

Les Cahiers de droit



Les aspects procéduraux de la lutte administrative contre la discrimination, et la Charte des droits et libertés de la personne

Pierre Blache

Volume 17, Number 4, 1976

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042140ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042140ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Blache, P. (1976). Les aspects procéduraux de la lutte administrative contre la discrimination, et la Charte des droits et libertés de la personne. *Les Cahiers de droit*, 17(4), 875–911. <https://doi.org/10.7202/042140ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1976

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Les aspects procéduraux de la lutte administrative contre la discrimination, et la Charte des droits et libertés de la personne *

Pierre BLACHE **

Les responsables du présent congrès nous ont invités à exposer nos vues sur le recours à la voie administrative comme mode privilégié de protection des droits fondamentaux. L'invitation ayant été adressée à un groupe de publicistes, j'en conclus que ma tâche n'est pas de plaider la cause de cette nouvelle extension du territoire administratif mais d'en dire ce que j'en pense le plus librement possible. J'adopterai donc l'approche ouverte de celui qui n'a guère à se soucier de compenser les excès de ses opposants. On ne trouvera donc ci-après ni un plaidoyer enthousiaste en faveur de la voie administrative en ce domaine, ni une attaque effrénée de cette solution.

Le monopole exercé par les publicistes dans le traitement du présent sujet, par opposition au souci évident de susciter un débat entre privatistes et publicistes sur d'autres questions lors du congrès, m'incite aussi à délaisser la haute altitude où se déroulent habituellement les débats fondamentaux sur les valeurs et les institutions. L'exploration de l'opportunité même du choix de la voie administrative par opposition à la voie judiciaire, dans le cadre d'un congrès ouvert à tous les professeurs de droit du Canada et organisé dans la perspective d'un procès du droit administratif, ne saurait, en effet, être conduite que selon une approche multidisciplinaire que le présent panel ne peut revendiquer. Aussi ai-je choisi de m'en tenir plus modestement à l'étude des conditions auxquelles une mise en œuvre administrative de la protection des droits fondamentaux doit satisfaire pour mériter le respect dû à une entreprise juste et efficace.

On ne peut, par ailleurs, identifier clairement le phénomène étudié sans préciser ce que recouvre l'expression « voie administra-

* L.Q. 1975, c. 6.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

tive ». Il me paraît suffisant de lui faire désigner tout système de mise en œuvre de normes caractérisé par l'attribution d'un rôle déterminant à l'Administration dans le règlement des litiges que cette mise en œuvre est censée permettre. Cette définition approximative suffit à révéler que je ne me satisfais pas d'un appui matériel de la puissance publique à la protection des droits fondamentaux. Ainsi, les subsides gouvernementaux ne suffisent pas à faire conclure à une protection administrative des droits fondamentaux. Je crois plutôt qu'il convient de parler de protection par voie administrative quand l'Administration elle-même se voit confier une tâche d'application des normes relatives aux droits fondamentaux. Il me semble cependant que l'attribution d'une compétence réglementaire, sans plus, ne saurait satisfaire à l'idée d'une protection administrative. Celle-ci apparaît vraiment lorsque l'Administration intervient, par le procédé de l'acte individuel, dans l'assujettissement du citoyen à la norme législative ou réglementaire. Cette action individuelle ne doit cependant pas se ramener à l'initiative du recours au processus judiciaire, et suppose que, de fait, la plupart des litiges ayant trait aux droits fondamentaux ou à certains d'entre eux trouvent leur solution sous l'effet de l'action administrative et sans l'intervention judiciaire. Une conception généreuse de la voie administrative conduirait à y inclure le droit substantif dont la mise en œuvre s'effectue de la sorte. J'ai préféré toutefois restreindre l'objet de l'étude au seul processus administratif sans entrer dans l'exploration des normes substantives elles-mêmes. Je concentre donc mon attention sur les moyens procéduraux engagés dans la protection administrative de certains droits fondamentaux. Par ailleurs il convient de signaler que le droit fondamental dont on cherche à assurer ainsi la protection est surtout le droit à l'égalité. Comme je m'en tiens aux aspects procéduraux, je ne m'arrêterai guère à la question de savoir quels droits fondamentaux devraient bénéficier de ce mode de protection et jusqu'à quel point ils devraient en tirer profit. Le seul fait que la voie administrative soit retenue comme mode de mise en application du principe d'égalité révèle cependant déjà une sollicitude particulière de l'État à l'égard de cette valeur. Elle entraîne, on le verra plus loin, un engagement actif de l'État dans la lutte contre la discrimination et pose la question d'un équilibre à sauvegarder entre les droits procéduraux du dénonciateur de discrimination et ceux des personnes qu'il vise.

La réflexion sur les divers systèmes administratifs de protection des droits fondamentaux révèle que les législateurs peuvent offrir au public deux types de défenseurs. D'une part ils peuvent doter les organismes protecteurs de pouvoirs considérables tant en ce qui a trait à l'initiative des enquêtes qu'à leur poursuite et aux sanctions

auxquelles elles peuvent aboutir. D'autre part s'offre la voie consistant à mesurer prudemment l'autorité conférée. On est justifié de parler d'une approche active et d'une approche passive en ce domaine. Ces deux attitudes législatives s'opposent par la marge de liberté laissée à l'organisme administratif dans la protection de certains droits fondamentaux choisis pour l'intérêt que ceux-ci présentent dans une société donnée. Plus cette liberté est grande, moins le sera la protection d'autres droits fondamentaux de nature procédurale dont le respect très poussé tendrait au contraire à réduire les pouvoirs mis au service d'autres droits. Spécifiquement l'on peut constater que l'opposition entre l'approche active et passive ne reflète pas l'opposition des partisans des droits fondamentaux et de leurs adversaires, mais plutôt la divergence d'opinions entre défenseurs de droits fondamentaux quant au degré de respect qu'il convient de conserver pour le « due process » où l'équité procédurale dans la mise en œuvre de politiques antidiscrimination ou intégrationnistes. J'ai cherché tout au long des développements qui suivent à manifester les problèmes que pose à l'établissement d'un système administratif de protection des droits fondamentaux la tension entre ces deux points de vue.

On peut dégager quatre étapes dans le processus général de mise en œuvre administrative d'une politique de protection de l'égalité. Il s'agit de la demande d'intervention, de l'enquête préliminaire, de la conciliation et de l'audition publique. J'explore ci-après et successivement les questions essentielles soulevées à chacune de ces étapes en m'efforçant de situer et évaluer la position adoptée par le législateur québécois sur ces divers aspects dans la *Charte des droits et libertés de la personne* sanctionnée par l'État québécois le 27 juin 1975¹.

I

La demande d'intervention

1.1 Les enjeux

Le droit d'intervention dans un cas de discrimination pose clairement l'alternative entre une approche active ou passive des fonctions d'une commission des droits de l'homme. Trois questions méritent alors surtout l'attention : celle du pouvoir d'enquête autonome de la commission, celle du recours aux cas types ou « test cases », et celle de la plainte par des tiers.

1. L.Q. 1975, c. 6.

1.1.1 Convient-il ou non de permettre à ces commissions d'instituer des enquêtes sans plainte ou faut-il plutôt leur permettre d'intervenir au seul cas où une personne qui peut se prétendre victime de discrimination leur adresse une requête?

Les arguments favorisant l'action autonome de la commission ne manquent pas de force. Ainsi peut-on prétendre que l'abandon de l'initiative aux seules victimes ou à leurs porte-parole risque de mener à une mise en œuvre inégale d'une politique antidiscrimination? Il est en effet reconnu que certains cas de discrimination, ceux des motels par exemple, suscitent peu de plaintes dans la mesure où il existe suffisamment de solutions de rechange pour une victime qui, de toute manière, est souvent un visiteur qui oubliera vite sa déconfiture une fois revenu chez lui.

D'autre part ne peut-on prétendre que le rôle d'une telle commission est de faire cesser les pratiques discriminatoires parce qu'elles sont considérées comme un mal en elles-mêmes, nonobstant la négligence de la victime à se plaindre? Dans cette perspective la commission n'est plus perçue comme un organisme à visée réparatrice, dont les gens ne peuvent se plaindre s'ils ne réclament pas des interventions spécifiques.

La seule objection qu'on puisse adresser à ce type de raisonnement se ramène à invoquer une philosophie étroitement réparatrice de l'action antidiscrimination. Une telle conception se borne donc à prétendre que le fondement de la loi réside dans le souci d'assurer aux victimes qui le désirent la réparation d'un préjudice qu'on considère individuel.

J'estime que dans plusieurs cas les pratiques discriminatoires doivent plutôt être perçues comme un mal social dont le combat relève de la société. L'absence d'un authentique plaignant ne me paraît pas un obstacle à l'intervention des pouvoirs publics. Il convient donc de ne point faire d'une plainte en bonne et due forme une condition nécessaire à l'action antidiscrimination.

1.1.2 Faut-il autoriser le « test case » comme moyen de provoquer l'intervention d'une commission des droits de l'homme? Est-il légitime pour l'État, ou des organismes représentant des groupes dont certains individus sont victimes de discrimination, d'amener des individus à simuler une demande de services à la seule fin de vérifier si quelqu'un s'adonne à des pratiques discriminatoires alors que celui qui simule ne désire pas vraiment obtenir le service qu'il demande?

On peut faire valoir à l'encontre de tels procédés la conception réparatrice que j'évoquais plus haut. L'on conclut alors qu'il n'y a pas de véritable victime bien qu'il y ait un plaignant, ou que le plaignant n'est pas la véritable victime. De ce point de vue il paraît inopportun

de reconnaître un intérêt à ce plaignant. J'ai déjà fait connaître mon opposition à cette philosophie réparatrice et ai tendance à ne pas m'embarrasser d'une telle objection.

Mais ne peut-on s'opposer à ces formes de démarches en invoquant le fait qu'elles entraînent les pouvoirs publics à participer à des pratiques mensongères, quelque respectables que paraissent les motifs supérieurs dont pourrait faire état une commission ouvrant ses portes à des requêtes de cette espèce²? Ne peut-on établir une analogie entre ces pratiques et l'obtention illégale de preuves et invoquer le devoir de l'État de faire montre d'un souci exemplaire de renoncement à l'usage de moyens douteux?

Il me semble que les véritables victimes des pratiques discriminatoires sont les groupes qu'unit à une victime donnée la caractéristique provoquant la discrimination. Aussi me paraît-il tout à fait légitime d'estimer qu'un groupe est victime de discrimination si l'un de ses membres s'attire un refus fondé sur un motif discriminatoire. L'on peut donc estimer qu'une conception réparatrice élargie des politiques antidiscrimination milite en faveur d'un recours au « test case ». D'autre part, cependant, afin d'éviter que les pouvoirs publics eux-mêmes se méritent le reproche d'un manque de scrupules dans les moyens, je serais enclin à n'admettre de tels types de recours que dans l'hypothèse où le plaignant serait un groupe représentatif voué à la défense des droits des personnes dont le simulateur fait partie.

