontre que les

21. Michèle RIVET, « L'avenir des tribunaux des droits de la personne », dans Danielle PINARD et Hélène DUMONT, (dir.), *Les droits de la personne au 21^e siècle : perspectives et modes de protection. Institut canadien d'administration de la Justice*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996.

22. *Supra*, note 13.

23. *Le Roi c. Quong-Wing*, [1913-1914], 49 S.C.R. 440. Le juge Davies : « Les motifs faisant en sorte que la loi en question a été adoptée, je ne les connais pas. À partir du moment où je juge que la matière sur laquelle porte une loi ne relève pas du Parlement, mais qu'elle est de la compétence de l'assemblée législative provinciale, je n'ai pas le droit d'examiner son bien-fondé, ni les motifs pour lesquels elle a été adoptée. Cependant, en l'espèce, je n'ai aucune raison de conclure que la loi ne pourrait pas se défendre devant les plus hautes instances. Seul le cinquième magistrat, le juge Idington, se dit troublé par ce que cette loi signifie dans la réalité. Il dira ceci : « En effet, il paraît curieux de constater qu'une loi apparemment adoptée pour promouvoir le sens moral se fonde sur la transgression. »

tribunaux choisissent parfois d'interpréter de manière littérale les dispositions des instruments protégeant les droits et libertés. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité de l'al. 12(1) b) de la *Loi sur les Indiens* qui dépouillait les femmes autochtones de leur statut d'Indienne lorsque celles-ci épousaient un non Indien alors qu'un Autochtone conservait le sien lorsqu'il se mariait avec une non-Autochtone²⁴.

Dans l'arrêt *Bliss*²⁵, cette même Cour a conclu que le refus d'accorder des prestations d'assurance chômage à des femmes parce que leur travail était interrompu en raison de la grossesse ne constituait pas de discrimination fondée sur le sexe bien qu'il soit évident qu'il s'agit d'une caractéristique fondamentale du sexe féminin. La Cour avait alors précisé que l'inégalité n'était « pas le fait de la législation, mais bien de la nature »²⁶. Il aura fallu attendre dix ans pour que la Cour suprême du Canada renverse sa propre jurisprudence dans l'arrêt *Brooks*²⁷ pour conclure finalement que la discrimination fondée sur la grossesse est nécessairement fondée sur le motif du sexe :

La discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination fondée sur le sexe. L'arrêt *Bliss* de cette Cour, qui a jugé le contraire, est incompatible avec l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne suivie par cette Cour dans plusieurs arrêts subséquents et il n'y a plus lieu de le suivre. La discrimination fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes peuvent devenir enceintes²⁸. [...] L'arrêt *Bliss* a été rendu il y a plus de 10 ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la

24. *Canada (Procureur général) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

25. *Bliss c. Canada (Procureur général)*, [1979] 1 RCS 183.

26. *Id.*, p. 190.

27. *Brooks c. Canada safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (j. Dickson).

28. *Id.*, p. 1221.

jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt²⁹.

Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Cet arrêt illustre comment l'évolution des mentalités peut avoir une influence considérable sur l'acte de juger. Il démontre que la compréhension de concepts juridiques peut changer de façon à mieux correspondre à la réalité de la société. Cela implique du juge une approche plus sensible à certains facteurs contextuels sortant du champ juridique.

Même s'il existe des arrêts où la Cour suprême du Canada a tenté d'arrimer le plus possible la réalité sociale du temps aux droits constitutionnels fondamentaux³⁰, force est de constater qu'avant l'avènement des Chartes les juges interprétaient de manière littérale et stricte.

L'article 15 de la *Charte canadienne* a été délibérément formulé de manière à remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits* dont le fait qu'elle ne prévoyait que l'égalité devant la loi. L'article 15 est venu ajouter trois protections supplémentaires en matière d'égalité : l'égalité dans la loi, l'égal bénéfice de la loi et l'égale protection de la loi. C'est par une approche plus contextuelle du droit à l'égalité que les tribunaux sont passés d'une conception du droit à l'égalité formelle à une conception réelle. Alors qu'ils ont commencé avec une interprétation stricte du droit se basant sur la seule règle de droit, les tribunaux

29. *Id.*, p. 1243.

30. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A. C. 124. Dans cet arrêt, les lords du Comité du Conseil privé britannique, avaient décidé que le mot « personne » contenu à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvait comprendre autant une personne de sexe féminin que masculin. Ils avaient décrit la Constitution comme « un arbre vivant » capable d'évolution dans le cadre de ses propres limites. De ce fait, les lords anglais rejetèrent l'approche restrictive et figée dans le temps appliquée par la Cour suprême du Canada.

ont au fil du temps privilégié une interprétation large et libérale³¹ des droits et libertés.

Au cours des dernières décennies, les juges ont élargi la portée du droit à l'égalité en passant d'une conception formelle à une conception réelle. L'égalité formelle consiste à traiter tout le monde de la même façon avec les mêmes droits et les mêmes avantages. Elle s'oppose aux discriminations les plus évidentes. L'égalité réelle représente le principe selon lequel un traitement identique peut engendrer l'inégalité. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'il existe une norme générale qui prévoit un traitement uniforme pour tous qu'il n'y aura pas certaines catégories de personnes qui subiront de la discrimination. L'égalité réelle consiste notamment à vérifier les effets indirects mais bien réels des normes sur un groupe d'individus. Lorsqu'une mesure uniforme produit des effets d'exclusion ou des effets négatifs sur un groupe de personnes en fonction de sa race, de son sexe ou de sa déficience par exemple, le concept d'égalité réelle reconnaît que la véritable égalité ne passe pas toujours par l'application du même traitement pour tous, mais par un traitement différencié et adapté aux circonstances³².

L'arrêt *Bergevin*³³ porte sur le cas classique des effets discriminatoires d'un calendrier de travail sur des employés qui adhèrent à une religion minoritaire. En l'espèce, trois enseignants de religion juive alléguaient être victimes de discrimination indirecte étant donné que le calendrier scolaire de la Commission scolaire régionale de Chambly, leur employeur, ne leur permettait pas de s'absenter pour la fête du Yom Kippour. À première vue, l'horaire de travail prévu dans la convention collective paraît

31. *Id.*, p. 136.

32. Daniel PROULX, « L'arrêt Kapp : l'interprétation du par. 15(1) de la Charte (enfin) recentrée sur son objet égalitaire de non-discrimination » dans D.A. Wright et A.M. Dodek (dir.), *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*, Toronto, Irwin Law, 2011, 277-302.

33. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

neutre car il encadre les employés de la même manière. Cependant, nous voyons que ses effets diffèrent d'une personne à l'autre. Même s'il y a égalité devant une norme, il peut y avoir discrimination dans son application. C'est ainsi que les congés fériés prévus au calendrier scolaire, souvent basés sur les fêtes chrétiennes, peuvent avoir des effets discriminatoires envers les employés dont la croyance religieuse n'est pas basée sur les préceptes de la religion chrétienne. Pour atténuer les effets préjudiciables qu'une convention collective peut avoir sur une personne, l'employeur se voit dans l'obligation d'accommoder l'employé exclu afin qu'il puisse jouir des mêmes avantages que ses collègues, c'est-à-dire de prendre une journée de congé payée afin de célébrer une fête religieuse. Dans une telle situation, afin d'atteindre une véritable égalité de traitement pour tous :

il faut traiter différemment les individus ou catégories protégées contre la discrimination par les chartes lorsque l'application générale des normes communes a pour effet de les exclure, de les marginaliser ou de les pénaliser en les privant de leurs droits, de services ou d'avantages normaux prévus par la loi, une convention collective ou quelque autre règle ou pratique en vigueur³⁴.

Il est indéniable que dans cette recherche d'une égalité véritable, l'arrêt *Andrews*³⁵ rendu en 1989 par la Cour Suprême du Canada marque un temps nouveau. Il est le premier arrêt de principe de la Cour suprême en matière d'égalité. Tant la définition de l'égalité que l'ensemble des motifs du juge McIntyre demeurent encore aujourd'hui des réflexions essentielles auxquelles il nous faut sans cesse retourner. La Cour suprême dans cet arrêt rejette la conception formelle et procédurale de

34. Daniel PROULX, « L'accommodement raisonnable, où en sommes-nous? », Conférence d'ouverture du Colloque : L'accommodement raisonnable et la gestion des ressources humaines dans le secteur public, Le Centre Sheraton de Montréal, 31 janvier 2008, [non publiée]. Transcription disponible en ligne : <<http://www.fcsq.qc.ca/Perfectionnement/Colloques/accommodements/index.html> >.

35. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

l'égalité prévalant jusqu'alors, pour adopter la perspective dite de l'égalité réelle et effective. La discrimination est définie comme étant :

une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur les motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe d'individus, des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société³⁶.

La preuve de la discrimination se compose de trois éléments : 1) une distinction de traitement, intentionnelle ou non; 2) un lien avec un motif de discrimination énuméré au par. 15(1) ou analogue; 3) un effet préjudiciable (imposition de désavantages ou privation d'avantages). Ultimement, à l'étape des justifications raisonnables de la loi, le gouvernement a le fardeau de faire la preuve que l'exclusion des non-citoyens constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Law*³⁷, la Cour suprême modifie les éléments de l'analyse de la discrimination fixés dans *Andrews* en en ajoutant un nouveau : l'atteinte à la dignité. D'abord proposé par le juge McLachlin en 1995 dans l'arrêt *Miron c. Trudel*³⁸ dans un jugement minoritaire, il fut adopté par une cour unanime dans l'arrêt *Law* quatre ans plus tard. Suivant le nouveau cadre d'analyse de l'article 15 établi dans cette décision, il semble

36. *Id.*, p. 174.

37. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

38. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Les juges Cory et L'Heureux-Dubé l'avaient également proposé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 rendu le même jour et partie de la «trilogie de 1995». La trilogie représente trois arrêts de la Cour suprême rendus en 1995 révélant trois courants distincts de pensée chez les juges de la Cour quant à la façon appropriée d'interpréter l'article 15. Ces arrêts sont : *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

qu'une « différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité ou la liberté d'une personne ou d'un groupe »³⁹. La Cour a établi des facteurs contextuels qui déterminent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité du demandeur. Il s'agit: 1) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe demandeur; 2) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur; 3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet améliorateur; 4) la nature du droit touché⁴⁰. Dans les années qui ont suivi cet arrêt, plusieurs auteurs de doctrine ont critiqué le critère de la dignité dans l'analyse et l'interprétation de l'article 15⁴¹. Selon le professeur Daniel Proulx, ce critère impose un fardeau de preuve insurmontable au plaignant et fait perdre de vue le véritable objet de l'article 15.

39. *Supra*, note 37, par. 51 et 88 point (4).

40. *Id.*, par. 62-75 et 88 point (9).

41. Donna GRESCHNER, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299; Debra M. McALLISTER, « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003/2004), 15 *R.N.D.C.* 3; Christopher D. BRETT et Adam M. DODEK, « Breaking the *Law's* Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne GILBERT, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the *Charter* » (2003), 48 *R.D. McGill* 627; Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne GILBERT et Diana MAJURY, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian BRUNELLE, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143; R. James FYFE, « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-28 et 55-29; Alexandre MORIN, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), p. 8082; Daniel PROULX, «La dignité : élément essentiel de l'égalité ou cheval de Troie?» dans Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte canadienne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

Enfin, le critère de l'atteinte à la dignité et, surtout, le fait d'avoir statué que la dignité constitue dorénavant l'objet essentiel de l'article 15 comporte, à mon sens, une erreur fatale dans l'analyse puisque cette détermination fait perdre de vue le véritable objet de l'article 15. Celui-ci ne réside pas tant dans le respect de la dignité humaine que dans la lutte contre les inégalités et exclusions injustes et arbitraires, l'intégration ou l'inclusion de tous dans la société, la jouissance des mêmes droits pour tous, le droit d'être traité sur le même pied, avec le même respect et la même considération⁴².

Près de 10 ans après l'arrêt *Law*, la Cour suprême dans *Kapp*⁴³ est venue préciser certains éléments de cet arrêt et proposer une reformulation de l'objet du par. 15(1).

Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews*— la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes⁴⁴.

Les juges McLachlin et Abella, en redéfinissant l'objet du par. 15(1), marquent d'une certaine manière un retour à l'arrêt *Andrews*, le critère de la dignité comme élément et objet essentiels de l'égalité constitutionnelle étant laissé de côté.

[L]'objectif primordial que représente la lutte contre la discrimination sous-tend à la fois le par. 15(1) et le par. 15(2). Le paragraphe 15(1) a pour objet d'*empêcher* les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe

42. *Supra*, note 32, p. 30.

43. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

44. *Id.*, par. 24.

est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes⁴⁵.

Malgré cette reformulation de l'objet du par. 15(1), l'arrêt *Kapp* ne semble pas s'être détaché complètement de l'approche interprétative de l'art. 15 établie dans *Law*. En effet, la Cour a choisi de conserver certains éléments de l'arrêt *Law*, dont l'exigence d'une preuve de préjugés ou de stéréotypes, ainsi que ses facteurs contextuels de détermination de l'effet discriminatoire. Or, comme le souligne le professeur Daniel Proulx, « ces éléments d'analyse demeurent problématiques puisqu'ils étaient étroitement associés au concept décrié de l'atteinte à la dignité »⁴⁶.

En 2011, la Cour suprême dans l'arrêt *Whitler*⁴⁷ a fait référence à *Kapp* dans son explication du test à suivre pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1)⁴⁸. Il faudra cependant attendre de voir comment les tribunaux interpréteront l'arrêt *Kapp* dans les années à venir afin de mesurer le réel impact que ce dernier aura sur l'approche interprétative de l'art. 15.

