

UN TRIBUNAL SPÉCIALISÉ POUR RÉSISTER À L'APPROCHE CIVILISTE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE

Stéphane Bernatchez

Volume 42, numéro 1-2, 2012

20 ans du Tribunal des droits de la personne

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1106031ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10265>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Résumé de l'article

Un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne permet de résister à la colonisation de ce domaine du droit par le droit civil. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne sont observables aux différentes étapes du raisonnement judiciaire. Une approche juridique propre aux droits de la personne se distingue à la fois par une interprétation contextuelle favorable aux droits et libertés ainsi que par les conceptions de la justice qui sont mobilisées.

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bernatchez, S. (2012). UN TRIBUNAL SPÉCIALISÉ POUR RÉSISTER À L'APPROCHE CIVILISTE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 42(1-2), 203–253. <https://doi.org/10.17118/11143/10265>

UN TRIBUNAL SPÉCIALISÉ POUR RÉSISTER À L'APPROCHE CIVILISTE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE

par Stéphane BERNATCHEZ*

Un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne permet de résister à la colonisation de ce domaine du droit par le droit civil. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne sont observables aux différentes étapes du raisonnement judiciaire. Une approche juridique propre aux droits de la personne se distingue à la fois par une interprétation contextuelle favorable aux droits et libertés ainsi que par les conceptions de la justice qui sont mobilisées.

The presence of a tribunal specialized in human rights is a factor in avoiding the monopolization of this area of law by the civil law. Traces of a civilian approach in the jurisprudence relating to human rights are readily perceivable at different stages of judicial reasoning. A juridical approach specific to the rights of persons is not only conducive to a contextual interpretation favorable to rights and freedoms but also by the various notions of justice which may be set in motion.

*. Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur a été, de 2006 à 2011, assesseur au *Tribunal des droits de la personne* du Québec.

SOMMAIRE

Introduction	205
I. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne	212
A. Les traces ... dans le raisonnement et l'interprétation.....	214
B. Les traces ... dans la qualification du litige et les réparations.....	217
C. Les traces ... dans les sources citées	222
D. Les traces ... dans la logique contractuelle	225
II. Une approche chartiste des droits de la personne	230
A. L'approche contextuelle et les conceptions de la justice sous-jacentes	231
B. Deux exemples de raisonnement fondé sur les droits de la personne	240
Conclusion	250

*La plupart des juristes ont de la justice
une idée si vague que ce vague
même de leur idée est pour eux
la définition de la justice***

Introduction

Il existe certes plusieurs raisons pouvant justifier la création et le maintien de tribunaux spécialisés¹. Pour les fins du présent texte, la seule question examinée est susceptible, selon la réponse qui y sera apportée, de justifier l'existence du *Tribunal des droits de la personne* du Québec: dans quelle mesure un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne constitue-t-il un rempart pouvant résister à la montée de l'approche civiliste dans ce domaine du droit ?

Cette interrogation correspond à l'hypothèse qui sous-tend le présent texte, et qui ne sera qu'ébauchée ici. Car, au plan méthodologique, la meilleure façon de répondre à cette question et de valider cette hypothèse consisterait à examiner de manière très attentive la jurisprudence de ce tribunal et de la comparer à celle élaborée par les tribunaux de droit commun en matière de droits de la personne. Une telle étude exige un traitement exhaustif d'une telle ampleur qu'elle ne peut être effectuée ici. Il sera plutôt procédé de manière indirecte, soit en montrant qu'il existe une approche civiliste des droits de la personne et en présupposant qu'un tribunal spécialisé en la matière adopte, pour sa part, une approche chartiste². Le texte s'emploiera donc à distinguer les

** . Directement inspiré de Paul VALÉRY, *Tel quel*, Paris, Gallimard, 1996, p. 129 : « La plupart des hommes ont de la poésie une idée si vague que ce vague même de leur idée est pour eux la définition de la poésie ».

1. Lawrence BAUM, *Specializing the Courts*, Chicago and London, Chicago University Press, 2011.

2. Pour les fins du présent texte, les termes « chartisme » et « chartiste » sont employés pour qualifier une approche juridique propre aux droits de la personne, en les dépouillant de la connotation péjorative qui leur a été souvent assignée dans le cadre du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

deux approches et à montrer les limites d'une approche civiliste dans l'interprétation et l'application des droits.

Considérant les caractéristiques propres à la tradition et à la culture juridiques québécoises, il existe des risques réels que la *Charte des droits et libertés de la personne*³, malgré sa primauté hiérarchique dans l'ordre juridique, soit assujettie au droit civil en raison de la dominance de ce dernier – qui est souvent présenté comme la principale caractéristique du système juridique québécois, notamment dans le discours sur le bijuridisme canadien – et, par conséquent, de la formation des juristes québécois, très axée sur le mode de raisonnement civiliste. Ce constat n'est pas nouveau en droit public, ayant déjà été posé tant à l'égard du droit constitutionnel⁴ que du droit administratif⁵.

La thèse ici défendue, à savoir qu'il existe, en matière de droits de la personne, une colonisation par le droit civil, n'est pas incontestable, puisqu'il subsiste une autre thèse, celle de la réconciliation du droit civil et des droits de la personne⁶. Selon cette thèse, après que le droit civil et les droits de la personne eurent longtemps « entretenu un rapport oscillant entre l'indifférence réciproque et le conflit ouvert », « les outils de protection des droits de la personne ont toutefois commencé à trouver application, directement ou indirectement, dans des matières relevant traditionnellement du droit civil »⁷. Ce phénomène est différent de celui qui retient l'attention ici. Il ne s'agit pas en l'espèce de prétendre que le droit civil ne s'ouvre pas aux droits de la personne, ce mouvement de constitutionnalisation du droit civil, comparable à celui

3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12.

4. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates: A Trans-Systemic Reading of the Quebec Secession Reference », dans Sujit CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, à la page 178.

5. Robert LECKEY, « Prescribed by Law / Une règle de droit », (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal* 571.