1.1.3 Ces dernières remarques me conduisent à l'exploration d'une dernière question relative à l'intervention de la commission : celle des requêtes par des tiers. Il semble que l'expérience américaine révèle que ces plaintes sont rares et souffrent habituellement d'imprécision³. Certains⁴ s'y opposent parce qu'elles n'assurent pas la meilleure présentation des preuves...

Je crois que les objections d'ordre pratique à cette espèce de requête justifient une certaine réserve. Sans doute convient-il d'exiger de la victime qu'elle consente à l'intervention d'un tiers en son nom. Imposer à la commission l'examen de requêtes ne satisfaisant pas à cette exigence risque d'alourdir déraisonnablement le fardeau d'un tel organisme pour de piètres résultats. D'autre part, il me semble prudent de restreindre ce droit d'intervention pour autrui aux seuls

2. T. C. HARTLEY, « Race Relations in Ontario (Part II) », (1970) *Public Law* 188-189.

3. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, « The right to equal treatment : administrative enforcement of antidiscrimination legislation », (1961) 74 *Harvard Law Review* 529.

4. W. S. TARNOPOLSKY, « The iron hand in the velvet glove : administration and enforcement of human rights legislation in Canada », (1968) 76 *R. du B. Can.* 565.

organismes représentatifs véritablement reliés à la victime par la caractéristique sur laquelle repose le traitement discriminatoire, dans les cas où la commission a la possibilité de construire des « test cases ». Dans un tel contexte en effet, il paraît moins opportun d'ouvrir la porte à des recours originant d'organismes qui œuvrent de façon générale seulement aux services de la protection des droits fondamentaux. Au cas où la commission n'est pas autorisée à recourir au « test case » cependant, il conviendrait d'être plus généreux et de permettre le recours pour autrui aux organismes à visées générales. La raison de ces variations de régime me semble résider dans le fait qu'une justification réparatrice individuelle ou collective doit apparaître là où la commission est habilitée à intervenir au nom de visées plus générales. Au contraire, si la commission n'a pas de pouvoir d'intervention sans plainte je crois opportun d'élargir la notion d'intérêt applicable à l'organisme qui poursuit pour autrui.

1.2 La politique québécoise

1.2.1 L'article 73 de la Charte québécoise édicte que « la Commission peut faire enquête de sa propre initiative ». C'est une heureuse solution qui permet à la Commission de concevoir et mettre en œuvre une politique équilibrée de lutte à la discrimination et la libère d'une dépendance trop exclusive à l'endroit des éventuels plaignants. Elle reflète une conception pénale et sociale de la discrimination.

Il faut toutefois remarquer que, dans l'hypothèse d'une enquête de la commission qui ne prendrait pas la forme d'un « test case », et ne comporterait pas de victime et encore moins de partie requérante, la Commission ne peut procéder à la conciliation prévue aux articles 81 et suivants de la loi. Il semble que son seul recours réside dans un rapport au procureur général sous l'article 85⁵. Vraisemblablement ce dernier aura seul alors la responsabilité d'intenter les poursuites selon l'article 89⁶. La *Loi des poursuites sommaires* deviendra donc le cadre de l'action coercitive de l'État. La Commission perd donc rapidement l'initiative de l'action. Conviendrait-il de modifier la loi pour permettre à la Commission la prise en charge directe des poursuites pénales dans son domaine? Le souci d'unifier l'administration de la justice s'oppose à une telle idée. Sans doute suffirait-il de s'assurer que les

5. « La Commission doit faire rapport au procureur général de tout fait qu'elle estime susceptible de constituer une infraction prévue par l'article 87. »

6. « Les poursuites sont prises suivant la Loi des poursuites sommaires (Statuts refondus, 1964, chapitre 35) et la deuxième partie de ladite loi s'y applique. »

poursuites sont dirigées par un personnel spécialisé du bureau du procureur général et que ce personnel travaille en étroite collaboration avec les juristes de la Commission.

1.2.2 Le texte de la Charte québécoise fait douter de la possibilité du recours au « put up case » ou « test case » tant par des particuliers ou organismes que par la Commission. D'une part les articles 69⁷ et 70⁸ de la loi paraissent relier le droit de demander une enquête à l'existence d'une victime d'atteinte à certains droits mentionnés. Dans l'hypothèse où la Commission conclurait que ceux qui participent à des « test cases » ne sont pas de véritables victimes le recours à ce procédé serait exclu. La Commission pourrait cependant élargir la définition de victime et ne point tenir compte de l'état d'esprit de la personne requérant le service. Elle trouverait alors beaucoup plus facilement les victimes mentionnées aux articles 69 et 70.

Le cas de la Commission soulève une difficulté du même ordre. L'article 73 de la loi permet à la Commission de « faire enquête de sa propre initiative ». Une interprétation généreuse pourrait y découvrir l'autorisation de procéder par « test case ». Mais alors les simulateurs risqueraient de ne point être reconnus comme des victimes. Il ne saurait donc y avoir lieu à la conciliation et aux recommandations réparatrices des articles 81 et suivants. La seule voie ouverte à la commission serait le rapport au procureur général pour obtenir des poursuites pénales. Le témoignage des simulateurs jouerait alors un rôle essentiel dans l'établissement de la preuve. Il est important de remarquer en effet que l'acte discriminatoire visé par les dispositions pénales de la Charte québécoise n'est peut-être pas assimilable à celui auquel s'appliquent les dispositions concernant conciliation et réparation. Ces dernières paraissent ouvertes dans les cas où il y a eu victime réelle de discrimination. Les premières ne semblent pas exiger une victime réelle qui aurait sincèrement requis un service. En effet l'article 87 (a) de la Charte édicte que « quiconque contrevient aux articles 10 à 19 » commet une infraction. Or, ces articles visent exclusivement le comportement de l'auteur éventuel de discrimination

7. « Toute personne qui a raison de croire qu'elle est ou a été victime d'une atteinte à un droit reconnu aux articles 10 à 19 ou au premier alinéa de l'article 48 peut adresser, par écrit, une demande d'enquête à la Commission. Tout groupe de personnes peut, de la même manière et aux mêmes conditions, faire une demande d'enquête. »

8. « Tout organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupe de personnes, qui a raison de croire que s'est commise une atteinte à un droit visé dans l'article 69, peut également, par écrit, faire une demande d'enquête au nom d'autrui, pourvu que la personne au nom de qui elle est faite y ait consenti par écrit. Toutefois, si la demande est faite pour le compte d'une personne visée dans l'article 48, tel organisme peut agir sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement de cette personne. »

sans aucunement exiger une victime dépourvue d'arrière pensée. Il paraît donc possible à la Commission de construire des « test cases » de nature pénale puisque les exigences procédurales et substantives de la loi n'y font pas obstacle.

1.2.3 La Charte québécoise permet à tout « organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupe de personnes » de « faire une demande d'enquête au nom d'autrui, pourvu que la personne au nom de qui elle est faite y ait consenti par écrit ».

Le législateur québécois a donc opté pour une ouverture considérable en ne réservant pas ce type de recours aux seuls organismes pouvant invoquer la présence d'une relation très directe entre eux et la victime sur la base d'une participation à la caractéristique ayant fondé le traitement discriminatoire.

J'estime que cette approche se justifie dans le contexte de la loi québécoise. Nous venons de voir⁹ que celle-ci, en effet, ne permet vraisemblablement pas à la Commission de recourir au procédé du « test case » par la voie de la conciliation et des mesures indemnitrices. Cette restriction aux pouvoirs de la Commission me semble devoir être compensée par l'accueil généreux des recours pour autrui. À défaut d'une politique de la Commission, cette solution offre aux organismes privés l'opportunité de provoquer l'intervention de la Commission par voie de conciliation et de mesures réparatrices.

II

L'enquête

Les réponses apportées à plusieurs des questions relatives aux pouvoirs d'enquête revêtent souvent une grande importance tant pour le plaignant que pour celui à qui on reproche une activité discriminatoire. Parmi celles-ci cinq méritent surtout l'attention. Faut-il exiger un verdict de vraisemblance de discrimination ou « probable cause » de la part des enquêteurs avant de permettre l'accès à la conciliation ? À quel fardeau de preuve doit satisfaire celui qui veut établir une vraisemblance de discrimination ? De quels moyens d'enquête doit disposer l'enquêteur ? Doit-on autoriser l'organisme enquêteur à utiliser certaines mesures provisionnelles ? Convient-il de fournir des recours aux requérants à qui on refuse d'accorder une enquête ou qui voient celle-ci conclure à l'absence de discrimination ?

9. *Supra*, par. 1.2.2.

2.1 Les enjeux

2.1.1 Le professeur Tarnopolsky n'hésite guère à faire de la décision qu'il existe une vraisemblance de discrimination une condition préalable à toute conciliation. Il écrit :

No effort should be made at this investigative stage to conciliate or negotiate a settlement because either of these techniques implies at least partial implication that the alleged prohibited act has been committed.¹⁰

L'expérience américaine¹¹ révèle cependant que les enquêtes cessent lorsque les défendeurs se soumettent aux conditions des commissions, et ce malgré la présence de dispositions législatives faisant de la vraisemblance de discrimination une condition à la conciliation.

À l'encontre du point de vue du professeur Tarnopolsky on peut faire valoir qu'un mécanisme à philosophie conciliatrice se prête mal à une procédure conduisant trop tôt à un verdict. Les défendeurs n'auront-ils pas tendance à se durcir devant le reproche précis dont ils deviennent l'objet si un verdict de vraisemblance de discrimination est requis avant la conciliation ? T. C. Hartley, exposant l'approche de la Commission ontarienne des droits de l'homme, faisait valoir un point de vue voisin :

It is the policy of the Commission to stress reconciliation rather than guilt and not to try to get an admission of guilt from the respondent; it is thought that the respondent will normally deny any intention to discriminate and will then view any settlement as an admission of culpability on his part¹².

Le docteur Hill fait valoir les mêmes objections¹³. Cette réplique consiste à opposer un souci éclairé d'efficacité du système à une objection qui paraît n'avoir que la logique pour fondement.

Si le débat se résumait ainsi, sans doute faudrait-il accorder la victoire aux considérations d'efficacité. Mais il me semble que la justice elle-même doit plutôt faire pencher la balance en faveur de l'opinion du professeur Tarnopolsky. Ne faut-il pas, en effet, craindre la puissance excessive d'intimidation dont bénéficie la commission à laquelle on permet de s'engager dans des négociations sans en exiger un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination ? Celle-ci

10. W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 4, 576.

11. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, *loc. cit. supra*, note 3, 538.

12. T. C. HARTLEY, *loc. cit. supra*, note 2, 149.

13. D. G. HILL, « The role of the Human Rights Commission : The Ontario Experience », (1969) 19 *U. of T.L.J.* 392-393.

peut faire peser sur le défendeur peu coopératif la menace d'une audition publique dont les retombées antipublicitaires peuvent être fort dommageables, et ce, sans s'être même compromise. J'estime que cet effet compromet l'équilibre qu'il convient de sauvegarder entre les droits procéduraux du défendeur et du requérant. S'il est indéniable que les enquêteurs voient leur travail d'enquête facilité parce qu'ils sont en même temps des conciliateurs animés d'un désir de favoriser des ententes, il faut bien constater que leur rôle de conciliateurs, dans ces circonstances, risque d'être rendu trop facile et de les entraîner à exiger des concessions exagérées de la part des défendeurs.