Cet aller retour⁴⁹ est une démonstration parfaite des très grandes difficultés qui se posent au juge dans l'analyse théorique ou conceptuelle du droit à l'égalité auxquelles s'ajoutent, dans la réalité de chaque jour, la prise en compte de valeurs d'une société en constante mutation⁵⁰.

45. *Id.*, par. 25.

46. *Supra*, note 32, p. 278.

47. *Whitler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12. L'arrêt *Kapp* est mentionné aux par. 17, 18 et 28.

48. *Id.*, par. 30. « La jurisprudence a établi un test à deux volets pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? (Voir *Kapp*, par. 17.) ».

49. Manon MONTPETIT et Stéphane BERNATCHEZ, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », (2010) 26 R.N.D.C. 231.

50. Sur la portée de l'égalité comme dépassant même l'expression explicitement donnée dans les normes constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles voir : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane

2. Le rôle du juge

Afin de mieux situer l'acte de juger, il convient d'en placer un cadre théorique.

2.1 L'approche herméneutique de Ronald Dworkin

Affirmer que le droit est composé de valeurs, c'est aussi de reconnaître la place de la morale dans le droit. Alors que la tendance a longtemps été de séparer la morale du droit, il semble inévitable aujourd'hui et ce, surtout lorsqu'il vient temps d'interpréter des dispositions porteuses de valeurs, de tenir compte de la morale dans le droit.

L'approche herméneutique du philosophe du droit américain Ronald Dworkin, l'un des penseurs contemporains les plus reconnus sur la scène internationale, va dans ce sens proposant une « lecture morale du droit »⁵¹. Ainsi, pour Dworkin il n'y a pas de séparation entre la morale et le droit. La morale fait partie du droit. En effet, il affirme que les droits et libertés font pénétrer des « principes de morale politique » au sein du droit⁵². Ces derniers correspondent à la conception du juge de la justice sociale et des droits démocratiques en général.

Le propos principal de Dworkin est que le droit n'est pas seulement constitué de règles, mais il est aussi composé de divers types de standards, explicites comme implicites, qui agissent comme principes et dont le contenu est, par définition, indéterminé ou variable⁵³.

LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, à la p. 99.

51. Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, Paris, 1994, 468 p.

52. Luc BÉGIN, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », (1997) 38-2 C.de D. 417, 420.

53. *Supra*, note 50, p. 72.

Le rôle du juge, selon Dworkin, est de procéder à une interprétation constructive par laquelle ce dernier tente de fournir l'interprétation qui présente le droit sous son meilleur jour du point de vue de la morale politique⁵⁴. En ce sens, la meilleure lecture du droit sera celle qui rendra compte de manière cohérente le droit établi tout en considérant les principes moraux pertinents à son interprétation. Pour ce faire, le juge devra déterminer quel principe moral supporte le mieux le droit en question.

Les droits et libertés sont énoncés dans un langage général et abstrait. Afin qu'ils soient interprétés de façon libérale, Dworkin soutient que les juges doivent déterminer quelle est l'extension du droit ou de la liberté et conséquemment du principe moral, au regard de la pratique mise en cause. « Ils ont à déterminer l'interprétation et la compréhension qui feront autorité, celles qui exposent la meilleure conception des principes de morale politique constitutionnels »⁵⁵.

Dans notre système de justice, l'égalité, tout comme la dignité humaine et la liberté, représente un principe de morale politique au sens où l'entendrait Dworkin parce qu'elle véhicule une valeur admise par la collectivité. L'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act*⁵⁶ permet d'illustrer en quoi l'égalité est un principe moral permettant de contribuer à l'interprétation des droits et libertés :

Au même titre que les idéaux de "justice égalitaire" et "d'égalité d'accès à la loi", le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la Charte, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect⁵⁷.

54. C'est-à-dire au regard de la justice et de l'équité. *Supra*, note 51, p. 447.

55. *Supra*, note 52, p. 421.

56. *Supra*, note 17.

57. *Id.*, p. 554, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissident quant au résultat mais non quant à cette observation).

Ainsi, dans un contexte d'interprétation de droits fondamentaux, sachant que la valeur d'égalité est un principe constitutionnel, le juge doit rendre une décision qui reflète le plus possible cette valeur d'égalité. C'est ainsi que le juge doit interpréter les Chartes en prenant en compte la valeur d'égalité puisqu'elle représente une des « valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique [...] »⁵⁸. Suivant la thèse de Ronald Dworkin, interpréter le droit sous son meilleur jour consiste à interpréter les droits fondamentaux dans un esprit qui considère et respecte la valeur d'égalité.

Afin d'illustrer son approche interprétative, Ronald Dworkin fait référence à deux modèles de dieu. Celui du dieu Hermès, le guide mort, mais fiduciaire du passé, et le dieu Hercule :

La méthode d'Hercule rejette l'hypothèse d'un moment canonique où la loi a pris naissance et a revêtu la signification entière et unique qu'elle aura à tout jamais. Hercule interprète non seulement le texte de loi, mais son évolution, son processus avant sa promulgation comme loi et son extension au-delà de ce moment. Il cherche à tirer le meilleur parti possible de cette histoire continue et c'est pourquoi son interprétation évolue au fur et à mesure du développement de l'histoire⁵⁹.

2.2 L'analyse systématique

L'analyse systématique est une approche qui s'inscrit dans le cadre de la théorie herméneutique, c'est-à-dire d'une approche interprétative du droit. Cette approche s'intéresse au rôle primordial des valeurs et du contexte dans la production judiciaire

58. *Supra*, note 35, p. 148. Sur la question de la valeur d'égalité, voir aussi : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. S.R.C.*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391.

59. *Supra*, note 51, p. 379.

du droit. L'analyse systémale fait valoir « les facteurs politiques, sociaux et même idéologiques à l'œuvre dans la production du droit, et les processus qu'emprunte leur incidence »⁶⁰. Elle est utile pour éclairer et expliquer les rapports entre une société et le droit qu'elle secrète.

L'analyse systémale s'intéresse particulièrement au contexte normatif et axiologique dans lequel la norme s'inscrit. Elle met en lumière l'importance qu'il faut accorder au contexte pour analyser l'insertion des valeurs dans le droit⁶¹. Le concept de surdétermination, concept au centre de cette théorie, explique bien en quoi les valeurs sont prises en compte dans la production judiciaire du droit. Ce concept de surdétermination « repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »⁶². C'est d'ailleurs en ce sens que le juge McLachlin rapporte dans *R. c. Andrews* que « les valeurs fondamentales telles que la dignité humaine, l'égalité et le respect de l'identité culturelle [...] doivent servir de guide dans l'interprétation de la Charte »⁶³.

60. Andrée LAJOIE, « Dans l'angle mort de l'analyse systémale » dans Gérard TMSIT et Nicole BELLOUBET-FRIER (dir.) *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2004.

61. Stéphane BERNATCHEZ, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger », dans Pierre Noreau et Louise Rolland (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, 333, à la p. 341.