6. Mélanie SAMSON, « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) 2 *Jurisdoctoria* 99.

7. *Id.*, à la page 101.

observé en droit du travail⁸, ayant déjà été recensé. Le phénomène qui nous intéresse ici concerne plutôt l'influence civiliste dans le raisonnement juridique des droits et libertés. En introduction de son article, Mélanie Samson donne un exemple qui illustre très bien la prépondérance accordée à la logique civiliste dans des affaires relevant des droits de la personne. Voici le résumé qu'elle en fait :

Dans une affaire venant du Québec, la Cour suprême du Canada a dû décider en 1940 si le tenancier d'une taverne avait engagé sa responsabilité en refusant de servir une personne de race noire. Abordant le litige sous l'angle du droit civil, la Cour suprême a conclu que ce refus relevait de la liberté de commerce et n'était contraire ni à la loi ni à l'ordre public. La lecture de l'arrêt permet de constater que le droit à l'égalité n'a fait l'objet d'aucune discussion.⁹

C'est très exactement de cette soumission, encore observable aujourd'hui, des droits de la personne au droit civil dont nous traiterons dans le présent article. Cette question soulève bien évidemment celle des rapports entre la Charte et le *Code civil du Québec*¹⁰, dans une perspective de hiérarchie des normes juridiques. En raison de son statut quasi-constitutionnel, la Charte devrait marquer « une dérogation, voire une rupture importante par rapport à diverses règles du droit commun. Toutefois, certaines conclusions, même fort récentes, tirées de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux donnent plutôt à penser que tant les garanties substantives de la Charte que les dispositions visant à sanctionner les atteintes portées à celles-ci demeurent, aujourd'hui encore, largement inféodées aux règles du droit com-

8. Voir le numéro thématique des *Cahiers de droit* : (2007) 48 *C. de D.* nos 1 et 2.

9. M. SAMSON, préc., note 6, à la page 101. Évidemment, à l'époque, le droit à l'égalité n'était pas expressément protégé par la législation, ce qui n'empêchait toutefois pas les tribunaux d'avoir recours à des techniques juridiques diverses pour protéger les droits, que ce soit le partage des compétences législatives, des principes constitutionnels tel celui de la primauté du droit, ou encore des principes d'interprétation favorables aux droits.

10. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

mun »¹¹. Cette propension tentaculaire de l'approche civiliste, observable tant dans la jurisprudence que dans la doctrine¹², est à ce point importante qu'elle constitue une menace potentielle à l'originalité de la Charte québécoise¹³. En cherchant à faire le bilan de la jurisprudence sur le rapport entre la Charte et le Code civil dans les domaines de droit civil, il convient plutôt de parler de « l'instrumentalisation des droits et libertés fondamentaux et de leur subordination au Code civil »¹⁴. Ce phénomène s'observe particulièrement dans « l'incorporation » des éléments de la responsabilité civile dans l'analyse juridique de la Charte, causant en cela un risque de « dérives conceptuelles » : « Les difficultés que pose l'arrimage de concepts qui ne sont pas issus des mêmes principes organisateurs créent inévitablement des conflits entre deux systèmes juridiques issus de logiques différentes »¹⁵.

-
11. Sylvie GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261, à la p. 269. Voir aussi : Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, à la page 357.
 12. Pour un exemple d'une telle approche civiliste, voir Paul-Arthur GENDREAU, « Le juge Jean-Louis Baudouin, les Chartes et le Code civil – Une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la page 1129.
 13. André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, vol. 45, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, à la page 65.
 14. France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », dans (2006) *Revue du Barreau* Numéro thématique sur la Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives, p. 33, à la page 73
 15. Michèle RIVET et Manon MONTPETIT, « L'incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l'analyse de la Charte québécoise : dérives conceptuelles », dans B. MOORE (dir.), préc., note 12, p. 921, aux pages 947-948.

Sans qu'il ne s'agisse de la seule justification de la création d'un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne, la crainte de laisser la Charte québécoise entre les mains des tribunaux de droit commun a été l'un des facteurs considérés après les dix premières années de l'entrée en vigueur de la Charte. En effet, dans le rapport final de la Commission des institutions ayant proposé, en 1988, la création d'un tribunal spécialisé sur la base d'un constat des insuffisances du système de protection des droits de la personne, il est mentionné que la solution de créer un tel tribunal découle notamment du fait que

les membres d'un tribunal spécialisé des droits de la personne, étant normalement plus sensibilisés aux questions de discrimination et d'exploitation, devraient donc être mieux préparés pour statuer sur une plainte que les juges de cour ordinaire moins bien informés de la réalité de certains milieux. C'est pourquoi un tel tribunal devrait être composé d'individus possédant une expertise en droits et libertés et dont la pratique aura démontré qu'ils partagent les objectifs de la Charte¹⁶.

La Commission avait au préalable fait observer que « [l]e recours au tribunal civil, qu'il soit direct ou par le biais de la Commission [des droits de la personne], n'est guère vu dans une perspective plus encourageante par les groupes de défense des droits et libertés, qui constatent la réticence des cours ordinaires à reconnaître la discrimination et à appliquer la Charte, le système judiciaire demeurant, selon certains intervenants, "très insensible à la réalité multiculturelle du Québec" »¹⁷.

La qualité de la jurisprudence développée par le Tribunal des droits de la personne depuis sa création contraste avec la réception timide que les tribunaux ordinaires avaient réservée à la Charte québécoise. En effet, commentant les premières quinze

16. COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec*, Rapport final présenté au Président de l'Assemblée nationale, Québec, 14 juin 1988.

17. *Id.*, à la page 36.

années d'existence de la Charte, le professeur Morel s'étonnait de son « peu de retentissement »¹⁸. Tous s'entendent pour reconnaître qu'il existe une évolution importante de l'interprétation et de la portée des droits de la personne sous l'impulsion du Tribunal des droits de la personne et de sa jurisprudence créatrice, fondée sur les objectifs de la Charte.

Le juge LeBel, qui a pourtant contribué, alors qu'il était à la Cour d'appel du Québec, à l'érosion de la compétence du Tribunal des droits de la personne par sa décision dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*¹⁹, a reconnu, lors d'un colloque consacré à la question de l'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité, organisé par le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, que « la spécialisation comporte des avantages et permet de développer une culture institutionnelle capable de traiter certaines catégories de problèmes »²⁰.

Dans un texte sur le rôle des tribunaux des droits de la personne, la professeure Diane Demers reconnaît

l'influence de leurs décisions sur l'ensemble de la jurisprudence dans la définition du droit à l'égalité. Un examen des décisions québécoises des cinq dernières années montre que la jurisprudence tant des tribunaux administratifs que de droits communs s'est inspirée, soit directement, soit indirectement par le traitement qu'en font les tribunaux supérieurs, des décisions du Tribunal des

18. A. MOREL, préc., note 13, à la page 69.

19. *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.).

20. Louis LEBEL, « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 27, à la page 53. Il a par ailleurs fait, du même souffle, la mise en garde suivante : « La multiplication des spécialisations et la fragmentation des juridictions favorise (sic) les débats de compétence et stimule l'imagination des plaideurs, parfois à mauvais escient. »

droits de la personne pour trancher les questions de discrimination ou de harcèlement²¹.

Le même constat a été effectué par le professeur Michel Coutu :

À l'évidence, le Tribunal des droits de la personne a pleinement répondu aux attentes du législateur en élaborant un corpus jurisprudentiel impressionnant, en situant adéquatement le texte dans son contexte d'énonciation, notamment par référence aux principes du droit international, et en livrant une interprétation non seulement largement cohérente mais aussi éminemment créatrice de la Charte – un élément essentiel à l'épanouissement des droits et libertés de la personne²².

L'influence des décisions du Tribunal des droits de la personne ne s'est pas fait sentir uniquement à l'égard des autres tribunaux, mais « également sur les citoyens qui réclament le respect de leur droit, sur les pratiques en milieu de travail ou dans les services publics, sur les avocats qui plaident, sur les médias qui les commentent et enfin sur les universitaires qui les discutent »²³.