2.1.2 La détermination du fardeau de preuve que doit supporter un requérant pour obtenir un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination met en jeu de nombreux aspects des politiques de protection administrative de droits fondamentaux. Michael A. Bamberger et Nathan Lewin ont succinctement posé ce problème et suggéré leur solution dans les quelques lignes qui suivent et qui valent d'être reproduites :

It is arguable that since the ultimate issue as to the respondent's credibility is a question for the factfinders appointed by statute, i.e., the hearing panel, the basis for a finding of probable cause should be no more than an inability of the investigator to say with certainty that the reason for the allegedly unfair practice was something other than discrimination. The question might, therefore, be regarded as analogous to that before a trial judge deciding whether to send a case to the jury. If, after he has completed his investigations, the investigator can say that there is evidence from which a reasonable hearing panel could find discrimination, he could enter a finding of probable cause.

The application of such a reasonably well-formulated standard might have the beneficial effect of increasing general understanding of the meaning of a finding of probable cause, as well as of enhancing uniformity in the application of the law. On the other hand, it would also be likely to increase the numbers of cases in which probable cause is found. This would probably increase the number of cases taken to public hearing, perhaps further burdening commissions and their staffs with time-consuming formal proceedings. A more liberal probable-cause rule would also undesirably induce conciliation by innocent respondents, because of their reluctance to risk the opprobrium of public hearing and because of a residual tendency to believe mistakenly that a finding of probable cause amounts to a determination of actual discrimination. Thus it seems preferable not to bring into play the coercive pressures available to the commission without a greater degree of certainty, amounting possibly to a finding based upon the preponderance of the evidence.¹⁴

14. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, *loc. cit. supra*, note 3, 539.

Il me semble que l'évaluation que font ces auteurs des effets éventuels de l'imposition d'un fardeau léger au stade de l'enquête pèche doublement. D'une part leur prétention à l'effet qu'un tel principe provoquerait une augmentation excessive des recours à l'audition me paraît fort contestable. Un tel effet découle à première vue de la réduction du nombre de rejets ou d'échecs des requêtes qu'entraînerait vraisemblablement un critère moins exigeant quant à la preuve suffisante pour obtenir un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination. Mais cet effet serait compensé par l'effet contraire signalé par les auteurs : celui d'une hausse d'acceptation de conciliation par des défendeurs en raison de la crainte de l'opprobre de l'enquête publique générée par la crainte multipliée qu'un verdict de vraisemblance de discrimination équivaille à un verdict ultime de discrimination.

D'autre part l'opinion des auteurs selon laquelle il y aurait soumission excessive de défendeurs innocents à la conciliation appelle des réserves. N'est-il pas juste de penser que les défendeurs innocents et lucides craindront d'autant moins l'enquête publique, ou du moins son aboutissement ultime, qu'ils auront conscience que le verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination ne doit pas en l'espèce être assimilé à ce que sera le verdict ultime ? Le risque d'un échec du requérant et de la commission lors de l'audition publique se trouve en effet accru dans la mesure où le fardeau de preuve auquel ils devront éventuellement satisfaire revêt une rigueur supérieure.

Ces considérations me poussent à penser qu'un fardeau léger n'entraîne pas si clairement les effets escomptés par Bamberger et Lewin. J'estime que, tant du point de vue de l'embarras administratif d'un accroissement des auditions publiques que de celui du respect des droits des défendeurs innocents, le fardeau léger se justifie.

2.1.3 L'étendue du pouvoir d'enquête dont disposent ceux à qui est confiée l'enquête préliminaire en matière de droits fondamentaux peut affecter considérablement l'efficacité du processus. La question essentielle est de déterminer si ces personnes doivent être investies des pouvoirs d'assigner et de contraindre à témoigner ou à déposer des documents. De même convient-il de s'interroger sur les pouvoirs d'inspection des documents et sur le pouvoir de punir pour refus d'obtempérer aux ordres émis dans l'usage de tels pouvoirs.

Le problème se ramène essentiellement à celui de décider à quelles modalités l'utilisation de tels pouvoirs doit être soumise. Il n'est en effet pas douteux que la politique de protection des droits fondamentaux exige leur utilisation sans quoi l'on ne saurait parler d'une réelle protection. L'on acculerait la commission, dans un premier temps, à passer aux étapes ultérieures du processus sans avoir

bénéficié d'un éclairage suffisant. Cette situation mènerait à la multiplication des échecs de la commission. Celle-ci entraînerait éventuellement une diminution sensible des recours ou une perte de crédibilité de l'organisme auquel on pourrait vite reprocher un zèle intempestif s'il persistait. Il nous semble aussi que les défenseurs souffriraient d'une telle situation. La seule façon d'accéder à une information adéquate résiderait en effet dans un recours à l'audition publique avec les retombées publiques préjudiciables aux défenseurs que celles-ci engendrent. Je n'hésite donc pas à conclure que de tels pouvoirs doivent faire partie de l'arsenal au service de toute politique efficace et juste de protection des droits fondamentaux.

Il convient cependant d'assortir le recours à ces armes d'un système de contrôle que justifie le risque d'abus auquel peut donner lieu un emploi peu justicieux de ceux-ci. Il paraît opportun de distinguer entre les pouvoirs de contraindre à témoigner, à déposer des documents et à se soumettre à des inspections, d'une part, et le pouvoir de punir pour le refus de se soumettre aux ordres donnés, d'autre part. Je fais mienne sur ce point les propositions réservant l'exercice des premiers à la commission elle-même¹⁵. Une telle formule, en plus d'assurer que de telles demandes procéderont de jugements réfléchis, offre l'avantage d'une unité de conception quant aux critères devant présider à l'usage de ces procédés. D'autre part le pouvoir de condamner pour refus d'obtempérer aux demandes de la commission devrait être réservé aux tribunaux de droit commun en raison des sanctions radicales auxquelles il peut mener.

2.1.4 Le problème des mesures provisionnelles au stade de l'enquête préliminaire elle-même pose concrètement celui de l'opportunité d'autoriser la commission à s'adresser aux tribunaux de droit commun afin d'obtenir, à certaines conditions, les injonctions susceptibles de protéger un requérant contre des actes du défendeur qui réduiraient les possibilités d'une indemnisation adéquate aux termes du processus de protection. Il va de soi que ni les membres de la commission, ni la commission elle-même, ne sauraient disposer des pouvoirs d'émettre de telles injonctions.

Sans entrer dans les détails d'une évaluation des mérites de l'octroi de tels pouvoirs, l'on peut se demander s'il ne convient pas d'exclure une telle possibilité à toute étape précédant le verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination.

Dans la mesure où on limite le problème aux pouvoirs de la commission, il peut paraître logique de conclure à l'irrecevabilité des

15. W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 4, 578-579.

recours en injonction. Par hypothèse, la commission ne s'est pas encore formé d'opinion sur la vraisemblance de discrimination. Mais ne convient-il pas plutôt d'explorer la question du point de vue du requérant qui s'est formé une opinion? La philosophie générale de la protection administrative paraît s'opposer à cette façon de voir puisqu'elle fait de la commission le filtre des demandes de protection administrative des droits fondamentaux.

Je suis enclin à penser qu'il faut écarter le recours aux mesures provisionnelles au stade de l'enquête préliminaire. La protection administrative me paraît un choix parmi des démarches ouvertes aux justiciables. Il peut normalement s'adresser aux tribunaux de droit commun s'il juge la voie administrative inappropriée à son cas. Par ailleurs, une fois choisie la voie administrative il remet en quelque sorte son sort au jugement de la commission. Il ne saurait revendiquer de celle-ci qu'elle partage aussitôt son inquiétude. La commission doit d'abord porter un jugement préliminaire, dans un délai raisonnable, sur le sérieux et la vraisemblable justesse de son point de vue. Certains pourraient suggérer qu'une distinction soit établie dans les étapes préliminaires du travail de la commission et proposer que celle-ci puisse réclamer des injonctions dès le moment où elle a jugé sérieuse une demande, et non pas seulement après avoir jugé vraisemblable l'accusation de discrimination. Une telle solution me paraît multiplier à l'excès les étapes du processus administratif. Elle alourdirait indûment le fardeau des enquêteurs. Il suffirait plutôt que la commission prenne en considération le dommage causé au requérant par certains actes du défendeur lors de ses recommandations ou de sa décision sur l'affaire, et use alors plus libéralement de ses pouvoirs relatifs aux indemnités et aux injonctions.

2.1.5 Le problème du droit d'appel comporte deux aspects. L'on peut d'une part se demander s'il convient de distinguer selon que le droit d'appel du requérant a trait à un refus d'enquêter ou à une conclusion négative. D'autre part, l'on peut se demander s'il est opportun de distinguer entre refus justifié par un constat d'incompétence et refus où le motif invoqué est que « le requérant n'a pas un intérêt suffisant, que la demande est frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi ou parce qu'une enquête n'est pas nécessaire eu égard aux circonstances »¹⁶.

Le professeur Tarnopolsky paraît cautionner une distinction entre le droit d'appel d'une conclusion négative et celui d'un refus d'enquêter. Il écrit :

16. L.Q. 1975, c. 6, a. 77.

..., if a determination is made that there is no probable cause, the complainant should be given the opportunity to appeal such determination to the commission,¹⁷

Faut-il donc nier tout recours au requérant qui voit un enquêteur refuser d'entreprendre une enquête, quels que soient les motifs d'un tel refus? Il me semble que, dans les cas où l'enquêteur n'invoque pas le défaut de compétence, il vaut mieux ne pas imposer à la commission un contrôle aussi formel que l'appel. Celle-ci peut très bien guider le travail de filtrage de ses enquêteurs au moyen de directives qui assurent l'unité de traitement des requêtes. Ses prérogatives d'employeur lui confèrent à mon avis les moyens nécessaires pour obtenir le respect de telles politiques.

Si le motif d'un refus d'enquêter réside dans l'incompétence, j'estime qu'il faut alors conférer au requérant un appel auprès de la commission. La décision portant sur l'étendue des pouvoirs de la commission revêt une beaucoup plus grande importance que celle consistant à juger de la frivolité ou du caractère vexatoire d'une requête, ou de la mauvaise fois d'un requérant.

Je me range de même à l'avis du professeur Tarnopolsky en ce qui a trait à l'appel du requérant à qui l'on refuse, après enquête au mérite, les secours de la commission. L'équilibre des droits du requérant et du défendeur exige une telle solution.

2.2 La politique québécoise

2.2.1 Il n'est pas facile de découvrir la politique du législateur québécois quant à l'exigence d'un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination comme préalable aux démarches en vue d'un règlement. L'article 81, qui assigne à la Commission des fonctions de conciliation, se lit comme suit:

La Commission doit tenter d'amener les parties à régler leur différend. Si un règlement intervient les termes doivent en être constatés dans un écrit.