62. Andrée LAJOIE, « Surdétermination », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER, (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, à la p. 85; Andrée LAJOIE, « La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales », (1999) 42 Rev. Interdiscipl. Et. Jur. 85.

63. *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, 888. Cet extrait rapporte des propos tenus par le juge Cory en appel. Voir (1988), 65 O.R. (2d) 161. Le juge McLachlin, dissidente sur la question de la non-justification de la restriction. Cet arrêt porte sur l'interdiction criminelle frappant la propagande haineuse. Il soulève principalement la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'il est sauvegardé par

Selon la professeure André Lajoie, le concept de surdétermination est celui qui offre « la meilleure prise vers la réalité complexe du rapport du juge aux valeurs dans l'interprétation judiciaire »⁶⁴.

2.3 La procéduralisation contextuelle

Une autre approche qui permet d'interpréter le droit dans son contexte normatif et axiologique est la procéduralisation contextuelle.

Cette approche porte sur le processus de décision. Suivant cette approche, le juge doit permettre une recherche contextualisée de la solution. Pour ce faire, il faut que les acteurs concernés participent au processus décisionnel. En ce sens, le juge n'est plus le seul acteur à construire le contexte social et normatif. La construction du contexte est un fait commun. En matière de droits et libertés, cette contextualisation intervient également à l'étape de la réparation où le juge « réinvestit lui-même les différentes parties concernées de la tâche et du pouvoir de trouver des arrangements négociés qui satisfassent à ces principes fondamentaux »⁶⁵. À titre d'exemple, en matière de droit à l'égalité, le principe d'accommodement raisonnable permet de comprendre plus concrètement les préceptes de cette approche.

L'élaboration de mesures d'accommodement interpelle plusieurs acteurs soit l'employeur, le syndicat et l'employé. Cette participation des parties dans le processus de décision permet de réellement prendre en compte le contexte et la réalité sociale dans lequel s'inscrit la norme. Comme le souligne la professeure Louise

l'article premier de la *Charte*. Se pose subsidiairement la question de savoir si le moyen de défense de "véracité" prévu à l'al. 319(3)a) du *Code criminel* viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*, dans la mesure où l'accusé a le fardeau de prouver que ses déclarations sont vraies.

64. Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997, à la p. 164.

65. Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, à la p. 114; Voir aussi : *Supra*, note 49, p. 353.

Lalonde, une approche judiciaire procédurale permet « de redonner sens à la norme au niveau du monde vécu »⁶⁶.

2.4 L'approche téléologique et contextuelle

Il faut maintenant venir à l'évidence que les valeurs font partie du droit et qu'elles en influencent l'interprétation.

Ainsi, le juge ne doit pas seulement se fier aux conceptions juridiques lorsqu'il interprète la loi, mais considérer d'autres éléments dont les valeurs qui sous-tendent les droits. Ce faisant, les concepts juridiques sont adaptés au contexte.

La méthode d'interprétation téléologique et contextuelle prend tout son sens lorsqu'il est temps d'interpréter des lois axiologiques, porteuses de valeurs, telles que celles concernant les droits et libertés. Pour ce faire, le juge doit départager les valeurs en jeu et soupeser les intérêts en présence. Afin d'arriver à la meilleure interprétation des droits et libertés en tenant compte des valeurs qui les sous-tendent, le juge doit tenir compte du contexte. Il doit suivre une approche contextuelle du droit.

D'ailleurs, la doctrine, comme la jurisprudence, reconnaissent depuis longtemps que l'interprétation d'une loi doit tenir compte du contexte. En effet, la jurisprudence est constante à reconnaître que l'interprétation des droits et libertés ne doit pas être faite « dans un vide factuel » mais plutôt en tenant dûment compte du « contexte »⁶⁷. Dans l'arrêt *Mackay*, la Cour suprême

66. Louise LALONDE, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 321, 344-345.

67. Voir la jurisprudence citée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, 445-447 (j. L'Heureux-Dubé); *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, (1996) 1 R.C.S. 825, par. 78 (j. La Forest).

souligne que « les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel »⁶⁸.

Le professeur Pierre-André Côté note à ce sujet que « sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés »⁶⁹.

Le contexte représente ce qui se rapporte à l'environnement légal d'une disposition ainsi que toutes les idées liées au texte qui peuvent être relatives aux circonstances d'énonciation du texte, à l'objet qu'il cherche à accomplir, aux valeurs auxquelles le législateur est attaché ainsi qu'à ses habitudes d'expression⁷⁰. Selon la professeure Danielle Pinard :

La plupart du temps, ce que l'on dit être une méthode contextuelle consiste en la considération d'un mélange d'éléments de droit, de faits et de valeurs.⁷¹

Le contexte peut donc être lié au droit, soit par l'historique législatif de la loi en cause ou par l'attribution d'une valeur à un droit, tout comme il peut représenter un contexte social plus large s'intéressant à la réalité sociale. Ce faisant, le juge rend une décision qui prend en considération la réalité de la société dans laquelle la décision s'inscrit.

Suivant ce sens, le juge l'Heureux-Dubé rappelle dans *Willick c. Willick* que « pour déterminer si une interprétation donnée d'un texte législatif est conforme aux valeurs de la *Charte*, il faut adopter une démarche contextuelle qui tienne compte du cadre

68. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, par. 199, j. Major, dissident en partie : « [...] les causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel ».

69. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999 à la p. 355.

70. *Id.*, p. 356.

71. Danielle PINARD, « La "méthode contextuelle" », (2002) 81 R. du B. can. 323, 337.

social dans lequel s'inscrit la Loi »⁷². Elle précise ensuite que l'interprétation législative ne peut : « se faire sans prendre en considération à la fois le texte de la Loi et la réalité dans laquelle elle s'inscrit »⁷³.

Dans le même ordre d'idées, le juge Wilson affirme dans *Edmonton Journal c. Alberta*⁷⁴ que « la Charte devrait être appliquée aux cas individuels selon une méthode contextuelle plutôt qu'abstraite »⁷⁵. Elle poursuit en écrivant : « L'importance d'une liberté ou d'un droit reconnu par la *Charte* doit donc être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et son objet doit être déterminé en fonction du contexte »⁷⁶.

De plus, le juge McIntyre définit le concept d'égalité suivant une approche contextuelle : « C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée »⁷⁷.

Par conséquent, en matière de droit à l'égalité, « le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1) »⁷⁸. À titre d'exemple, la réalité sociale ambiante doit être évaluée lors d'un cas traitant de discrimination systémique faite aux femmes en emploi⁷⁹. Aussi, la Cour suprême du Canada a suivi une approche multidimensionnelle

72. *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, par. 23.

73. *Id.*, par. 14.

74. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)* [1989] 2 R.C.S. 1326.

75. *Id.*, p. 1356 (j. Wilson).

76. *Id.*

77. *Supra*, note 35, p. 164.

78. *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 51.

79. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin]; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201 (CanLII).

intégrant divers facteurs sociaux, tels que les attitudes des membres de la société et les perceptions stéréotypées que celle-ci véhicule afin de définir la portée et l'étendue du motif du « handicap »⁸⁰.