L'hypothèse qui sous-tend notre propos et qui ne sera tout au plus qu'esquissée dans le présent article est que l'existence d'un tribunal spécialisé constitue, précisément en raison de cette spécialisation, une garantie supplémentaire contre l'hégémonie du droit civil sur le droit relatif aux droits et libertés de la personne, plus exactement, une protection contre l'approche civiliste et le mode de raisonnement propre à ce domaine du droit. Le caractère

21. Diane DEMERS, « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place « leur » réserve-t-on ? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, préc., note 11, p. 175, aux pages 204-205.

22. Michel COUTU, « Le Tribunal des droits de la personne du Québec comme « gardien de la Constitution » », dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, préc., note 20, p. 87, aux pages 112-113.

23. *Id.*, à la page 205.

expansionniste du droit de la responsabilité civile s'étant récemment manifesté à l'égard du droit administratif²⁴ – une manifestation qui, du reste, était prévisible²⁵ –, il y a lieu de penser que le droit des droits de la personne pourrait subir pareil traitement.

Après avoir retracé les signes de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne (Partie I.), il s'agira de tenter de montrer ce qui distingue une approche juridique propre aux droits de la personne (Partie II.).

I. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne

La *Charte des droits et libertés de la personne* jouit d'une primauté à l'égard des autres lois provinciales, dont le *Code civil du Québec*, tel que l'édicte d'ailleurs l'article 52 de la Charte qui énonce comme suit cette prépondérance :

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Indépendamment de l'existence ou non d'une disposition de prépondérance, la reconnaissance de loi ayant « un caractère fondamental et quasi constitutionnel, ce qui lui assure une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires »²⁶, applicable aux lois organiques garantissant les droits et libertés, dont le droit à

24. *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63; *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64.

25. Stéphane BERNATCHEZ, «Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?», (2010) 55 R.D. McGill 641, à la page 660.

26. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 27.

l'égalité et la protection contre la discrimination, a été affirmée dans une abondante jurisprudence, et ce, dès le début des années 1980²⁷. Au-delà de cette reconnaissance quasi constitutionnelle, la Charte québécoise jouit d'un statut constitutionnel au regard de l'ordre juridique québécois²⁸.

Le *Code civil du Québec* lui-même prévoit, à sa disposition préliminaire, son rapport à la Charte :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

D'où l'étonnement de lire dans l'arrêt *Amselem*²⁹, sous la plume du juge Bastarache, que c'est plutôt la Charte qui doit s'harmoniser au Code civil :

Il est aussi important de souligner que la *Charte* québécoise s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire)³⁰.

27. Voir notamment : *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

28. M. COUTU, préc., note 22 aux pages 102-113.

29. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47.

30. *Id.*, par. 146 (j. Bastarache – motifs auxquels souscrivent les juges LeBel et Deschamps). De même, dans *Prudhomme c. Prudhomme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 29, la Cour exprime l'avis que cette disposition préliminaire « ne laisse planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée

C'est précisément à la recherche de telles manifestations civilistes dans le discours judiciaire qu'il convient maintenant de s'intéresser, et ce, dans les différentes étapes du raisonnement et de l'argumentation juridiques. Ainsi, c'est à travers ces moments particuliers du raisonnement juridique, plutôt que dans le cadre d'une approche générale et abstraite, que l'approche civiliste sera décrite. Il est pertinent de souligner que les civilistes s'interrogent eux-mêmes sur la spécificité ou la particularité du droit civil³¹. Le choix méthodologique qui est fait ici, et qui consiste à définir le sens de l'approche juridique par l'étude de son usage judiciaire, constitue déjà un élément de distinction par rapport à l'approche civiliste.

A. Les traces ... dans le raisonnement et l'interprétation

Dans cet arrêt *Amselem* sur la souccah, la Cour suprême du Canada n'a pas retenu la possibilité d'examiner la nullité de la clause interdisant toute construction sur les balcons de l'immeuble, comme le prescrivent pourtant les articles 10 et 13 de la Charte :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

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

du législateur de donner la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil ».

31. Nicolas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éd. Thémis, 2003.

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

Une telle clause est sans effet.

Ce faisant, la Cour suprême a permis à la disposition du contrat de copropriété de subsister, ce qui posera ultérieurement le difficile problème de la renonciation contractuelle au droit. Pour trancher le litige qui leur était soumis, les juges de la Cour suprême s'en sont plutôt remis aux articles 3 et 9.1 de la Charte qui prévoient la protection de la liberté de religion et sa limitation :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Le raisonnement effectué par les juges majoritaires dans leur application de ces dispositions soulève des difficultés importantes, précisément parce qu'ils n'ont pas emprunté la voie juridique dictée par les articles 10 et 13 de la Charte. Outre la conception subjective de la liberté de religion retenue (difficulté sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir ici puisqu'elle ne porte pas, *a priori*, sur les rapports entre la Charte et la méthode civiliste), les juges majoritaires n'ont pas appliqué la grille d'analyse développée en droit public depuis l'arrêt *Oakes*³² – et pertinente en matière de Charte québécoise³³. Comme l'a bien souligné le professeur Christian Brunelle, le fait que la Charte québécoise, contrairement à la Charte canadienne, reçoive également application dans la sphère privée « emporte une conséquence importante si l'on en

32. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 134 (j. Dickson).

33. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 769-770.

juge par la jurisprudence : il favorise, surtout en contexte de droit privé, la pénétration des principes du droit civil et l'application des grilles d'analyse « civilistes » dans l'examen des cas d'atteintes aux droits quasi-constitutionnels »³⁴. Dans l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*³⁵, le juge en chef Lamer a précisé la distinction entre les approches civiliste et chartiste sur ce sujet :

[...] je ne crois pas qu'une analyse de responsabilité civile tolère le déplacement du fardeau de la preuve entre les parties de la même façon que ne l'accepte le droit des chartes³⁶.

Ainsi, l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Amselem* n'applique pas le raisonnement en deux étapes propre au droit public³⁷, où chaque partie assume, à tour de rôle, le fardeau de la preuve, et procède plutôt au remplacement de la méthode « bipartite » par une méthode d'analyse « unitaire »³⁸ qui consiste à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre »³⁹. Adoptant un tel schème d'analyse, le juge Iacobucci conclut :

En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant

34. Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, préc., note 11, p. 343, à la page 350.

35. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

36. *Id.*, par. 12.

37. Pour un résumé de ce raisonnement, voir l'explication du juge Bastarache, dissident : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 155-156.