Comme ce texte se contente de mentionner que les efforts de règlement visent à résoudre le « différend » des parties sans aucunement exiger que ce différend découle d'un acte jugé, ne serait-ce que de façon préliminaire, comme discriminatoire, il n'est pas permis d'en inférer le besoin d'un constat formel de vraisemblance de discrimination. Par ailleurs, il n'existe aucune disposition de la loi imposant expressément un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimina-

17. W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 4, 576.

tion avant que puissent commencer la négociation et la conciliation. De plus, l'article 79 oblige la Commission à aviser le requérant d'un refus d'enquête ou d'une conclusion négative et fait obligation de donner des motifs de telles décisions au requérant. Cette disposition expresse relative à l'issue d'une enquête manifeste encore, par son silence relatif au cas de constatation de bien-fondé d'une plainte, la liberté totale dont le législateur québécois laisse jouir la Commission. On ne peut non plus invoquer le contexte de l'article confiant la conciliation à la Commission pour conclure qu'elle ne peut entreprendre de conciliation sans constatation préliminaire de vraisemblance de discrimination. L'article 81 suit bien un ensemble de dispositions qui traitent exclusivement de l'enquête. Mais, si ce contexte implique un ordre chronologique général il ne peut autoriser à conclure à une séparation temporelle absolue de l'enquête et de la conciliation, et encore moins à l'obligation d'un verdict préliminaire avant conciliation.

S'il est impossible de déceler une obligation de constater une vraisemblance de discrimination avant de recourir à la conciliation, on peut semble-t-il conclure que la Commission pourrait adopter elle-même cette attitude. J'ai même l'impression qu'elle sera amenée à adopter une telle attitude. L'article 82 lui offre peu d'autres choix. Il l'oblige en effet à transmettre aux parties le « résultat de son enquête » si elle ne parvient pas à conduire les parties au règlement de leur différend. Il ne sera possible à la Commission d'échapper à l'opprobre de voir révéler le fait qu'elle exerçait des pressions sans être elle-même parvenue à une constatation préliminaire de vraisemblance de discrimination que si elle réussit dans son entreprise de conciliation. Le risque inhérent à un tel procédé devrait inévitablement conduire la Commission à s'assurer qu'elle a des motifs sérieux de croire à la discrimination avant d'entreprendre toute démarche visant à obtenir des concessions d'un défendeur.

Il faut donc conclure que le système québécois, tel qu'il ressort du texte de la Charte, favorise le développement d'une politique de prudence de la Commission tout en permettant à celle-ci de prendre quelques risques. Ce système me semble critiquable. N'aurait-il pas mieux valu que le législateur opte nettement pour une approche qui paraît davantage respecter l'équilibre idéal des parties et crée moins de tentations pour une Commission?

2.2.2 Nous avons vu que la loi québécoise n'exige pas de constatations préliminaires de vraisemblance de discrimination. Elle

18. L.Q. 1975, c. 6, a. 81.

est toutefois ainsi faite que la Commission paraît presque contrainte de s'imposer une telle constatation avant conciliation. Il vaut donc la peine de s'interroger sur l'espèce de fardeau de preuve que la Commission devrait s'imposer dans le contexte où elle œuvre.

Il importe en effet de constater que le contexte dans lequel la Commission québécoise travaille est fort différent de celui caractérisant habituellement les systèmes de protection administrative des droits de l'homme. La Charte québécoise ne prévoit pas l'étape de l'audition publique. Une enquête qui n'aboutit pas à une fructueuse conciliation s'achève par des recommandations¹⁹. Au cas où ces recommandations se heurtent à l'obstination d'un défendeur la loi prévoit le recours facultatif immédiat aux tribunaux par la Commission²⁰ ou par la victime²¹, et des rapports au procureur général concernant les infractions qu'elle a pu découvrir²².

Il me semble que ces différences justifient l'imposition à la Commission québécoise d'un fardeau lourd qui pourrait être celui de la prépondérance de preuve. La constatation que fait la Commission québécoise n'étant suivie d'aucune audition publique lors de laquelle des principes différents pourraient prévaloir, il convient de décider si elle doit être assimilée à la constatation préliminaire des systèmes américains ou à l'adjudication du système ontarien. Il ne me paraît pas douteux que la seconde solution s'impose. La solution contraire viderait de son sens la politique d'une protection administrative des droits fondamentaux. En effet, la conjugaison d'un seuil de preuve moins élevé et d'un recours immédiat aux tribunaux engendrerait probablement une hausse de taux d'échec de la Commission devant les tribunaux. Celle-ci rassurerait les défendeurs éventuels qui deviendraient ainsi beaucoup moins réceptifs aux pressions en vue d'un arrangement. Le résultat ultime ressemblerait fort à l'émergence d'une nouvelle protection judiciaire des droits fondamentaux. Ce qui devrait être un recours exceptionnel deviendrait procédé habituel. L'approche caractéristique de tous ces systèmes de protection, l'idéal du plus grand nombre possible de règlements, serait perdu. Je crois donc que la structure générale de la loi québécoise impose ici une solution contraire à celle dont j'ai vanté les mérites plus haut, et qui ne saurait se justifier que dans le cadre d'un processus comportant l'audition publique intra-administrative.

19. L.Q. 1975, c. 6, a. 82.

20. *Id.*, a. 83.

21. *Id.*, a. 84.

22. *Id.*, a. 85.

2.2.3 Pour les raisons mentionnées dans le paragraphe précédent on doit conclure que la Commission québécoise doit être dotée de pouvoirs d'enquête importants. Le législateur québécois a fait montre de générosité. Non content de confier à la Commission et à ceux, non membres de son personnel, à qui elle confie des enquêtes, les « pouvoirs des commissaires nommés en vertu de la Loi des commissions d'enquête »²³, il a conféré les mêmes pouvoirs au personnel de la Commission.

Cette disposition soulève deux difficultés principales. Convient-il de confier à chaque membre du personnel de la Commission les mêmes pouvoirs qu'à la Commission? Est-il opportun d'investir la Commission elle-même de tous les pouvoirs confiés aux commissaires agissant en vertu de la *Loi des commissions d'enquête*?

D'une façon générale je crois opportun d'autoriser la Commission à assigner à témoigner ou à produire des documents ou autres éléments de preuve, mais de tels pouvoirs ne devraient pas être conférés à son personnel. Je ne vois pas de raison de procéder autrement dans le cas de la loi québécoise. J'avoue cependant penser que l'article 80 de cette loi risque de ne pas être aussi efficace qu'il le semble. L'examen des dispositions relatives à l'enquête révèle que ces dernières confient clairement celle-ci à la seule Commission. L'article 58 nous apprend qu'elle est composée d'au moins sept membres. Il semble donc peu probable que les pouvoirs dont il s'agit ici soient exercés par d'autres que la Commission. Peut-être l'article 80 n'a-t-il mentionné le personnel de la Commission que pour faire bénéficier celui-ci des immunités des commissaires agissant en vertu de la *Loi des commissions d'enquête*?

D'autre part la *Loi des commissions d'enquête*²⁴ confère, à ses articles 10, 11 et 12, le pouvoir de punir pour défaut de se présenter, de témoigner, ou de déposer les documents ou pièces exigées. Une extension de la portée de telles dispositions au personnel de la Commission paraît déraisonnable. Les tribunaux concluraient sans doute vite à l'excès de juridiction si un membre du personnel de la Commission s'avisait d'en user. Les considérations qui précèdent, ou d'autres, justifieraient sûrement un tel traitement. Mais la solution souhaitable ici ne me paraît pas même résider dans l'attribution de telles prérogatives à la Commission. On peut regretter que le législateur québécois n'ait pas jugé opportun de nuancer l'attribution du pouvoir à laquelle il a simplement eu recours à l'article 80 de la

23. *Id.*, a. 80.

24. S.R.Q. 1964, c. 11.

Charte. Je crois qu'il vaudrait beaucoup mieux simplement autoriser la Commission à s'adresser à la Cour supérieure au cas où ses ordres se heurtent au refus obstiné. Celle-ci demeure la mieux habilitée à prononcer les sanctions très graves auxquelles sont soumis ces mépris des organismes d'enquête.

2.2.4 Le droit québécois ne paraît pas permettre à la Commission le recours aux mesures provisionnelles. L'article 83 de la Charte confère à celle-ci le pouvoir de s'adresser aux tribunaux pour en obtenir des injonctions ou indemnités « lorsque la recommandation prévue par l'article 82 n'a pas été, à la satisfaction de la Commission, suivie dans le délai fixé ». Par ailleurs, l'économie générale des droits relatifs à l'injonction au Québec veut que ce recours soit relié à une action. On peut donc penser que la Commission ne saurait demander d'injonction avant l'échec de ses efforts en vue d'un arrangement.

Cette situation est malheureuse. La Commission est trop longtemps désarmée. Les intérêts qu'elle a la responsabilité de défendre peuvent être sérieusement affectés par des actes des défendeurs posés à compter de la plainte et avant l'échec de la conciliation. Une solution plus heureuse consisterait à reconnaître un droit de recours à l'injonction pour la Commission à compter du verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination.

La victime, même dans le cas où elle s'adresse à la Commission pour une enquête, semble plus avantagée. L'article 49 de la loi confère le droit d'obtenir la cessation de toute « atteinte illicite » à un droit ou à une liberté reconnue par la Charte et d'en obtenir réparation. La loi n'oblige pas, par ailleurs, une victime à choisir entre le recours judiciaire ou une plainte à la Commission lorsqu'elle entend faire respecter son droit à l'égalité. Il semble donc qu'elle puisse être à la fois requérante à la Commission et demanderesse devant les tribunaux de droit commun. Si tel est son choix elle pourra elle-même chercher à obtenir de la Cour la protection de ses droits éventuels au moyen d'une injonction. J'hésite à trouver valable cette permission de cumul. Il me semble préférable de contraindre la victime à choisir, tout en imposant à la Commission un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination. À la suite d'un tel verdict on pourrait peut-être reconnaître à la victime le pouvoir d'intenter un recours en injonction.

2.2.5 Le législateur québécois, ayant confié à la Commission elle-même le pouvoir de refuser d'enquêter et la compétence exclusive de conclure au rejet d'une requête, n'avait pas à prévoir de droit d'appel d'un enquêteur à la Commission quant à l'une ou l'autre de ces décisions. Aussi s'est-il contenté d'édicter ce qui suit à l'article 79 de la Charte :

La commission, lorsqu'elle refuse de faire ou de poursuivre une enquête ou lorsque, après enquête elle constate que la plainte n'est pas fondée, doit en aviser le requérant et lui en donner les motifs.

Elle peut aussi lui indiquer les autres recours qui pourraient être exercés, s'il en est.

Le principal reproche qu'on puisse adresser à la solution québécoise telle qu'elle se manifeste dans la loi est de n'avoir pas confié expressément une responsabilité de filtrage à son personnel. Le fardeau ainsi imposé à la Commission risque de se révéler rapidement excessif.