L'interprétation contextuelle c'est aussi prendre en considération l'objet de la loi⁸¹. « Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis 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 »⁸².

Le professeur Luc B. Tremblay explique que le juge « interprète les mots de la ou des dispositions en cause de la façon qui permet de réaliser du mieux possible leur but, leur objet ou leur finalité »⁸³. Les textes constitutionnels ont plusieurs finalités. « Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit »⁸⁴.

Comme nous avons tenté de l'expliquer plus haut, en considérant l'égalité dans l'interprétation du droit, le juge rend une décision qui respecte le droit et les valeurs qui sont à la base de son raisonnement.

L'objet fait partie intégrante de l'approche interprétative proposée par Dworkin :

80. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 77.

81. Le principe selon lequel les lois doivent être interprétées en fonction du but, de l'objet ou de la finalité de la disposition de la loi correspond à la méthode d'interprétation téléologique. Cependant, l'interprète a recours au contexte dans le processus de détermination de l'objet.

82. *Supra*, note 13, par. 116.

83. Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29-2 R.J.T. 459.

84. *Supra*, note 14, par. 28 (j. Dickson).

l'interprétation créative tient sa structure formelle de l'intention, non pas (du moins pas nécessairement) parce qu'elle se propose de découvrir les buts que s'étaient assignés une personne ou un groupe donnés dans l'histoire, mais parce qu'elle vise à superposer un but au texte [...] qui [fait] l'objet de l'interprétation.⁸⁵

De la même manière, l'objet se retrouve au centre de l'analyse systémale puisque cette dernière cherche à « découvrir avant tous les éléments qui le constituent »⁸⁶.

L'approche téléologique et contextuelle en matière d'interprétation constitutionnelle offre « une certaine forme de contextualisation au raisonnement judiciaire, transformant ainsi l'interprétation du sens de la norme à travers le prisme d'un certain contexte défini par le judiciaire et une certaine appréhension des valeurs sociales »⁸⁷.

L'éventail des minorités a changé et va continuer de se modifier avec l'évolution des circonstances politiques et sociales que l'on connaît aujourd'hui. C'est ainsi que la société pluraliste dans laquelle nous vivons commande que le droit à l'égalité « soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la "protection constante" des droits à l'égalité dans les années à venir »⁸⁸.

3. L'impossible neutralité et la nécessaire impartialité

L'approche herméneutique et la méthode contextuelle accordent au juge une fonction créatrice. Suivant ces approches,

85. *Supra*, note 51, aux pp. 250-251.

86. Gérard TIMST, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, Paris, 1986, à la p. 6.

87. *Supra*, note 66, p. 334. Voir aussi sur la question de la transformation dans la fonction de juger : Louise LALONDE, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 321, 334.

88. *Supra*, note 35, p. 153 (j. Wilson).

l'acte de juger ne consiste pas seulement à appliquer le droit, mais à l'interpréter, à le façonner. Le juge interprète le texte de loi à la lumière du droit et de plusieurs facteurs contextuels.

La légitimité⁸⁹ de ce nouveau rôle du juge a été maintes fois questionnée, certains affirmant que de juger en interprétant les dispositions législatives et non en les appliquant de manière mécanique au cas d'espèce a un caractère antidémocratique parce que l'équilibre traditionnel entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est modifié⁹⁰. Se soulève alors la crainte de voir apparaître « un gouvernement des juges » remettant en question du coup le principe de la séparation des pouvoirs.

En guise de réponse, tant la doctrine que la jurisprudence font appel à la métaphore du dialogue. Suivant celle-ci, le contrôle judiciaire au regard de la Charte représente un « dialogue » entre les tribunaux et le législateur. La métaphore du dialogue vise à démontrer que les tribunaux n'ont pas le dernier mot sur les décisions constitutionnelles. Par conséquent, l'activité interprétative des tribunaux est légitime puisque, comme le constate Hogg et Bushell:

the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished,

-
89. Voir sur cette question: Yves Marie MORISSETTE, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », dans Mary-Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS, (dir.), *La montée en puissance des juges, ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Éditions Thémis, 2000, 468 à la p. 29; Luc BÉGIN, « Le juge en tant que tiers impartial », dans M.-J. MOSSMAN et G. OTIS, (dir.), *id.*, à la p. 67; Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p.73.
90. Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, p. 383. Selon Mandel, la justice constitutionnelle est de la politique qui emprunte une autre voie que la représentation et les luttes politiques. Pour Mandel, le contrôle judiciaire n'accroît guère la représentativité des choix politiques, les citoyens n'ayant pas plus de pouvoir sur leurs institutions.

albeit with some new safeguards to protect individual right and liberty. Judicial review is not “a veto over the politics of the nation” but rather the beginning of a dialogue as to how best reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole⁹¹.

Il est possible d'affirmer que le respect mutuel des pouvoirs est assuré d'une certaine façon par l'exercice de pondération des droits en fonction de l'activité législative et de l'intérêt collectif qu'elle représente ⁹². Une des meilleures illustrations de ce dialogue se trouve sûrement dans l'arrêt *Vriend*⁹³.

-
91. Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
92. Voici les propos du juge Iacobucci à ce sujet dans *Vriend c. Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493, par. 137: » Par exemple, l'art. 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation -- l'art. 33 -- a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. HOGG et A. BUSHELL, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75). »
93. L'arrêt *Vriend, id.*, par. 136 à 139 (j. Iacobucci). Dans cette affaire, la Cour par une interprétation large (*reading in*) a conclu qu'il fallait inclure le motif d'orientation sexuelle à la loi en défaut au lieu de la déclarer invalide. Voir aussi : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Cinq ans après l'arrêt *Ford*, un dialogue modéré s'instaura et le gouvernement amenda la loi qui était en question dans cette affaire soit la *Charte de la langue française*, de manière à ce que le français soit affiché de façon prédominante sur tout autre langue, suivant en cela les indications initialement suggérées par la Cour suprême en 1988 : « On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence que d'autres langues » (*Ford, id.*, par. 73). Voir de plus : *Corbière c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 116-117 (j. L'Heureux-Dubé) : « Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la

Par ailleurs, un jugement rendu de manière impartiale, garantira aussi la légitimité d'une décision. Alors que le droit, tel qu'interprété par le juge, semble être indissociable des valeurs de la société et des valeurs mêmes du juge, la question se pose à savoir si une décision rendue d'une telle manière est marquée des préjugés et des préconceptions personnelles du juge. En d'autres mots, le juge procédant à cette activité interprétative, toute proche d'une activité créatrice, parvient-il à être neutre et impartial?

3.1 Les concepts

Les concepts de neutralité et d'impartialité se posent avec encore plus d'acuité depuis les années 80.

Antérieurement, ces concepts étaient moins sujets à discussion et à questionnement. Il s'agissait davantage de se prononcer sur des concepts de droit positif purs et durs où les valeurs n'étaient pas en jeu. Comme le dit clairement le juge Abella:

Our hallmarks were independence, neutrality and impartiality, concepts we hardly ever thought about when we were interpreting contracts, awarding damages or instructing juries⁹⁴.