38. C. BRUNELLE, préc., note 34, aux pages 352-359.

39. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 154. Il s'agit du résumé que le juge Bastarache, dissident, donne de la grille d'analyse empruntée par ses collègues majoritaires.

pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion.⁴⁰

La question devient alors celle d'évaluer la gravité de l'atteinte aux droits quasi-constitutionnels que la partie défendresse fait valoir à l'encontre du droit revendiqué par la partie demanderesse⁴¹. Comme l'ont fait observer les juges dissidents Bastarache, LeBel et Deschamps, suivant cette logique, le raisonnement se limite dès lors à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre; ce serait là dénaturer l'art. 9.1 qui se réfère spécifiquement à l'intérêt commun de tous les citoyens du Québec »⁴². Ainsi, même dans une situation n'impliquant que des parties privées, l'application des droits de la personne ne pourrait faire l'économie d'une réflexion faisant référence à l'intérêt commun, ce qui condamnerait toute approche conséquentialiste de type utilitariste qui se contenterait de souper les inconvénients pour chaque partie privée. L'analyse développée en droit public des libertés fondamentales, qui prend notamment la forme d'une pondération de droits concurrents ou contradictoires, « demande au juge et aux parties d'adopter une vision plus large de la nature des intérêts en jeu dans l'examen d'une situation juridique [...] »⁴³.

B. Les traces ... dans la qualification du litige et les réparations

Bien qu'il existe des critères juridiques permettant de distinguer le raisonnement civiliste du raisonnement chartiste, ce n'est pourtant pas la voie toujours privilégiée par la Cour suprême du Canada, notamment dans sa qualification du litige et dans le

40. *Id.*, par. 84.

41. Voir également *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 93 : « Une atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz est sans conséquence en comparaison des inconvénients disproportionnés sur la possibilité pour M^{me} Bruker de vivre pleinement sa vie comme femme juive au Canada ».

42. *Id.*, par. 154.

43. Louis LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231, 249.

choix des réparations. C'est ainsi, par exemple, qu'elle a qualifié le litige dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.* de litige soulevant « un problème de droit civil »⁴⁴, régi en conséquence par le Code civil⁴⁵, alors que le droit à la vie privée d'une personne était opposé au droit à la liberté d'expression d'une société privée. Comme l'a fait remarquer le professeur Brunelle, « [c]'est là une affirmation qui peut surprendre compte tenu du fait que sous la rubrique de son jugement intitulée « Dispositions législatives pertinentes », la majorité ne cite que des dispositions de ... la Charte québécoise! »⁴⁶ Le professeur Brunelle note du même souffle qu'«[i]l est vrai qu'en niant à la Charte québécoise une autonomie de principe qui permette de la distinguer du Code civil et de son régime de responsabilité civile, la Cour pavait déjà la voie à ce type de raisonnement dans son arrêt *Béliveau-St-Jacques* [...] »⁴⁷. Depuis cet arrêt⁴⁸, « une orientation issue de la primauté du droit civil sur les droits fondamentaux demeure perceptible », dans la mesure où « la Cour suprême avait assujéti *l'ensemble de la procédure rémédialrice découlant de la Charte aux principes généraux de la responsabilité civile* »⁴⁹.

C'est précisément dans un article portant sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* que Sylvie Gagnon parle d'une « inféodation » au droit commun de la responsabilité civile⁵⁰. Prolongeant théoriquement cette critique selon laquelle « la Charte offre ainsi une forme de *protection quasi-*

44. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, préc., note 35, par. 49 : « Ce litige soulève un problème de droit civil et c'est à la lumière de ce droit qu'il doit être résolu. »

45. *Id.*, par. 39 : « Notons au départ que les faits ayant donné lieu à cette affaire s'étant produits en 1988, le litige est régi par le *Code civil du Bas Canada*. »

46. C. BRUNELLE, préc., note 34, p. 354, à la note 34.

47. *Id.*

48. Et aussi l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211.

49. Louise LALONDE, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) *Revue du Barreau* 321, à la page 329.

50. S. GAGNON, préc., note 11, aux pages 269 et suiv.

civiliste des droits fondamentaux »⁵¹, ma collègue Louise Lalonde propose que la perspective rémédiatrice adopte une « approche de la réparation ancrée dans le monde vécu », dans ce que Jacques Lenoble appelle « un moment du droit » :

Le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un « en deçà » de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas, comme le croit l'individualisme méthodologique des économistes, à des « préférences individuelles », mais au contraire à ce moment collectif d'une perception de notre « destinée commune », à la perception d'une « forme de vie »⁵².

Et Lenoble d'explicitier les exigences épistémologiques de la mise en œuvre de cette perception d'une forme de vie :

Cette perception d'une communauté de destin renvoie elle-même à un moment d'apprentissage et d'ajustement mutuel en fonction des « usages » en lesquels s'incarne cette perception d'une finalité éthique de la vie. Bien sûr, cette perception n'est jamais donnée et unique. Elle est elle-même, dans sa structure réflexive, l'effet d'une auto-transformation où se joue toujours notre devenir collectif et dont il importe précisément de mettre en scène, sur le plan institutionnel, les conditions de sa réflexivité. Sans une construction négociée de ce moment de réflexivité propre aux conditions d'application de la norme, irréductible donc aux conditions d'applicabilité de la norme, aucune maîtrise ne sera faite du processus d'effectuation de la norme qui sera, dès lors, laissé au seul jeu des rapports de force et de la simple reproduction des cultures dominantes⁵³.

51. L. LALONDE, préc., note 49, à la page 324.

52. Jacques LENOBLE, « L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 67, à la page 64.

53. *Id.*, aux pages. 63-64.

C'est en prenant appui sur de tels fondements philosophiques que la professeure Lalonde en arrive à suggérer que l'approche procédurale, contextuelle et médiative qui doit guider la réparation en matière de droits fondamentaux tende davantage vers un objectif de promotion plutôt que de protection des droits. Cela exige une « construction commune de l'application de la norme dans le monde vécu »⁵⁴, « dans une approche collective, ou dans une visée de transformations des comportements, s'apparentant plus à la promotion des droits fondamentaux qu'à leur simple sanction »⁵⁵.

La question des dommages a récemment été traitée dans l'arrêt *de Montigny c. Brossard*⁵⁶, où le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour, s'est prononcé sur le caractère autonome du recours en dommages punitifs (par rapport aux dommages compensatoires) sous le régime de la Charte. Sans abandonner complètement la logique civiliste et la notion de faute (comportement fautif)⁵⁷ que l'on retrouvait dans l'arrêt *St-Ferdinand*⁵⁸, le juge LeBel a affirmé en ces termes la spécificité du droit quasi constitutionnel eu égard au régime de droit commun de la responsabilité civile:

Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a souligné dans *Béliveau St-Jacques* (voir notamment les par. 25 et suiv.), des chevauchements se produisent nécessairement entre les objectifs d'un recours basé sur l'art. 49 et ceux d'une action en dommages fondée sur la responsabilité civile régie par le *Code civil du Québec*. Le concept d'acte illicite, sur lequel repose l'art. 49, se confond souvent avec celui de faute civile. En conséquence, dans ces situations, les indemnités possibles en vertu de ces deux régimes s'amalgament et ne pourraient être accordées distinctement. Autrement, on doublerait l'indemnisation

54. L. LALONDE, préc., note 49, à la page 346.

55. *Id.*, à la page 347.