On peut aussi penser qu'il y aurait eu avantage à confier un pouvoir d'enquête au personnel de la Commission, lequel aurait mené éventuellement à des auditions publiques de la Commission elle-même, après un effort de conciliation. Mais il semble bien que le législateur québécois ait voulu donner un pouvoir global très important à la Commission sans chercher à prévoir des étapes dont la responsabilité relève de certains membres de son personnel. Dans ces circonstances il s'est obligé à confier un rôle déterminant à la Commission par opposition à son personnel. Cela règle sans doute le problème de l'appel à la Commission, mais risque de provoquer une augmentation disproportionnée du rôle de celle-ci.

III

La conciliation

3.1 Les enjeux

La phase de la conciliation soulève trois problèmes principaux. Doit-on confier les fonctions d'enquête et de conciliation à des personnes différentes. Quel peut être l'objet de la conciliation? Quels droits convient-il de reconnaître au requérant refusant un arrangement que la commission et le défendeur acceptent?

3.1.1 L'opportunité d'une séparation personnelle des fonctions d'enquête et de conciliation a été beaucoup discutée au Canada²⁵. Le système ontarien ne prévoit pas cette séparation qui caractérise généralement les systèmes américains. La critique a donc obligé à justifier l'approche ontarienne. J'ai traité plus haut²⁶ de la nécessité de

25. Voir à ce propos Ian A. HUNTER, « The development of the Ontario Human Rights Code: A decade in retrospect », (1972) 22 *U. of T.L.J.* 243-244, et W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 4, 575 à 577.

26. Voir *supra*, par. 1.2.2.

ne pas mêler les activités d'enquête et de conciliation et des problèmes du verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination. J'ai alors clairement manifesté mes préférences pour une séparation des fonctions. Il s'agit ici de déterminer plutôt si cette séparation fonctionnelle doit entraîner une séparation personnelle ou si elle serait mieux servie par une telle séparation.

Le professeur Tarnopolsky conclut affirmativement en invoquant surtout le souci de protéger l'efficacité de la commission comme le révèle l'extrait suivant :

From the point of view of the effectiveness of the Commission's work, it is important that the functions of investigation and settlement be separated. The process of investigation will almost inevitably arouse a certain amount of hostility on the part of the respondent towards the investigator. It is unlikely that he would be as prepared to discuss possible terms of settlement with an investigator as he might be with someone else, even though that someone else is from the same government agency. Besides, the skills required in order to be a successful investigator are different from those required for effective negotiation. Not many individuals can adequately exercise both skills. Above all, even if these assertions are incorrect, it is unlikely that a respondent would speak as freely, or negotiate as co-operatively, if he knows that the gist of what he says or writes, or even the whole of what he has said or written, would be submitted as evidence at a subsequent Board of Inquiry²⁷.

Ian A. Hunter estime que le docteur Hill, directeur de la Commission ontarienne des droits de l'homme s'oppose à cette séparation personnelle. Je ne suis pas convaincu que les vues de ce dernier soient aussi nettement tranchées. Elles ont été formulées comme suit en rapport avec la possibilité de constitution d'un Board of Inquiry :

This step is the most significant departure from the practice of the majority of human rights commissions in the United States. There, the investigative and adjudicative functions are combined in one agency, with an internal separation of responsibility. This formal separation, it is submitted, sacrifices considerable fluidity of action necessary for effectual compromise and settlement. The investigators are relegated to the function of evidence gatherers and, not unnaturally, encounter considerable opposition and hostility.

Unfettered by this formal separation and constantly aware of the rights of the respondent and complainant, the investigator under the Ontario programme is empowered to obtain an « on-the-spot » settlement of the matter in issue. This is especially useful if, during the process of investigation, both parties seem co-operative and desirous of an agreement²⁸.

27. W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 4, 577.

28. Daniel G. HILL, « The role of a Human Rights Commission. The Ontario Experience », (1969) 19 U. of T.L.J. 392-393.

Il me semble que cette opinion constitue plutôt une critique de la division rigoureuse entre les fonctions d'enquête et d'adjudication qu'une condamnation explicite de la formule attribuant à des personnes distinctes les tâches d'enquête et de conciliation. L'auteur souligne simplement que l'enquêteur ontarien est mieux placé pour jouer le rôle de conciliateur que l'enquêteur américain d'abord soucieux de préparer une cause pour l'étape d'adjudication. Je suis d'accord avec cette prétention. Il est vraisemblable que celui qui doit préparer un dossier pour présentation à un tribunal administratif soit un enquêteur plus rigoureux que celui qui sait que l'enquête sera continuée par un enquêteur mieux armé s'il ne parvient pas lui-même à obtenir un arrangement des parties. À mon avis, l'auteur ne se préoccupe donc pas tant de plaider contre l'assignation de fonctions d'enquête et de conciliation à des personnes distinctes que contre l'attribution d'une compétence d'enquête trop lourde à une personne qui sera aussi appelée à jouer un rôle de conciliateur. Finalement on peut très bien conclure que ce texte du docteur Hill constitue un plaidoyer valable pour la séparation des tâches d'enquête et de conciliation puisque ces dernières seront plus faciles si exercées par des personnes non impliquées dans l'enquête elle-même. Ce serait sûrement la solution indiquée dans l'hypothèse où l'enquêteur a à préparer une poursuite formelle devant une instance administrative à fonction strictement adjudicative.

Je crois donc utile de distinguer deux hypothèses quant au besoin d'une séparation personnelle des tâches d'enquête et de conciliation. Là où le travail d'enquête revêt une importance prépondérante, ce qui est évidemment le cas si on a confié à une section de la commission le pouvoir d'adjuger sur les demandes que ses enquêteurs achemineraient, il me paraît évident que la séparation personnelle des tâches de conciliation et d'enquête s'impose. Si, au contraire, la première enquête devient moins importante parce qu'elle doit être suivie d'une autre enquête plus formelle, ce qui est le cas ontarien, il semble alors moins dommageable de confier aussi la conciliation à l'enquêteur. Dans un tel cas en effet la première de ses responsabilités est la conciliation. Il enquête pour fins de conciliation d'abord. Il risque beaucoup moins alors de provoquer l'hostilité de celui qui doit déjà cueillir la meilleure preuve possible en vue d'une poursuite intra-administrative ou judiciaire.

J'ajouterais qu'il semble dangereux d'insister trop sur la conciliation. Une telle approche engendre une enquête moins rigoureuse, laquelle risque de laisser glisser des preuves qui seraient essentielles lors des étapes ultérieures au cas où la conciliation échoue. Chacun sait comme une enquête retardée peut souffrir de cette façon. En

raison de cet aspect non négligeable de la question je favorise plutôt une enquête sérieuse dès le début, et j'estime très préférable l'attribution de la conciliation à des personnes qui n'auront pas participé à ce type d'enquête.

3.1.2 Toute la philosophie d'un système de protection des droits de l'homme est engagée dans la manière dont on y résout le problème du type d'arrangement auquel la conciliation peut donner lieu. Ainsi un système axé résolument sur l'indemnisation de la victime ne tolérera aucune concession de droits et visera à obtenir les dommages-intérêts les plus réalistes possibles. Si l'objectif est la punition des discriminateurs on ouvrira la porte des dommages pénéaux et exemplaires. Une philosophie éducative aboutira au contraire à une plus grande tolérance dans les concessions de droits de la victime et le souci d'une réparation adéquate ou dissuasive aura un moins gros rôle. D'une certaine manière on soulève donc la question de l'orientation générale de tout le système quand on cherche à préciser l'objet de la conciliation, étape essentielle des systèmes administratifs de protection des droits fondamentaux.

On peut saisir peut-être plus exactement la difficulté en se demandant si la victime qui choisit de recourir à la commission renonce en quelque sorte à réclamer le respect intégral de ses droits pour une démarche principalement ordonnée à l'éducation ou à la conversion d'un individu au respect de certains droits fondamentaux, démarche dont les fins seront atteintes si un comportement discriminatoire est abandonné à l'avenir, même si le dédommagement concret de la victime laisse à désirer et même si l'absence de peine sérieuse prive la mise en œuvre d'une telle politique de l'effet de dissuasion que comportent souvent les mesures strictement pénéales.

On pourrait à cette fin insister sur les voies autres dont le justiciable peut tirer parti. N'est-il pas vrai qu'il pourrait tenter un recours en dommage ou porter une plainte de nature pénale s'il cherchait un dédommagement ou une punition? Ne peut-on prétendre que, le choix du processus administratif ne lui étant pas imposé, il est légitime d'en inférer une disponibilité à des solutions qui paraîtraient insatisfaisantes dans d'autres perspectives? Ne peut-on considérer que le défendeur qui consent à un règlement évite à la commission et à la victime un procès, et qu'il y a lieu de tenir un certain compte de cet avantage. D'autre part, si les termes de l'arrangement comportent un engagement ferme à respecter les principes de la Charte et à se soumettre à cette fin à des inspections particulières, toutes choses auxquelles ne donnerait pas lieu la sanction civile ou pénale, et ces choses étant obtenues souvent sans qu'une preuve même par prépon-

dérance ait été faite, n'est-il pas normal que la réparation stricte du dommage subi par le requérant soit remplacée par une réparation mitigée?

L'ensemble de ces considérations me paraît autoriser une approche nuancée du problème de l'ampleur de la conciliation. À mes yeux la négociation des droits de la victime ne saurait être envisagée que si certaines conditions sont respectées. D'une part, faudrait-il que la protection administrative des droits fondamentaux apparaisse comme l'une des possibilités de défense de ces droits. D'autre part, il me semble que la tolérance devrait être d'autant plus grande qu'on est moins exigeant quant au degré de conviction auquel doit arriver l'organisme protecteur avant de s'engager dans la conciliation. Enfin, la latitude des négociateurs en ce qui a trait aux droits d'un requérant me paraît dépendre directement de la latitude correspondante dont pourra bénéficier la commission dans l'établissement des normes du comportement futur du défendeur et le choix des moyens de contrôle du respect de ces normes. On ne saurait non plus ignorer l'incidence de la liberté dont dispose la victime, à l'issue de la conciliation, de s'opposer aux résultats et de poursuivre la défense de ses droits selon d'autres modalités. Plus cette liberté est sauvegardée ultimement plus la commission peut se sentir libre dans sa négociation d'un arrangement.

3.1.3 Un des aspects cruciaux de toute protection administrative de droits fondamentaux concerne la situation de la victime à l'issue de la négociation en vue d'un arrangement. La question se pose alors en effet de savoir si, au cas où elle est insatisfaite des termes d'un projet d'entente auquel la commission et le défendeur donnent leur accord, la victime peut retrouver une certaine initiative. Doit-elle s'abandonner totalement au choix de la commission?