Dans un univers où gravitent les droits fondamentaux, « il faut avoir une capacité à appréhender l'ensemble de la réalité sociale, à être touché par toutes les composantes de cette réalité

Charte, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. »

94. Rosalie SILBERMAN ABELLA, « Judicial Neutrality : Introductory Remarks » dans *Les droits de la personne au 21e siècle: perspectives et modes de protection 1996*, Institut canadien d'administration de la Justice, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 338, à la p. 249.

sociale, afin d'être en capacité de percevoir la pertinence factuelle et juridique des développements de chacun »⁹⁵.

Le juge fait partie de cette réalité; il ne peut pas être neutre, froid et fait de glace, mais il a l'obligation stricte et rigoureuse d'être impartial.

Ronald Dworkin affirme que le juge ne peut atteindre la neutralité. Pour Dworkin, lorsque le juge est à la recherche de ce qu'est le droit, il ne le fait pas sans qu'interfèrent ses propres convictions morales et politiques⁹⁶. Dworkin prétend ainsi qu'un juriste ou un philosophe, et partant le juge, aura, dans sa conception générale du droit, une « attitude » face à de nombreuses questions notamment relatives à la personnalité, à la vie et à la collectivité.

Toute conception générale doit aussi avoir des relations extérieures avec d'autres parties ou avec d'autres secteurs de morale politique, et, à travers elles, avec des convictions idéologiques, voire métaphysiques, plus larges. Je ne veux pas dire par là un juriste (on peut donc aussi comprendre un juge) ou un philosophe qui adopte une conception générale du droit aura déjà développé un point de vue explicite et élaboré sur l'intérêt du droit, ou sur les vastes questions de la personnalité, de la vie et de la collectivité sur lesquelles doit reposer ce point de vue. J'entends seulement que sa conception du droit, parvenue à un certain degré d'élaboration, révélera une attitude à

95. Simone GABORIAU, « L'impartialité du juge n'est pas la neutralité. Pour une conception engagée de la fonction judiciaire », *Magistrats européens pour la démocratie et les libertés (MEDEL)*, en ligne : <<http://medel.bugweb.com/usr/4Gaboriau.pdf>>.

96. Sheldon LEADER, « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin. » (1986) 2 *Droit et société* 23, 34. Voir aussi du même auteur : « Le droit au respect de la vie privée, la mise en œuvre de la morale et la fonction judiciaire : un débat » (1991) 26 *Revue internationale d'études juridiques* 1.

l'égard de ces vastes sujets, qu'il s'en rende compte ou non⁹⁷.

Un juge est impartial lorsqu'il :

est disposé à reconnaître [qu'il a] des préconceptions, plutôt que d'en nier l'existence, et, au besoin, de lutter contre elles pour [s]'en défaire. [...] En ce sens, loin de supposer l'effacement de l'interprète, l'interprétation est ainsi envisagée comme exigeant sa confrontation non seulement avec le texte et le contexte, mais aussi, d'une certaine façon, avec lui-même⁹⁸.

Le juge, en bref, doit se connaître, se distancier de ses opinions personnelles préconçues pour écouter et juger l'esprit libre, ouvert. Car le juge procède à des choix. Comme le précise Pierre-André Côté : « on ne peut pas expliquer l'interprétation de la loi sans admettre que cette activité puisse exiger de l'interprète qu'il procède à des choix qui engageront sa personnalité, ses croyances, ses valeurs »⁹⁹.

L'interprétation est donc empreinte d'un élément personnel et subjectif. Le juge ne peut être neutre, mais il se doit d'être impartial : « Impartiality does not demand that judges close their eyes to the reality of the society in which legal dispute occur, but rather that they remain open-minded to the possibilities for deeper understanding that differing viewpoints and experiences can provide »¹⁰⁰. Ainsi, « judges should recognize differences between individuals, they should be alert to right social injustice, and

97. *Supra*, note 51, p. 114.

98. *Supra*, note 50, p. 76.

99. *Supra*, note 69, p. 19. Voir aussi : Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, 825.

100. Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Reflections on Judicial Independence, Impartiality and the Foundations of Equality », (1999) 7 CILJ Yearbook 95 106.

should, in judging, take into account discrimination suffered by minority groups »¹⁰¹.

La justice a été souvent vécue comme partielle car elle était globalement le reflet de la classe dominante, de la classe dirigeante¹⁰². Cependant, c'est en prenant en compte l'ensemble des intérêts d'une collectivité et en les soupesant que le juge fera preuve d'impartialité.

[L]a démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, *loc. cit.*; Jackman, *loc. cit.*, à la p. 680)¹⁰³.

Autrement dit, afin que le juge soit impartial, les différences entre les individus doivent être intégrées dans l'analyse des droits. Ceci est d'autant plus vrai dans le contexte qui nous intéresse ici, soit celui de l'égalité. Une décision rendue en prenant en considération la valeur d'égalité nécessite de soupeser les intérêts de l'ensemble de la collectivité.

Comme le fait remarquer le juge Abella, » [e]very decision maker who walks into a courtroom to hear a case is armed not only with relevant texts, but with a set of values, experiences and assumptions that are thoroughly embedded »¹⁰⁴. Selon elle, le potentiel progressif de la garantie d'égalité a été inextricablement

101. D.A. IPP, « Judicial impartiality and judicial neutrality: Is there a difference? », (2000) 19-3 Aust. Bar Rev. 212.

102. *Supra*, note 95.

103. *Supra*, note 62, par. 176 (j. Iacobucci).

104. Rosalie SILBERMAN ABELLA, « The Dynamic Nature of Equality » dans Sheilah MARTIN et Kathleen MAHONEY (dir.), *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, aux pp. 8-9.

lié à la reconnaissance de l'existence de ces perspectives et au développement d'une nouvelle approche analytique de l'acte de juger¹⁰⁵.

Nouvelle approche analytique qui a été exposée ici par différentes approches interprétatives du droit qui reconnaissent l'importance de considérer de multiples facteurs dans l'interprétation du droit.

3.2 La pratique

Il est intéressant de regarder comment ces principes s'articulent dans la réalité judiciaire, dans le quotidien des juges et ce, à partir de quelques exemples. Il sera question dans cette partie d'examiner le processus décisionnel judiciaire, c'est-à-dire le chemin parcouru par les juges pour arriver aux solutions qu'ils proposent. Nous tenterons ainsi d'illustrer à l'aide d'exemples comment la valeur d'égalité et la réalité sociale sont pris en compte par le juge dans ses décisions. Cet exercice illustrera par le fait même la complexité de la fonction de juger depuis l'entrée en vigueur des *Chartes des droits et libertés*.

En matière de discrimination, où la valeur d'égalité est bien entendu l'enjeu principal, il semble ne faire aucun doute qu'il soit nécessaire de jeter un regard sur le contexte social existant au moment où surviennent les incidents au cœur du litige lors de l'interprétation et l'application des droits.