56. *De Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51.

57. *Id.*, par. 58-59.

58. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, préc., note 48, par. 116.

pour les mêmes actes. Cependant, cette coïncidence des recours n'est pas toujours parfaite. En raison de la finalité particulière du recours qu'il prévoit, l'art. 49, al. 2 peut, en effet, viser des actes et des conduites qui ne cadrent pas avec la notion de faute civile, ne tombant pas ainsi dans le domaine d'application du régime général de responsabilité civile du Québec. L'autonomie de ce recours ressort aussi bien du texte de l'art. 49 que des finalités distinctes de la mise en œuvre de la *Charte*, ainsi que de la nécessité de laisser à celle-ci toute la souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes.

Ainsi, j'estime qu'une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*. Celle-ci écartait le recours de l'art. 49, al. 2 dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation, comme celui qui s'applique au Québec en matière de lésions professionnelles. En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires et, partant, de donner à cette mesure de redressement toute l'ampleur et la flexibilité que son incorporation à la *Charte* commande. En raison de son statut quasi constitutionnel, ce document, je le rappelle, a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. Nier l'autonomie du droit à des dommages exemplaires conféré par la *Charte* en imposant à ceux qui l'invoquent le fardeau supplémentaire de démontrer d'abord qu'ils ont le droit d'exercer un recours dont ils ne veulent, ou ne peuvent pas, nécessairement se prévaloir revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil. Rien ne justifie que soit maintenu cet obstacle.⁵⁹

En cela, le juge LeBel fait écho à l'opinion dissidente de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, qui avait défendu avec vigueur la thèse du caractère autonome des dommages exemplaires : « la *Charte* se démarque du droit commun [en

59. *Id.*, par. 44-45.

ce qui concerne les dommages exemplaires] en créant un redressement autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire»⁶⁰.

Déjà dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*⁶¹, le juge LeBel avait fait remarquer que « l'analyse de cette question des réparations en vertu de la *Charte québécoise* a été trop centrée sur le seul problème, si important soit-il, des rapports entre le droit commun de la responsabilité civile et les garanties des libertés fondamentales »⁶².

C. Les traces ... dans les sources citées

Comme nous l'avons vu, des modes de raisonnement ou d'interprétation peuvent, en eux-mêmes, constituer des approches restrictives des droits⁶³. Des traces de l'approche civiliste en matière de droits de la personne peuvent également être observées

60. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 26. Cité par le juge LeBel, dans *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 56, par. 40, qui ajoute : « Selon son opinion, l'argument de texte tiré de l'interprétation de l'expression « en outre », contenue à l'art. 49, al. 2 et sur laquelle s'est en partie basé le juge Gonthier pour conclure à l'indissociabilité des dommages exemplaires et compensatoires, signifierait que le « tribunal peut non seulement accorder des dommages compensatoires, mais "en outre", soit également, en plus de cela, de surcroît, d'autre part, aussi [. . .], faire droit à une demande de dommages exemplaires » (par. 62 (soulignement dans l'original)). D'après la juge L'Heureux-Dubé, les seconds ne dépendent donc pas des premiers. Cette autonomie du recours est toutefois partiellement restreinte par l'exigence de présenter une preuve conforme aux principes de droit commun de tous les éléments constitutifs (faute, préjudice, lien de causalité) de la responsabilité au sens du *Code civil du Québec* ».

61. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789.

62. *Id.*, par. 25.

63. Pour un exemple d'une telle approche interprétative restrictive, voir la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Syndicat des intervenantes et intervenants de la santé Nord-Est québécois (SIISNEQ) (CSQ) c. Centre de santé et de services sociaux de la Basse-Côte-Nord*, 2010 QCCA 497.

dans les sources citées à l'appui des raisonnements et des interprétations. À cet égard, nous limiterons notre démonstration à l'analyse comparative de deux jugements du juge Kasirer de la Cour d'appel du Québec.

Dans l'une des premières décisions concernant les droits qu'il a écrites à titre de juge de la Cour d'appel, cet ancien professeur de droit et privatiste⁶⁴ devait notamment déterminer si le jugement interlocutoire de la Cour supérieure, frappé d'appel, respectait les droits fondamentaux⁶⁵. Plus précisément, il était allégué que l'article 399 du *Code de procédure civile*⁶⁶ du Québec contrevenait aux articles 7 et 8 de la Charte canadienne et portait atteinte à l'inviolabilité de la personne garantie par les articles 10 et 3 de la Charte québécoise, ainsi qu'au droit à la dignité de l'article 4 et au droit à la vie privée de l'article 5.

Le juge Kasirer écrit :

Si la *Charte québécoise* avait une véritable préséance sur l'article 399 *C.p.c.*, les droits à l'intégrité et à la vie privée seraient entendus comme exprimant des valeurs absolues et empêcheraient la tenue de tout examen médical contre le gré du sujet. Nous savons que, aussi fondamentaux qu'ils soient, ces droits ont des limites, notamment dans des circonstances où l'intérêt collectif commande qu'il en soit ainsi. Ceci reflète ce que le juge Albert Mayrand a appelé « la relativité du principe de l'inviolabilité de la personne humaine⁶⁷ ».

Il est intéressant de noter cette référence à un texte du grand juriste civiliste Mayrand qui, en 1975, « inaugurait les Conférences Wainwright par un remarquable exposé, *L'inviolabilité de*

64. Le professeur Kasirer a été, notamment, directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

65. *Turmel c. Turmel*, 2010 QCCA 653 (7 avril 2010).

66. *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25.

67. *Id.*, à la page 13. Il cite ici Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur (McGill Wainwright Lectures), 1975, n° 3.

la personne humaine, dont le livre sera publié la même année »⁶⁸. Le juge Kasirer s'en remettra plutôt au principe d'interprétation favorable aux droits et libertés, et conclura qu'il n'y a pas violation des droits fondamentaux invoqués, ni contravention aux valeurs exprimées par la Charte québécoise ou les droits de la personnalité consacrés par le Code civil.

Encore une fois, l'unique objectif est ici de faire observer l'utilisation des sources, qui révèle un *réflexe* civiliste, plus que chartiste⁶⁹, et de comparer les motifs du juge Kasirer à ceux qu'il rédigera dans un arrêt rendu le 30 septembre 2010⁷⁰, en appel précisément d'une décision du Tribunal des droits de la personne. Le raisonnement du Tribunal sera d'ailleurs ici suivi par la Cour d'appel. Dans cette affaire relative à un refus discriminatoire de conclure un acte juridique, l'analyse du juge Kasirer emprunte une logique et un raisonnement chartistes, ce qui se traduit notamment par les références qu'il cite⁷¹.

68. Information tirée du site du Fonds Wainwright de la Faculté de droit de l'Université

69. Dans *Turmel c. Turmel*, préc., note 65, il faut noter qu'au sujet de l'article 48 de la Charte québécoise, qui garantit à toute personne âgée ou toute personne handicapée le droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation, le juge Kasirer cite Jennifer STODDART, « L'exploitation au sens de l'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 67, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, à la page 151.