Si l'on opte pour un système exclusivement soucieux de rééducation on aura tendance à réduire la conciliation à un débat entre la commission et le défendeur. Un accord entre ces deux parties apparaîtra alors volontiers satisfaisant. On sera alors conduit à faciliter la pression sur la victime. Considérant qu'un accord est conclu de la seule volonté de la commission et du défendeur on pourra même priver la victime de tout moyen de pression en subordonnant tout recours éventuel de sa part à une recommandation de la commission.

Opter pour une philosophie également axée sur la réparation du préjudice et le changement des habitudes justifierait au contraire d'exiger de la commission qu'elle remette à la victime la direction de ses affaires si celle-ci refuse l'arrangement auquel on est parvenu sans elle.

Pour notre part nous estimons que tout système de protection administrative de droits fondamentaux comporte à la fois un objectif de réparation du préjudice et une finalité d'éducation des défendeurs et du grand public. Il nous paraît en conséquence essentiel que soit sauvegardé le droit du requérant de poursuivre, dans le cadre administratif ou dans le cadre judiciaire, la réparation du préjudice qu'il a subi dans l'hypothèse où la commission diffère d'idée avec lui quant aux termes de l'entente à intervenir avec le défendeur. Priver la victime de l'appui de la commission me paraît une sanction bien suffisante de l'oubli des fins proprement éducatives de la loi auxquelles il est peut-être amené par un souci excessif de réparation du préjudice qu'il a personnellement subi.

3.2 La politique québécoise

3.2.1 On cherche en vain dans le texte de la Charte québécoise l'indication des préférences du législateur québécois quant à l'opportunité de confier à des personnes distinctes les tâches d'enquête et de conciliation prévues par la loi. Il faut plutôt se demander si l'économie générale du système exige une telle séparation personnelle.

J'ai indiqué déjà que la séparation personnelle m'apparaissait surtout requise là où l'enquête initiale de la commission est ordonnée de façon très immédiate à l'acquisition d'une preuve présentable devant un organisme judiciaire ou quasi-judiciaire, situation prévalant dans plusieurs États américains²⁹. Il me paraît illusoire de vouloir confier à l'enquêteur astreint à l'exigence de ce type d'enquête des responsabilités de conciliation. Celles-ci ne sauraient être assumées que par quelqu'un dont les tâches d'investigation ne constituent pas un tel impératif.

L'étude de la Charte québécoise révèle que la solution retenue ici s'apparente beaucoup plus à la solution américaine qu'à celle choisie par l'Ontario. La caractéristique déterminante du besoin d'une séparation personnelle de l'enquête et de la conciliation est en effet commune au système québécois et américain puisqu'ils prévoient tous deux une phase adjudicative à la suite de l'enquête. La différence entre la voie américaine et québécoise sur ce point réside dans le fait que l'adjudication est judiciaire au Québec et souvent administrative aux États-Unis, ce qui me paraît justifier davantage mon point de vue.

Mon opinion sur l'inspiration partiellement américaine du système québécois s'appuie sur la situation révélée par le texte des articles

29. Voir *supra*, par. 3.1.1.

82 et 83 de la Charte. Ceux-ci prévoient que la Commission, une fois son enquête faite et une fois confirmé l'échec de la conciliation, se trouve immédiatement en devoir de choisir le recours judiciaire ou la cessation de ses démarches. Il me paraît inévitable que l'enquête qui doit précéder une telle décision ne soit rien d'autre qu'une enquête à visée nettement judiciaire, et dont les exigences laisseront bien peu de place aux efforts de conciliation, en raison de l'hostilité qu'elle provoquera sans doute. Dans ces conditions j'estime qu'il devient essentiel de confier les efforts de conciliation à d'autres qu'aux enquêteurs. Une autre approche risquerait fort de réduire à néant les idéaux de conciliation desquels la Charte a pu paraître s'inspirer.

3.2.2 Il paraît impossible de déterminer quel degré de liberté la Commission québécoise devrait avoir pour favoriser les ententes en s'inspirant de la Charte. L'utilisation des critères mentionnés plus haut conduit toutefois à la conclusion qu'une politique active de conciliation n'est pas rendu irréalisable par la Charte. Il est sûr que le requérant n'est pas tenu de défendre son droit à la non discrimination par le seul moyen d'une plainte à la Commission. Les recours civils et pénaux lui sont offerts. De ce point de vue il est donc permis de justifier un moindre souci des droits individuels du requérant, si la philosophie de la loi est vraiment celle de la conciliation.

Par ailleurs j'ai fait voir pourquoi les enquêteurs seraient vraisemblablement conduits, sous la loi québécoise, à adopter un critère exigeant quant au degré de convictions requises avant conciliation. Ce facteur accroîtra normalement leur assurance et, considéré isolément, pourrait les inciter à être beaucoup plus intraitables dans l'échange. Je crois cependant qu'une telle attitude ne s'impose pas. Si les conciliateurs désirent obtenir des défendeurs l'acceptation d'arrangement comportant des engagements spécifiques plus lourds ils devront quand même renoncer à une excessive rigueur quant aux droits à l'indemnisation intégrale du préjudice personnel du plaignant. Il faut donc reconnaître que l'un des éléments les plus importants dans le choix d'une politique de conciliation réside dans la nature des engagements que la commission cherche à arracher aux défendeurs. L'alternative principale à ce sujet oppose des visées réparatrices à une conception davantage axée sur la modification durable des comportements. Si le but de la commission est d'obtenir un dédommagement intégral de la victime, elle ne se posera même pas la question d'un échange des droits du plaignant. Au contraire, si la commission vise à obtenir du défendeur un engagement dans des pratiques activement intégrationnistes, elle pourra trouver commode de concéder quelque peu du côté de l'indemnisation intégrale. Il faut alors se demander si un tel comportement est justifiable. J'ai tendance à croire que oui dans

la mesure où la protection administrative n'est pas la seule voie ouverte à une victime de discrimination. J'estime que la protection administrative des droits fondamentaux doit être l'occasion d'une intervention affirmative des pouvoirs publics au service d'une politique d'équilibre ou d'intégration. Il me semble que cet objectif peut d'autant mieux être atteint dans un contexte de négociation sauvegardant une certaine liberté des parties. Dans cette perspective la fonction de la commission m'apparaît devoir viser principalement à l'incitation mesurée à des comportements intégrationnistes. Le sens de la démarche administrative d'une victime de discrimination s'apparente alors à une demande de contrôle de l'activité future de certains discriminateurs davantage qu'à une demande de réparation ou de punition. Dans une telle perspective une politique de moindre rigueur quant à l'indemnisation ne revêt pas le caractère répréhensible qu'elle peut présenter à première vue. Je crois toutefois que l'évaluation de la situation québécoise sur ce point exige l'examen du statut de la victime à la fin de la conciliation.

3.2.3 Le statut de la victime à la fin de la conciliation est déterminant. Si celle-ci peut s'adresser aux tribunaux après avoir refusé un projet d'entente en raison de l'insuffisance de la réparation qu'elle pouvait comporter, la latitude plus grande dans la négociation paraît évidemment beaucoup plus légitime. La Charte québécoise ne paraît pas conférer toute liberté à la victime à cette étape du processus. Deux obstacles découlent en effet de ses articles 83 et 84. D'une part, il semble que la victime ne puisse s'adresser aux tribunaux que si le défendeur ne s'est pas soumis aux recommandations qu'a pu formuler la Commission à la suite de la conciliation. Le risque est donc grand que la victime voit fondre son droit de poursuite par l'acceptation que le défendeur ferait des recommandations de la Commission. D'autre part, au cas de refus du défendeur, le seul recours en indemnisation dont jouisse la victime est limité, outre l'injonction, à la demande de l'indemnité dont la Commission avait recommandé le paiement. Ces effets résultent du texte de l'article 84 de la Charte qui limite la victime aux « recours prévus par l'article 83 ». Cet article 83 confère le recours à la Commission « lorsque la recommandation prévue par l'article 82 n'a pas été, à la satisfaction de la Commission, suivi dans le délai fixé ». Or cette recommandation ne concerne que le défendeur comme le révèle le texte des articles 82 et 83. Ce même article 83 limite par ailleurs la demande de réparation de la Commission à « l'indemnité dont elle avait recommandé le paiement ». La victime voit donc son recours judiciaire subordonné à l'insatisfaction du défendeur sans que la sienne ne joue quelque rôle que ce soit. Elle voit ainsi sa réclamation

censurée par la Commission dont l'évaluation devient la mesure de son éventuel recours.

Je ne crois pas que les restrictions auxquelles est soumise la liberté de la victime sous la Charte québécoise constituent un obstacle à une approche libérale de la conciliation. La loi permet à la Commission de faire varier le montant de l'indemnité suggérée dans le projet d'entente mentionné à l'article 81, et celui d'une indemnité réclamée par la Commission, après échec, en vertu de l'article 82. Il est donc possible de sauvegarder la liberté de recours en indemnisation intégrale tout en usant d'un pouvoir de marchandage qui mène à une moindre exigence quant à l'indemnité. Il suffira à la Commission de fixer l'indemnité qu'elle recommande à un montant plus élevé que celui qu'elle aura proposé à l'étape de la conciliation. Un tel procédé se justifie par la différence des philosophies qui l'inspirent à l'une et l'autre étape. Il sera donc possible, à certaines conditions, que la Commission québécoise poursuive une active politique de conciliation sans se faire reprocher de trahir les droits des victimes. Il n'est toutefois pas permis de prétendre que la Charte québécoise indique fermement une direction à ce sujet.

IV

L'audition publique

4.1 Les enjeux

Les systèmes de protection administrative des droits fondamentaux comportent habituellement une étape expressément réservée à l'audition publique des parties. Elle suit normalement l'échec de la conciliation et constitue à n'en pas douter un élément clé de tout système de ce type. Une étude exhaustive de celui-ci exigerait un examen fouillé des aspects institutionnels et procéduraux en cause, de même que des questions relatives à la nature de la preuve exigée lors d'une telle audition. Je n'ai pas la prétention de traiter de tous ces aspects comme ils le mériteraient. Il me semble cependant possible de révéler la nature et la portée des choix politiques majeurs en m'arrêtant à quatre questions: la décision de passer à l'audition publique, la nature de l'organisme à qui l'on confie celle-ci, les pouvoirs qui lui sont conférés, et les contrôles auxquels il est soumis.

4.1.1 *L'accès à l'audition*

Le législateur peut aborder le problème de l'accès à l'audition de deux façons. Ou bien il édicte une norme impérative selon laquelle l'audition suit nécessairement l'échec de la conciliation en imposant à la Commission de poursuivre sa démarche à ce niveau dans tous les cas d'échec. Ou bien il se contente de conférer à qui il veut le soin d'exiger une audition publique dans les circonstances qu'il détermine plus ou moins précisément. La seconde voie débouche évidemment sur la question des conditions ou modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré. Je m'arrête d'abord à l'alternative initiale. J'étudierai ensuite les questions posées par l'attribution du pouvoir décisionnel au cas où le législateur ne l'exerce pas lui-même.