Dans *C.D.P.D.J. c. Calego international inc.*¹⁰⁶, le Tribunal des droits de la personne rappelle que « l'égalité fait partie des valeurs bien connues au Québec et au Canada »¹⁰⁷. Cette affaire porte sur

105. Rosemary CAIRNS WAY et T. BRETTEL DAWSON, « Taking a Stand on Equality: Bertha Wilson and the Evolution of Judicial Education in Canada » dans Kim BROOKS (dir.), *Justice Bertha Wilson: One woman's difference*, Vancouver, UBC Press, 2009, à la p. 280.

106. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, 2011 QCTDP 4 (CanLII).

107. *Id.*, par. 383.

des propos tenus par un patron envers quinze employés d'origine chinoise. Le Tribunal qui procède à l'analyse contextuelle des déclarations expose qu'historiquement, les travailleurs chinois ont été l'objet de discrimination au Canada et au Québec¹⁰⁸. Il conclut que le citoyen

en tant que personne raisonnable, aurait considéré discriminatoires les propos tenus par M. Rapps envers les travailleurs chinois. Selon le Tribunal, en regard de la trame factuelle propre à cette affaire, il est tout simplement difficile de croire le contraire, sans ignorer le contexte social contemporain en application des normes juridiques applicables qui reflètent les valeurs du Québec et du Canada en 2006¹⁰⁹.

Ainsi, en considérant la valeur d'égalité et le contexte social de l'affaire, le Tribunal en vient à la conclusion que les déclarations portées en l'espèce sont discriminatoires.

Dans la décision *C.D.P. c. Ville de Montréal (Martel)*¹¹⁰, le Tribunal des droits de la personne fait référence à l'arrêt *Turpin* de la Cour suprême du Canada qui a particulièrement insisté sur l'importance de considérer le contexte dans lequel s'inscrit une question afin d'identifier l'existence ou non de désavantages discriminatoires. Le Tribunal cite le passage suivant de l'arrêt:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une disposition contraire à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [...] [C]e n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement

108. *Id.*, par. 378.

109. *Id.*, par. 382.

110. *C.D.P. c. Ville de Montréal (Martel)*, [1994] RJQ 2097.

engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage¹¹¹.

Cette affaire met en cause le refus de considérer la candidature du plaignant pour un poste de pompier au motif que ce dernier n'a pas réussi l'examen médical. Après avoir considéré l'ensemble du contexte de l'affaire, le Tribunal conclut que le plaignant a été victime de discrimination à l'embauche fondée sur le handicap. Le Tribunal affirme qu'une personne handicapée « pourra davantage jouir de son droit à l'égalité en emploi si une mesure d'accommodement raisonnable lui est fournie »¹¹². Il poursuit en notant « l'importance d'examiner l'effet concret d'une mesure et le contexte plus large dans lequel se pose effectivement l'exercice, en pleine égalité, d'un droit protégé avant de pouvoir statuer sur une mesure contestée pour son caractère discriminatoire »¹¹³.

Dans une autre affaire de discrimination fondée sur le handicap, le Tribunal des droits de la personne rappelle l'importance de considérer le contexte dans l'interprétation du droit à l'égalité. Les faits de cette affaire portent sur l'intégration scolaire en classe ordinaire d'un jeune garçon vivant avec une trisomie 21. Le Tribunal dans sa décision examine notamment le contexte social et psychologique de l'affaire ainsi que le contexte d'intégration scolaire. Faisant référence à l'arrêt de la Cour suprême *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*¹¹⁴, le Tribunal affirme :

que la déficience, en tant que motif interdit de discrimination, diffère des autres motifs compte tenu du large spectre de différences pouvant exister selon les individus et selon la forme de handicap. En raison de ce « dilemme de la différence », il se pourrait que la ségrégation puisse tantôt porter atteinte à l'égalité tantôt protéger

111. *Supra*, note 15, p. 1331-1332 (j. Wilson).

112. *Supra*, note 110, p. 2106.

113. *Id.*

114. *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

l'égalité selon le degré de déficience et selon le contexte et toute autre circonstance¹¹⁵.

De plus, il est intéressant d'examiner l'arrêt *R. c. S. (R. D.)*¹¹⁶ rendu en 1997 par la Cour Suprême du Canada qui, sur toute la question du contexte, représente un arrêt clef. La Cour explique en quoi l'expérience personnelle d'un juge fait partie du contexte et comment celle-ci permet d'avoir une meilleure perspective sur une situation particulière, tout en respectant le principe d'impartialité.

Dans cette affaire, une juge afro-canadienne, la juge Sparks, avait fait quelques remarques générales voulant que, historiquement, une tension raciale ait pu être observée dans les rapports entre la minorité noire de Halifax et les forces policières de cette ville. En raison de son identité particulière, la juge Sparks avait connaissance de ces faits sociaux. L'objet du pourvoi à la Cour suprême du Canada consistait à savoir si les remarques de la juge ont fait naître une crainte raisonnable de partialité. La Cour est arrivée à la conclusion que la juge est restée impartiale lors de l'audition puisque ces observations étaient entièrement justifiées par la preuve produite et que le juge peut mettre son expérience personnelle à profit lorsque celle-ci est pertinente avec les faits du dossier.

La Cour affirme dans cet arrêt l'importance de prendre en considération le contexte dans l'acte de juger, notamment pour l'interprétation et l'application des lois. « L'examen du contexte par le juge permet de définir la toile de fond nécessaire à l'interprétation et à l'application de la loi »¹¹⁷. Ainsi, sur le fait que la juge se soit prononcée sur la dynamique raciale de l'affaire à

115. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, 2009 QCTDP 19 (CanLII), par. 313 Requête pour permission d'appeler accueillie le 25 janvier 2010 : *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 107 (CanLII).

116. *R. c. S. (R. D.)* [1997] 3 RCS 484.

117. *Id.*, par. 43.

l'audition, la Cour précise qu' « elle s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était, à notre avis, tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire »¹¹⁸. Ce faisant, il est possible de dire que la juge a rendu une décision qui considère la réalité sociale dans laquelle le droit s'inscrit.

En ce qui concerne la crainte de partialité soulevée dans cette affaire, la Cour explique que « l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge »¹¹⁹. La Cour soutient que si le juge ne peut jamais être tout à fait neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et il doit, néanmoins, s'efforcer d'atteindre l'impartialité. En ce sens, le juge Cory s'exprime ainsi :

Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute l'expérience de la vie à laquelle il doit peut-être son aptitude à arbitrer les litiges. On a fait observer que l'obligation d'impartialité ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées -- à supposer que cela soit possible -- manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé. La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.

(Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15.)

118. *Id.*, par. 59.

119. *Id.*, par. 42.

De toute évidence, le bon juge a une vaste expérience personnelle et professionnelle, qu'il met à profit pour trancher les litiges avec sensibilité et compassion. Si l'on a décidé d'encourager la nomination de juges appartenant à des groupes plus variés, c'est qu'on a estimé à juste titre que les femmes et les minorités visibles apporteraient une perspective importante à la tâche difficile de rendre justice¹²⁰.