70. *Coopérative d'habitation L'Escalpe de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 1791 (CanLII).

71. Le juge Kasirer y cite des auteurs connus pour leurs écrits relatifs à la Charte québécoise : Mélanie SAMSON, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et services : l'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », (2008) 38 R.D.U.S. 413; Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans un contexte civil », dans *Droit public et administratif*, Collection de droit, vol. 7, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009; Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in Myriam JÉZÉQUEL, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007; Colleen SHEPPARD, « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach », (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 893.

Évidemment, il est possible d'arguer que les vertus de cette comparaison sont limitées, en fonction des décisions, de l'origine de chacun des dossiers, etc. Néanmoins, ces deux arrêts soulèvent des questions de droits et libertés et montrent deux approches différentes dans leur traitement judiciaire. Si la démonstration d'une distinction entre des approches civiliste et chartiste peut prétendre à la validité, c'est à tout le moins au départ d'une telle comparaison entre deux raisonnements juridiques.

D. Les traces ... dans la logique contractuelle

Cela est bien connu, la question des rapports entre les droits de la personne et la liberté contractuelle possède une histoire complexe et mouvementée, surtout aux États-Unis d'Amérique. Dans l'arrêt *Chaoulli*⁷², alors que la Cour suprême du Canada a invalidé l'interdiction législative faite « aux Québécois de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services dispensés par le régime de santé public québécois »⁷³, les juges dissidents Binnie et LeBel ont rappelé cet historique américain :

Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la *Charte canadienne*, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^e siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socioéconomiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p.

72. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791.

73. *Id.*, par. 1.

ex., l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 62 :

[TRADUCTION] . . . l'interdiction de conclure, dans une boulangerie, un contrat de travail qui permettrait de dépasser un certain nombre d'heures de travail par semaine, n'a, d'après nous, tellement rien de commun avec une disposition légitime, raisonnable et équitable qu'elle va à l'encontre de la liberté de la personne et de la liberté contractuelle prévues dans la Constitution fédérale.

Dans un commentaire sur ce courant de jurisprudence qui n'est disparu qu'avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), le professeur L. H. Tribe a écrit que la Cour suprême des États-Unis :

[TRADUCTION] . . . s'[était] fondée sur la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement pour invalider des mesures législatives économiques qui, selon la Cour, portaient indûment atteinte à la liberté contractuelle, mais où la Cour était largement (voire toujours à juste titre) perçue comme substituant, en l'absence de véritable mandat constitutionnel, son propre jugement à celui du législateur. [Nous soulignons.]

(*American Constitutional Law* (3^e éd. 2000), vol. 1, p. 1318)⁷⁴

Cette question est réapparue dans la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil*⁷⁵, qui soulevait le cas d'une employée de la Ville de Longueuil qui devait s'engager à y maintenir sa résidence permanente pendant la durée de son emploi (ou quitter son emploi et s'en trouver un autre), le juge La Forest a précisé que, « dans les cas où le titulaire du droit en cause n'avait pas d'autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d'affirmer qu'il y a

74. *Id.*, par. 201 et 202.

75. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

vraiment renoncé »⁷⁶. Pour expliquer cette situation, le juge La Forest a recours au langage civiliste :

Tout simplement, l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. Pour parler en civiliste, l'acquiescement exprimé par la signature de la déclaration de résidence équivalait pratiquement à l'acceptation d'un contrat d'adhésion (comme le juge Baudouin l'a conclu dans son analyse de la question de l'ordre public), et ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation⁷⁷.

La question de la renonciation, qui continue de poser problème, fut néanmoins discutée dans l'arrêt *Amselem*⁷⁸, où la possibilité de renonciation contractuelle à un droit fondamental était invoquée. En Cour d'appel du Québec, le juge Dalphond avait conclu, de manière civiliste, que les Juifs orthodoxes qui voulaient installer une souccah sur leur balcon avaient soit renoncé à leur droit à la liberté de religion, soit implicitement accepté les conditions du règlement en signant la déclaration de copropriété et qu'ils devaient, en conséquence, respecter les dispositions contestées du règlement qui interdisent les décorations et les constructions sur les balcons. La Cour suprême n'a pas retenu « le fondement juridique de cette proposition »⁷⁹. La Cour suprême y a précisé les conditions de la renonciation — « à supposer qu'il soit même possible de le faire » : la décision « doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites »⁸⁰.

76. Tel que résumé par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 97.

77. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 75, par. 72.

78. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29. Le juge Iacobucci écrit, au par. 92 : « La question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des interrogations [...] ».

79. *Id.*, par. 91. Le juge Iacobucci écrit : « J'avoue avoir de la difficulté à saisir le fondement juridique de cette proposition. »

80. *Id.*, par. 100.

Dans sa dissidence, le juge Binnie, qui avait fait avec son collègue LeBel cette mise en garde contre la liberté contractuelle dans *Chaoulli*, refuse de « qualifier le problème de renonciation à la « liberté de religion », geste qui dramatiserait exagérément la situation »⁸¹. Il retient néanmoins la logique contractuelle :

[I]l me semble que l'on peut dire, plus modestement et plus justement, que la question consiste à se demander si *en l'espèce* les appelants peuvent raisonnablement insister pour aménager une souccah *personnelle*, eu égard à l'ensemble des circonstances, notamment l'engagement qu'ils ont pris, par contrat, de ne pas construire d'abri personnel, même temporaire, sur les balcons communs de l'immeuble.⁸²

Les autres juges minoritaires (Bastarache, LeBel et Deschamps) « accordent au Code civil et aux droits qu'il garantit aux copropriétaires une portée telle que la Charte québécoise s'y trouve, en quelque sorte, subordonnée »⁸³, notamment lorsqu'ils énoncent, sous la plume du juge Bastarache :

Il est aussi important de souligner que la *Charte* québécoise s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire)⁸⁴.

Encore une fois, toute cette discussion relative à la renonciation contractuelle au droit aurait pu être évitée si le raisonnement juridique avait appliqué les articles 10 et 13 de la Charte plutôt que les articles 3 et 9.1.

Si, dans cet arrêt *Amselem*, la liberté contractuelle a finalement cédé devant la liberté de religion dans le jugement majoritaire, il en a été autrement décidé dans l'arrêt *Bruker c.*

81. *Id.*, par. 206.

82. *Id.*, par. 206. (soulignement ajouté)

83. C. BRUNELLE, préc., note 34, à la page 356.

84. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 146.

*Marcovitz*⁸⁵ où, là, le contrat signé entre les parties a prévalu sur la liberté religieuse de l'époux qui refusait d'accorder le *get* à son épouse. Il faut toutefois préciser que le droit à l'égalité était également en cause et militait, cette fois, dans le même sens que la liberté contractuelle.