Le choix entre l'obligation de passer au stade de l'audition et l'attribution de ce pouvoir à la Commission ou à la victime est difficile. On peut raisonnablement prévoir que l'imposition de l'audition dans tous les cas où les recommandations de la Commission ne sont pas suivies influera considérablement sur le pouvoir de recommandation de celle-ci. Elle sera vraisemblablement amenée à formuler beaucoup moins de recommandation à l'adresse des prétendus auteurs de discrimination afin d'éviter la perte de crédibilité que provoqueraient de trop nombreux succès de sa part au stade de l'audition publique. Par ailleurs, certains soutiendront qu'une Commission laissée libre de décider ou non de pousser son action jusqu'à l'audition publique pourra verser dans le chantage beaucoup plus impunément, assurée qu'elle est d'échapper au devoir d'établir fermement sa décision devant une instance supérieure. Ce danger se révèle d'autant plus réel que, dans la plupart des systèmes, la Commission est autorisée à s'engager dans la conciliation et à formuler des recommandations sur la base d'un verdict préliminaire de vraisemblance de discrimination fondé sur une preuve ne satisfaisant pas aux exigences de la prépondérance de preuve.

J'estime de beaucoup préférable de laisser à la Commission la liberté peut-être non exclusive toutefois, de passer ou non à l'audition au cas où l'on refuse de respecter ses recommandations. L'argument selon lequel cette liberté favorise le chantage ne me convainc guère. Une Commission responsable ne saurait en effet formuler d'excessives recommandations longtemps. Elle perdrait vite sa crédibilité en refusant de porter sa cause au stade de l'audition publique au cas de refus d'appliquer ses recommandations. Inévitablement, elle devra donc modérer sa propension à abuser d'un prétendu délinquant. On peut aussi craindre qu'une attitude par trop fanfaronne à l'étape de la conciliation n'incite trop la victime à poursuivre sa démarche jusqu'à

l'audition publique au cas où les recommandations ne sont pas suivies et où la victime a la liberté de décider elle-même de poursuivre jusqu'à l'audition. Dans une telle situation, où la Commission ne contrôle pas exclusivement l'accès à l'audition, le risque de donner à la victime un excès de confiance s'ajoute au danger plus lointain que je viens de signaler pour inciter la Commission à la prudence. À ces considérations, il convient d'ajouter que la philosophie des systèmes de protection administrative étant celle de la conciliation, il importe de ne point miner celle-ci par une contrainte trop pressante dont l'effet prévisible serait d'engendrer chez la Commission une excessive prudence.

Si l'on n'impose pas l'audition publique alors faut-il décider qui pourra l'exiger, dans quelles circonstances, et selon quelles modalités. Le principal problème concernant l'identité de celui qui peut demander l'audition publique est de déterminer si cette décision peut être réservée à la Commission seule ou à la victime seule ou à l'une ou l'autre, ou à l'une et l'autre en collaboration. J'estime que la dernière solution est excessivement exigeante. À condition que l'objet du recours de la Commission et de la victime soit le même, il paraît en effet inutilement compliqué d'exiger l'accord de ces deux parties. Leur intérêt dans une audition repose souvent sur des conceptions différentes, la Commission ayant des visées plus larges et la victime poursuivant d'abord une indemnisation. Chacune de ces fins suffit à justifier un recours à l'audition. Je ne vois pas par ailleurs la nécessité de réserver le monopole décisionnel à la Commission alors que celle-ci a déjà le contrôle de la recommandation dont je précise ci-après qu'elle doit être la mesure du recours dont l'audition publique décidera. Il paraît enfin évident que la maîtrise totale de cette décision par la victime trahirait l'idéal de ces systèmes lequel déborde celui d'une simple indemnisation au point même de justifier parfois l'atténuation des demandes de dédommagement au profit de gains plus généraux quant au comportement futur des auteurs d'actes discriminatoires. Si la Commission et la victime doivent pouvoir décider du recours à l'audition, on peut se demander si elles doivent se trouver sur un strict pied d'égalité ou s'il convient de privilégier l'une ou l'autre de ces parties à cet égard. La question prend concrètement la forme suivante. En supposant que la Commission décide d'exiger l'audition publique, la victime sera-t-elle autorisée à s'engager comme partie lors de cette audition ou convient-il plutôt de subordonner une telle participation de sa part au seul cas où la Commission n'exerce pas son droit prioritaire d'exiger l'audition? Je crois préférable de permettre la participation de la victime à part entière lors de l'audition. Il me paraît essentiel de sauvegarder clairement son intérêt dans le débat à

ce stade. En effet, j'estime que le souci d'obtenir indemnisation redevient peut-être à ce moment plus important, alors qu'à l'étape de la conciliation, les objectifs plus généraux de la Commission pouvaient être tout aussi décisifs. Priver la victime de son statut de partie à ce moment risquerait d'ailleurs de la dépouiller de l'intérêt juridique nécessaire pour contester la décision de l'organisme en recourant à l'appel ou au pouvoir de surveillance et de réforme des tribunaux de droit commun ultérieurement.

Convient-il de limiter la demande soumise à l'audition publique aux termes des exigences formellement communiquées par la Commission au délinquant? Faut-il plutôt permettre tant à la Commission qu'à la victime de modifier ces exigences au stade de l'audition publique? Pourquoi? Sans doute est-il opportun ici de distinguer selon les caractéristiques des systèmes en ce qui a trait au recours de la victime. Si cette dernière n'était pas autorisée à prendre d'autres recours à fins réparatrices, peut-être conviendrait-il de lui permettre, à ce stade, d'adresser des demandes différentes de celles formulées par la Commission dans ses recommandations. Si la voie administrative n'était pas la seule, les recommandations de la Commission devraient alors constituer les limites de sa requête. Il me semble par ailleurs opportun de limiter la Commission à une réclamation calquée sur les termes de la recommandation adressée à la personne accusée de discrimination.

4.1.2 Le choix de l'organisme d'audition

L'alternative ouverte au législateur à ce sujet est de confier l'audition à la Commission elle-même ou de prévoir le recours à des commissaires *ad hoc*. Les Américains ont généralement choisi la première voie³⁰. Les législatures canadiennes ont plutôt opté pour la seconde³¹. Le législateur québécois semble avoir réservé cette étape du processus aux tribunaux de droit commun³². Les critiques de l'approche américaine se plaisent à signaler l'attribution répréhensible des tâches de poursuite et de jugement au même organisme³³. La solution américaine favorise l'unité d'approche plus que le recours à des commissaires *ad hoc*.

30. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, *loc. cit. supra*, note 3, 551.

31. W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 4, 579.

32. L.Q. 1975, c. 6, a. 83.

33. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, *loc. cit. supra*, note 3, 569.

Je considère la solution canadienne préférable, dans l'hypothèse où existe un contrôle par voie d'appel des décisions. Dans ce cas le danger d'une jurisprudence incohérente est diminué et les exigences de l'indépendance de l'organisme d'audition sont satisfaites.

4.1.3 *Les pouvoirs de l'organisme d'audition*

La définition des pouvoirs de l'organisme d'audition pose trois principaux types de problèmes. Celui de la relation de ce recours administratif avec les recours judiciaires traditionnels. Celui de la nature décisionnelle ou non des conclusions de l'audition. Celui de la nature même des sanctions susceptibles d'être imposées à l'issue de l'audition.

Faut-il obliger les victimes de discrimination à acheminer leurs plaintes par la voie administrative en interdisant toute poursuite judiciaire ou en subordonnant celle-ci à l'échec du recours à la voie administrative? L'une et l'autre formules me semblent à rejeter. La première, parce qu'elle aboutit à l'exclusion totale du pouvoir judiciaire dans un secteur où l'aspect juridique garde trop d'importance pour justifier un transfert aussi radical au domaine administratif. La seconde, parce qu'elle risque de priver la victime d'un dédommagement intégral. En lui imposant la voie administrative initialement et en ne lui donnant accès aux tribunaux que dans l'hypothèse où elle est insatisfaite de la décision de l'organisme d'audition, on risque fort de perdre un temps précieux. Cet organisme cherchera vraisemblablement à mettre en œuvre la philosophie non exclusivement réparatrice prévalant dans la voie administrative. Ses conclusions s'éloigneront souvent de celles d'un tribunal exclusivement voué à la réparation. Ou bien la victime poursuivra ensuite sa démarche au plan judiciaire, ou bien elle se résignera. L'une et l'autre solution paraissent également répréhensibles.

Je favorise plutôt un système permettant à la victime d'opter définitivement pour la voie administrative. Michael A. Bamberger et Nathan Lewin résument ainsi les arguments favorisant une telle solution :

... Such a requirement is supported by the fact that the pendency of a suit during conciliation may exert considerable pressure on the respondent and make it difficult for him to agree in good faith. Moreover, if the commission is unable to assure the respondent that conciliation will bar later court action, its persuasiveness may be substantially undermined ; indeed, the respondent may fear that any concession on his part may seem to indicate weakness and thus encourage the complainant to sue...³⁴

34. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, *loc. cit. supra*, note 3, 573.

Cette formule permet à la victime un choix initial libre et semble véritablement respectueuse de son droit de décider elle-même d'inscrire sa réclamation dans le cadre d'une politique dont les visées réparatrices doivent être conciliées avec d'autres soucis, ou de chercher une indemnisation personnelle la plus adéquate possible.

L'audition doit-elle conduire à une véritable décision rejetant ou acceptant en tout ou en partie la demande de la Commission ou simplement déboucher sur une recommandation à l'adresse d'une autre autorité comme la Commission ou un ministre? Un contrôle ultérieur peut paraître opportun surtout au cas où il n'existe qu'un recours au pouvoir de surveillance et de réforme des tribunaux de droit commun et où le risque d'une certaine variation dans la solution des litiges existe. J'estime cependant que l'allongement du processus décisionnel contredit l'idéal d'une étude relativement rapide des cas de discrimination. Aussi vaut-il mieux éviter d'être entraîné à ces extrêmes en instaurant un contrôle judiciaire plus complet que celui auquel donne lieu l'exercice du pouvoir de surveillance et de réforme. Si l'on prend soin d'assurer un contrôle de ce genre, il paraît alors beaucoup moins inquiétant de reconnaître un pouvoir décisionnel à l'organisme d'audition. L'attribution d'un pouvoir de ce type paraît essentiel pour donner à la voie administrative une véritable autorité. Elle me semble aussi de nature à favoriser l'émergence d'un sens élevé de leurs responsabilités chez les membres de l'organisme d'audition.