Par ailleurs, cet arrêt démontre l'importance d'avoir une magistrature diversifiée pour mieux évaluer tous les éléments pertinents à une affaire, comme par exemple, les interrelations entre les normes juridiques et les faits sociaux¹²¹. La décision est légitime tant et aussi longtemps que les éléments subjectifs et

120. *Id.*, par. 119.

121. Un fait relié à l'arrêt *Daigle c. Tremblay* représente une autre illustration pratique de l'importance d'avoir une magistrature diversifiée ainsi que de prendre en compte le contexte social d'une affaire dans le processus décisionnel. Alors que le juge en chef de l'époque, Brian Dickson, considérait comme d'outrage au tribunal le fait que la plaignante se soit faite avorter pendant l'instance, il décida de poursuivre le procès normalement. Cette décision fut prise à la suite d'une suggestion du juge Beverley McLachlin qui proposait de considérer la situation particulière de la plaignante (jeune femme désespérée qui ne voulait pas porter l'enfant de l'homme qui avait abusé d'elle) dans la prise de décision. Selon le juge McLachlin, ce n'est pas tant l'éloquence de son argument, mais plutôt l'espace que ce commentaire ouvrait pour voir les choses autrement qui a permis ce changement de perspective de la part du juge en chef de l'époque : « You need a different variety of perspectives on the Court . . . you never know when the critical thing could be someone . . . saying. Well, maybe you need to look at it from that point of view, maybe in this case, a woman's point of view. Not that a man couldn't have seen it that way – ultimately they did, but it wasn't the way it immediately hit them. [...] [Dickson] was angry because this was not the respectful way to treat a Court ... but he was also capable of coming right around and seeing the situation from another perspective. » Voir: Robert J. SHARPE et Kent ROACH, *Brian Dickson : A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, aux pp. 392 à 395. Comme l'écrit le juge Bertha Wilson : « Obviously, this is not an easy role for the judge – to enter into the skin of the litigant and make his or her experience part of your experience and only when you have done that, to judge. But we have to do it; or at least make an earnest attempt to do it. » Voir: *Supra*, note 5, p. 521.

personnels auxquels le juge a recours soient pertinents, qu'ils ne soient pas fondés sur des stéréotypes inappropriés, et qu'ils n'entravent pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve¹²².

Ce qui vient d'être présenté nous permet de répondre affirmativement pour partie à la question posée il y a 20 ans par le juge Bertha Wilson « Does women judges make a difference »? Le juge Bertha Wilson écrivait alors que la présence des femmes dans la magistrature pourrait faire une différence dans la conception de la justice et dans l'interprétation du droit¹²³.

Il demeure que, face aux mêmes questions, des juges, issus des mêmes milieux, avec un bagage culturel et social similaire, répondront, en analysant les principes de droit applicables, pour les appliquer au cas sous espèce, de manière diamétralement opposée. C'est ainsi que le droit se construit. Les exemples sont ici aussi fort nombreux¹²⁴. En ce sens, une étude menée par Frederick Lee Morton, Peter H. Russell et Troy Riddell sur la jurisprudence issue de la première décennie d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* montre que les femmes juges ont un point commun, soit le fait d'être dissidente par rapport à la majorité, peu importe la position de cette dernière. Cependant, cette même étude relate que malgré un fort taux de dissidence, chacune exprime son opinion d'une façon différente¹²⁵.

122. *Supra*, note 118, par. 29.

123. *Supra*, note 5.

124. Voir notamment les décisions rendues dans l'affaire concernant l'octroi de pension alimentaire pour les conjoints de faits, communément appelée l'affaire Lola. En appel : Droit de la famille — 102866, J.E. 2010-1970; en première instance : Droit de la famille — 091768, [2009] RJQ 2070. Dans la décision de la Cour supérieure, la juge Carole Hallée rejette les demandes constitutionnelles recherchées par la requérante alors que la juge Julie Dutil de la Cour d'appel déclare inopérant pour cause d'invalidité l'article 585 C.c.Q. puisqu'il viole le paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Cour suprême du Canada entendra l'affaire Lola (requête pour autorisation de pourvoi accueillie, C.S.C., 24-03-2011, 33990).

125. Frederick LEE MORTON, Peter H. RUSSELL et Troy RIDDELL, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Descriptive Analysis of the First Decade, 1982-1992 » (1995) 5 *National Journal of constitutional law* 1.

Une lecture attentive de plusieurs décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec nous en convaincra également¹²⁶. Et c'est d'ailleurs ainsi que plusieurs décisions des tribunaux supérieurs, traitant des droits fondamentaux, comportent d'importantes dissidences.

Conclusion

La prise en compte du contexte social dans l'analyse du droit à l'égalité permettra au juge non seulement de rendre une décision qui soit juste et équitable, mais plus encore en assurera la légitimité. Non seulement justice doit-elle être rendue mais encore plus doit-elle être perçue telle. Les citoyens doivent, lorsqu'ils se présentent devant les tribunaux avoir le sentiment et la certitude qu'ils seront écoutés, qu'ils seront bien compris.

C'est ainsi que Bertha Wilson, citant Socrate, décrivait les qualités essentielles d'un juge : « Four things belong to a judge : to hear courteously, to answer wisely, to consider soberly, and to decide impartially »¹²⁷.

En adaptant les concepts à la réalité de la société, le juge permet de construire des conceptions juridiques en fonction des valeurs qui sous-tendent ces droits. Plus profondément, les normes sont le reflet du système de principes et de valeurs sur lequel elles sont fondées¹²⁸. Ainsi, lors de son activité interprétative, le juge doit se demander quels sont ces principes et ces valeurs, notamment le droit à l'égalité, afin de rendre la meilleure décision possible. « [L]e droit peut difficilement se concevoir sans

Voir aussi M.-C. BELLEAU et R. JOHNSON, préc., note 7, p. 32 et ss. (elles analysent cette étude).

126. Voir notamment la jurisprudence relative à la notion de handicap telle qu'analysée par le Tribunal des droits de la personne et l'arrêt de la Cour Suprême sur cette question. *Supra*, note 80.

127. *Supra*, note 5, p. 508.

128. Richard TREMBLAY, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 73.

se référer aux mœurs et aux idéologies en vigueur à l'époque particulière où on l'élabore et l'interprète »¹²⁹.

L'histoire, toute récente du droit à l'égalité au Canada est, nous semble-t-il, fort significative. Elle montre l'importance du droit comme facteur de changement social et le rôle des tribunaux comme agents de changement. Si tant est que la marche vers l'égalité soit longue et loin d'être achevée, il est juste de dire que les Chartes adoptées par les législateurs, interprétées par les tribunaux et critiquées par les citoyens, ont amené une mutation profonde de la société canadienne, pour la rendre plus inclusive, plus égalitaire.

129. *Supra*, note 50, p. 82.