Dans cet arrêt, l'argument contractualiste, bien que n'étant pas le seul argument militant en ce sens, sert, selon la juge Abella qui rédige les motifs de la majorité, à écarter le droit à la liberté de religion invoqué par l'époux.

M. *Marcovitz*, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. À mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public⁸⁶.

Bien que cet argument fondé sur le contrat soulève à nouveau la question, difficile de l'aveu même de la Cour dans *Amselem*, de la renonciation contractuelle, la majorité dans *Bruker c. Marcovitz* n'a pas abordé le problème sous cet angle. Ce qui ne signifie pas que les conditions que la Cour avait formulées dans *Amselem* n'auraient pas ici été satisfaites mais, il lui aurait alors fallu trancher la question de savoir s'il est possible, en principe, de renoncer à des droits fondamentaux et quel est, à cet égard, l'effet dans le temps d'une entente signée – en distinguant bien sûr la valeur de la signature de l'entente en l'espèce par rapport à celle de la signature de la déclaration de copropriété dans *Amselem*. Encore une fois, il convient de rappeler que l'engagement contractuel n'est pas le seul élément invoqué au soutien de la conclusion à laquelle la majorité en arrive dans *Bruker c. Marcovitz* :

85. *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 41.

86. *Id.*, par. 79.

Mais l'avantage que procure, dans l'intérêt public, le fait d'empêcher des personnes de se soustraire aux conséquences juridiques qu'entraînent leurs violations de contrat n'est qu'un des facteurs défavorables à la revendication de M. Marcovitz. Ce qui joue le plus contre lui, ce sont les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce⁸⁷.

Nous avons vu jusqu'ici, dans cette première partie du texte, que l'approche civiliste se manifeste à différentes étapes de l'analyse judiciaire. Il convient maintenant de montrer ce qui distingue une telle approche de l'approche chartiste, qu'il s'agit en conséquence d'étayer.

II. Une approche chartiste des droits de la personne

Bien qu'il soit difficile de montrer comment se reconnaît une approche juridique propre à la logique des droits de la personne, en comparaison d'une approche civiliste, cela est toutefois nécessaire pour les fins du présent texte puisqu'il s'agit en effet de prétendre qu'un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne résiste, par sa nature même – et l'évolution, depuis 1990, de l'interprétation et de l'application de la Charte québécoise en constitue la preuve –, à la logique civiliste. Quoiqu'il soit possible d'affirmer que les approches chartiste et civiliste se reconnaissent à la lecture d'un jugement, ce n'est certes pas suffisant pour les fins de l'argumentation que nous tentons de développer ici.

Alors que la meilleure preuve de ce qui distingue l'approche des droits de la personne serait sans doute le renvoi à des décisions particulièrement créatrices et « imaginantes » du droit tirées de la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne, ce n'est pas le choix que nous faisons ici – car il nécessiterait une

87. *Id.*, par. 80.

étude exhaustive de la jurisprudence de ce tribunal. Nous allons plutôt retenir un arrêt de la Cour d'appel du Québec et une décision du Conseil de la magistrature qui permettent la comparaison entre différentes opinions caractérisant chaque approche. Avant d'analyser ces opinions, nous allons d'abord tenter de montrer en quoi une approche fondée sur les droits de la personne se distingue d'une approche civiliste.

A. L'approche contextuelle et les conceptions de la justice sous-jacentes

Depuis l'entrée en vigueur des chartes des droits et libertés, il est fait grand état du « nouveau » pouvoir des juges, en raison, notamment, du caractère hautement interprétatif des droits et libertés, ces notions floues au contenu indéterminé. Bien qu'il soit possible de prétendre que les droits et libertés sont des notions juridiques à contenu variable⁸⁸, il paraît beaucoup moins certain que ce soit là un « nouveau » pouvoir interprétatif car, depuis toujours, le droit possède une teneur indécise⁸⁹ ou interprétative. Ce qui est bien certain, au contraire, c'est cet effort du formalisme juridique de camoufler cette nature interprétative des lois derrière la règle du sens clair et des notions comme celle de l'intention du législateur⁹⁰.

Il ne fait pas de doute que les droits et libertés interpellent un jugement interprétatif et qu'en ce domaine, la force créative ou imaginante est déterminante. La pensée évolutive des droits et libertés en dépend largement. Les principes d'interprétation applicables sont bien établis, à commencer par celui selon lequel les droits et libertés doivent être interprétés de manière large et généreuse : l'approche interprétative doit être favorable aux droits et libertés. Dans le milieu juridique, beaucoup d'attention a été

88. Chaïm PERELMAN et V. ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

89. Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1.

90. Stéphane BERNATCHEZ, « De la représentation du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur : les fondements et les limites de la démocratie représentative », (2007) 48 *C. de D.* 449.

portée à ce travail d'interprétation en matière de droits et libertés, et nous ne comptons pas approfondir davantage cette question dans le présent texte⁹¹. Par exemple, la méthode contextuelle doit prévaloir en matière d'interprétation des droits de la personne, par opposition à une approche formaliste. Voici, à cet égard, ce qu'écrivent Michel Coutu et Pierre Bosset :

De fait, plusieurs décisions des tribunaux de droit commun favorisèrent une approche qu'on peut qualifier de formaliste, en ce que le contexte d'énonciation de la norme (l'influence du droit international, par exemple, ou la cohérence et la spécificité d'ensemble de la Charte québécoise), le contexte juridique évolutif déterminant le contenu de la norme (l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en particulier), et le contexte social dans lequel s'inscrit la norme ainsi que les conséquences pratiques susceptibles de résulter du choix d'une interprétation déterminée, ne furent guère pris en considération. On s'en remet surtout à une analyse conceptuelle peu adaptée à l'interprétation d'un texte novateur de valeur fondamentale⁹².

Pour illustrer une telle approche, en la distinguant d'une approche civiliste, l'arrêt *Vallée*⁹³ de la Cour d'appel du Québec a certes une valeur heuristique. Dans cette affaire, il s'agissait de décider si l'article 48 de la Charte québécoise, qui protège toute personne âgée ou toute personne handicapée contre l'exploitation, confère un droit distinct de ceux prévus par le *Code civil du Québec*. Pour justifier sa décision de retenir une interprétation large du droit énoncé à l'article 48 de la Charte, la juge Thibault

91. Voir notamment : Stéphane BERNATCHEZ, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, à la page 333.

92. Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, volume 2, Études, Montréal, CDPDJ, 2003, p. 247, aux pages 251-252.

93. *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 R.J.Q. 961 (C.A.).

réfère à la fois aux règles usuelles d'interprétation d'une loi quasi constitutionnelle, aux termes absolus dans lesquels le législateur a décrit le droit conféré par l'article 48, au contexte législatif international qui montre que « la communauté internationale reconnaît le besoin d'adopter des mesures sociales susceptibles de protéger les personnes âgées parce que celles-ci sont considérées comme des personnes vulnérables » et aux insuffisances des dispositions du Code civil du Québec⁹⁴.