Finalement, le contenu de la décision de l'organisme d'audition pose le problème de la philosophie du système. Il faut en effet décider jusqu'où peut aller l'organisme dans sa décision. Doit-il s'en tenir à vérifier s'il y a eu discrimination et à déterminer l'indemnité à laquelle la victime a droit? Peut-il s'aventurer dans ce que les Américains appellent l'« affirmative action » et exiger du coupable des modifications de comportement futur et des redditions de comptes périodiques témoignant de son comportement non discriminatoire? Poussant ses exigences au-delà de l'indemnisation et du contrôle actif du comportement discriminatoire, peut-il inciter ou obliger à une politique d'équilibre dans l'engagement du personnel, par exemple par le recours à la discrimination correctrice ou inversée (« reverse discrimination ») visant à faciliter l'accès de minorités à certains secteurs? Cette question déborde le cadre de la présente étude et me conduirait au cœur des problèmes relatifs à la substance même d'une politique administrative de protection des droits fondamentaux. J'éviterai d'exprimer un avis sur ce point qui nécessiterait de trop longs développements. Je me contente de suggérer qu'une option nette pour la discrimination correctrice me paraît ne pouvoir reposer que sur une autorisation législative expresse en raison de sa difficile réconciliation

avec l'esprit de lois ordonnées à l'abolition de la discrimination. J'estime cependant que les décisions tendant à contrôler la conduite future des accusés, afin de s'assurer qu'ils ne récidivent pas, ne heurtent pas l'esprit des lois habituellement fondées sur l'idée de conciliation et ordonnées à la modification des comportements autant qu'au dédommagement des victimes.

4.1.4 Le contrôle de l'organisme d'audition

Il faut d'abord décider quel type de contrôle judiciaire s'appliquera à l'organisme d'audition. Poser cette question c'est obliger à choisir entre l'attribution d'un droit d'appel plus ou moins large ou l'assujettissement au seul pouvoir de surveillance et de réforme des tribunaux de droit commun. Alors que la première solution expose la décision de l'organisme d'audition à l'évaluation du tribunal, la seconde se contente de soumettre cet organisme à un contrôle à peu près exclusivement limité aux cas d'excès de juridiction. On ne peut nier que l'option forte en faveur de la voie administrative suppose l'immunité la plus grande possible des organismes administratifs auxquels sont confiés les nouveaux pouvoirs. Il est devenu courant au Canada de confier le contrôle exclusif de larges secteurs de l'activité humaine à des organismes dont les tribunaux se voient même parfois interdire de censurer les excès de juridiction. Il me semble toutefois que le domaine des droits fondamentaux concerne trop directement des questions de justice pour s'accommoder d'une solution davantage adaptée aux questions d'ordre technique ou politique. Je préfère donc voir l'organisme d'audition soumis à un réel contrôle d'appel de la part des tribunaux de droit commun. Ce droit d'appel pourrait cependant être restreint aux seules questions de droit et le tribunal d'appel pourrait se borner à résoudre la question de droit et retourner le dossier à l'organisme d'audition pour qu'il décide au mérite en tenant compte de la réponse donnée au problème soumis. Un appel de cette espèce aurait l'avantage de sauvegarder le rôle essentiel des tribunaux dans l'interprétation des lois tout en assurant aux experts le contrôle de la décision sur le fonds d'une dispute.

4.2 La politique québécoise

Il faut signaler que le législateur québécois n'a pas prévu d'audition publique administrative consécutive à l'échec de la conciliation. Il ressort clairement de l'article 83 de la loi qu'un tel échec, au cas de recommandations spécifiques auxquelles l'accusé refuse de se

soumettre, ouvre immédiatement la voie à des recours proprement judiciaires. En conséquence, l'appréciation de la situation québécoise apparaît simplifiée comme on le verra ci-après.

4.2.1 L'accès à l'audition

Si l'on fait abstraction du fait que l'audition, sous la loi québécoise, ne saurait être que judiciaire, on peut conclure que la solution retenue s'accorde fort bien avec les principes que j'ai posés. Ainsi, la loi abandonne-t-elle à la Commission et à la victime la décision de s'adresser aux tribunaux. Imposer ce recours à la Commission aurait risqué d'entraîner celle-ci dans une pusillanimité qu'elle devra donc expliquer autrement si elle se manifeste. Les articles 83 et 84 révèlent par ailleurs que la demande que la Commission ou la victime pourra éventuellement adresser aux tribunaux devra en principe ne pas outrepasser les termes de la recommandation de la Commission. Si le texte permet d'obtenir du tribunal « une injonction » dont l'objet n'est pas nécessairement identique à celui de la recommandation de la Commission mais risque d'y être limité par interprétation judiciaire, le texte précise par ailleurs que la Commission peut réclamer devant le tribunal « l'indemnité dont elle avait recommandé le paiement ». C'est dire que la Commission ne saurait accroître ou réduire ses exigences au stade du recours judiciaire. Cette approche me semble tout à fait recommandable ainsi que je le précisais plus haut. Comme l'article 84 autorise la victime à exercer les seuls recours que la Commission peut exercer, l'on doit conclure que le même principe vaut pour la victime. La possibilité d'intenter un recours judiciaire dès l'origine me paraît légitimer une telle limitation au recours qu'elle pourrait tenter après avoir fait appel à la Commission ³⁵.

4.2.2 Le choix de l'organisme d'audition

Le législateur québécois n'a pas véritablement instauré une protection administrative des droits fondamentaux car il a confié aux seuls tribunaux judiciaires l'autorité de décider des litiges dans ce domaine. La Commission est confinée aux tâches d'enquête, de conciliation, et de poursuite, alors que l'adjudication administrative ne fait pas partie de ses attributions. Je crains qu'une telle solution ne freine le développement d'un droit original relatif à la discrimination

35. Voir *supra*, par. 4.1.3.

et nuise au prestige dont cette nouvelle formule aurait pu jouir. D'une part, il est à prévoir que les remèdes qu'accorderont les tribunaux de droit commun s'inspireront davantage des sanctions traditionnelles que des mesures de contrôle du comportement futur auxquelles les commissions ont souvent recours. D'autre part, le risque paraît réel que les victimes fassent peu ou moins confiance à un système qui ne peut conduire à des décisions et qu'elles s'adressent directement à des tribunaux en beaucoup plus grand nombre. De la sorte s'établiront deux jurisprudences judiciaires. Celle constituée des décisions rendues en réponse à des recours judiciaires immédiats pèsera d'un poids plus lourd en raison du nombre accru de décisions qu'elle comportera. La présence d'une jurisprudence administrative plus spécialisée et innovatrice, et d'une importance quantitative plus grande que la jurisprudence judiciaire, aurait pu favoriser davantage l'avènement d'un droit mieux adapté. On doit donc regretter l'excès de prudence du législateur québécois sur ce point. La sauvegarde du rôle dominant du pouvoir judiciaire n'aurait-elle pas pu tout aussi bien résulter du maintien d'un droit d'appel aux tribunaux de droit commun ?

4.2.3 *Les pouvoirs de l'organisme d'audition*

Comme l'article 49³⁶ confère un droit d'action directe auprès des tribunaux, il est clair que les victimes de discrimination ne sont pas tenues sous la Charte de s'adresser d'abord à la Commission afin de pouvoir éventuellement saisir les tribunaux de leurs plaintes. On peut même penser qu'une victime pourrait peut-être s'adresser aux tribunaux en vertu de l'article 49 après l'échec de la recommandation de la Commission. Sans exprimer d'avis sur ce point, je me contente de signaler qu'une telle liberté laissée à la victime à ce stade minerait l'entreprise de conciliation. Elle risquerait en effet de provoquer un durcissement de l'accusé lors des négociations, celui-ci craignant d'encourager la victime à des demandes judiciaires plus exigeantes en se montrant trop conciliant³⁷.

Le seul autre problème qui se soulève sous la loi québécoise en ce qui a trait aux pouvoirs des tribunaux concerne le type de décisions que ceux-ci pourront rendre. Je suis enclin à penser que l'esprit des articles

36. Il se lit comme suit : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires. »

37. Michael A. BAMBERGER et Nathan LEWIN, *loc. cit. supra*, note 3, 573.

49, 82, et 83 est de privilégier des sanctions à visée indemnitrice. On y mentionne trois types de remèdes : l'ordre de cesser de poser un acte, l'ordre d'accomplir un acte, l'octroi d'une indemnité. Un législateur soucieux de laisser aux tribunaux une latitude réelle dans le choix des sanctions aurait pu s'exprimer en termes moins restrictifs. Il faut encore ici, constater la prudence peut-être exagérée d'un législateur qui, non satisfait de ne point créer d'organismes administratifs d'adjudication en matière de discrimination, manque l'occasion d'accorder, même aux tribunaux judiciaires, une marge de manœuvre dont l'opportunité se défend fort bien. On peut se consoler en constatant que l'article 49 mentionne expressément le préjudice moral et prévoit des dommages exemplaires pour les cas d'atteinte illicite intentionnelle à un droit ou à une liberté reconnue par la Charte.

4.2.4 Le contrôle de l'organisme d'audition

L'organisme d'audition de la loi québécoise étant le tribunal de droit commun, la question du contrôle de ses décisions ne pose aucune difficulté particulière. Le seul problème véritablement sérieux est celui du contrôle de la Commission ou de son personnel dans l'exercice de leurs pouvoirs d'enquête, de conciliation, de recommandation, et de poursuite. Sans doute sont-ils assujettis, comme l'administration en général, au contrôle judiciaire habituel. Il faut cependant remarquer que les recours ou les cas d'ouverture au contrôle qui dépendent du caractère judiciaire d'un acte ne sont vraisemblablement pas recevables ou disponibles à l'encontre de ces actes de la Commission et de son personnel. S'il est vrai que la restriction des pouvoirs de certains organismes à ceux de recommandation n'a pas empêché la Cour suprême du Canada de trouver judiciaires les fonctions exercées³⁸, il faut se rappeler que des aspects procéduraux militaient dans chacun de ces cas pour une qualification judiciaire. On cherche par contre en vain dans la loi québécoise l'indice d'une intention législative de soumettre la Commission au « duty to act judicially ». Cette situation n'a rien de scandaleux dans le contexte d'un système où la Commission est réduite au seul pouvoir de recommandation qui ne menace pas vraiment l'accusé, alors que la victime voit son droit de s'adresser aux tribunaux sauvegardé si elle est insatisfaite.

38. Voir en ce sens : *Bell v. Ontario Human Rights Commission* [1971] R.C.S., 756 et *Saulnier v. Commission de police du Québec et communauté urbaine de Montréal*, [1976] 1 R.C.S. 572.

Conclusion

On ne peut s'empêcher de constater, après une étude préliminaire du système de protection contre la discrimination établie sous la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁹, le silence étonnant du législateur québécois sur de nombreux aspects importants explorés ici. Certains pourraient y voir le signe d'une négligence intolérable de la part d'un législateur nord-américain à qui les modèles ne manquaient guère. Il est toutefois permis de supposer qu'on a plutôt voulu éviter de s'engager trop loin dans la solution législative de divers problèmes d'organisation dont on n'ignorait pas l'importance. On aura alors préféré laisser à la Commission la liberté de se faire une idée plus précise et d'adresser en temps opportun des suggestions utiles au gouvernement.

J'estime cependant que le législateur québécois disposait de tout l'éclairage nécessaire pour décider de l'octroi d'un véritable pouvoir d'adjudication non judiciaire. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il craignait sans doute le dialogue fructueux que cette formule risquait d'engendrer entre les tribunaux et les nouveaux juges administratifs. Mais n'a-t-il pas opté ainsi pour une illusoire sécurité?

39. L.Q. 1975, c. 6.