Si cette question du jugement juridique propre aux droits de la personne a déjà été bien examinée ailleurs, il en va autrement de l'autre caractéristique du mode de raisonnement juridique propre aux droits et libertés, qui sera maintenant étudiée et qui participe aussi d'une approche contextuelle.

Au-delà, donc, de la dimension fortement interprétative des droits et libertés, ce qui semble distinguer le jugement relatif aux droits de la personne, c'est le recours aux valeurs⁹⁵ et aux conceptions de la justice d'arrière-plan, qui justifient et fondent les décisions. Il serait sans doute possible de montrer que le droit civil a aussi recours à de telles conceptions, mais les notions juridiques semblent peser, dans un style plus formaliste, très lourdement sur le juriste⁹⁶. Ce n'est pas dire que de telles notions sont absentes du droit quasi constitutionnel, mais les conceptions de la justice y prennent une place beaucoup plus grande et y

94. *Id.*, par. 25 et suiv.

95. Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997.

96. À titre d'exemple de telles contraintes civilistes sur le raisonnement en matière de Charte, voir *de Montigny c. Brossard*, préc., note 56, au par. 59, où le juge LeBel a recours à la notion de faute pour établir l'atteinte illicite au droit à la vie : « Dans le cas sous étude, on ne saurait mettre en doute le caractère illicite de l'atteinte, qui était aussi une faute civile au sens du droit de la responsabilité civile. L'affirmation, dès l'art. 1 de la *Charte*, du droit à la vie témoigne de l'importance fondamentale que revêt ce dernier pour la société québécoise. Les meurtres de Liliane, Claudia et Béatrice par Martin Brossard, dont la responsabilité civile n'est pas remise en question, constituent pour ses victimes l'ultime atteinte à ce droit. Le premier critère de l'art. 49 est donc rempli. »

occupent un rôle dont l'importance rivalise avec celle des concepts juridiques.

Dès les premières analyses de la jurisprudence en matière de droits et libertés, les auteurs ont mis de l'avant la fonction éthique des juges lorsqu'ils appliquent les chartes⁹⁷. Bien que cette éthicisation du droit⁹⁸ ait posé de réelles difficultés⁹⁹ aux juges et à la logique juridique, cet appel à l'éthique et aux conceptions de la justice dans le jugement judiciaire constitue une transformation de la fonction de juger observée principalement dans le domaine des droits et libertés.

Alors que l'éthique relève de la philosophie morale et que les conceptions de la justice se situent davantage dans le champ de la philosophie politique, elles partagent certains fondements qui permettent d'établir des idéaux-types. Ainsi, la philosophie politique qu'est l'utilitarisme constitue une éthique conséquentialiste, et le libéralisme des droits, une éthique déontologique. C'est d'ailleurs l'une des distinctions classiques, maintes fois répétées dans les traités, notamment dans l'ouvrage

-
97. Georges A. LEGAULT, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada » (1989) 1 *Ethica* 95; Luc BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », dans Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGEOULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, à la page 221.
98. Georges A. LEGAULT, *L'hypothèse de l'éthicisation du droit. Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice »?*, Collection Essais et conférences, Document 11, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Éditions G.G.C., 2001; Georges A. LEGAULT, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée », (2001) 3 *Éthique publique* 69.
99. Luc BÉGIN, « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez », dans Josiane BOULAD-AYOUB, dir., *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Diké*. Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement de sciences, 1995, 299; Georges LEGAULT, « La crise des représentations en droit » dans Josiane BOULAD-AYOUB, dir., *id.*, à la page 247; Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006) 85 *Revue du Barreau canadien* 221.

Justice. What's the Right Thing to Do?, de Michael Sandel¹⁰⁰. Ce dernier ajoute un troisième idéal-type – qu'il privilégie –, l'éthique du bien commun d'origine aristotélicienne¹⁰¹, orientée vers la finalité, le *telos*, ou la vertu, l'*arêtè*. C'est ainsi, par exemple, que pour Aristote, la vertu (ou l'excellence) d'un œil est de bien voir et celle d'un cheval, de bien remplir ses fonctions de cheval¹⁰².

Over the course of this journey, we've explored three approaches to justice. One says justice means maximizing utility or welfare – the greatest happiness for the greatest number. The second says justice means respecting the freedom of choice – either the actual choices people make in a free market (the libertarian view) or the hypothetical choices people *would* make in an original position of equality (the liberal egalitarian view). The third says justice involves cultivating virtue and reasoning about the common good. As you've probably guess by now, I favor a version of the third approach¹⁰³.

Évidemment, comme le démontre l'exemple du cheval, l'essentialisme naturaliste propre à l'Antiquité grecque doit être aujourd'hui pensé à la lumière de la liberté issue du moment kantien, ce qui signifie que la vertu ne peut être établie sur la base d'un déterminisme cosmologique, mais plutôt en fonction de la construction humaine ou sociale. Par ailleurs, Sandel rejette l'idée selon laquelle « les droits devraient se fonder sur les valeurs ou les préférences dominantes dans une société donnée à un moment

100. Michael SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, New York, FSG, 2009.

101. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Garnier Flammarion, 1965.

102. *Id.*, à la page 52, livre II, chap. VI: « Il faut dire que toute vertu, selon la qualité dont elle est la perfection, est ce qui produit cette perfection et fournit le mieux le résultat attendu. Par exemple, la vertu de l'œil exerce l'œil et lui fait remplir sa fonction d'une façon satisfaisante; c'est par la vertu de l'œil que nous voyons distinctement. De même la vertu du cheval fait de lui un bon cheval apte à la course, à recevoir le cavalier et capable de supporter le choc de l'ennemi ».

103. M. SANDEL, préc., note 100, à la page 260.

donné »¹⁰⁴. Selon Sandel, les intérêts et le bien-être général de l'utilitarisme ainsi que la liberté de choix du libéralisme ou, plus encore, du libertarisme s'avèrent également insuffisants pour fonder une éthique collective, puisque la logique des intérêts et celle de la liberté de choix ne permettent pas de fonder une culture partagée de la vie bonne. Si l'approche libérale a l'avantage, par rapport à la philosophie utilitariste, de penser les droits individuels, elle demeure néanmoins insuffisamment réflexive :

The freedom-based theories solve the first problem but not the second. They take rights seriously and insist that justice is more than mere calculation. Although they disagree among themselves about which rights should outweigh utilitarian considerations, they agree that certain rights are fundamental and must be respected.

But beyond singling out certain rights as worthy of respect, they accept people's preferences as they are. They don't require us to question or challenge the preferences and desires we bring to public life. According to these theories, the moral worth of the ends we pursue, the meaning and signification of the lives we lead, and the quality and character of the common life we share all lie beyond the domain of justice.

This seems to me mistaken. A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise¹⁰⁵.

Comme l'écrit Mélanie Samson, « le droit privé et le droit public ne relèvent pas de la même philosophie »¹⁰⁶. S'il est vrai que le droit privé renvoie davantage à des intérêts privés et à la liberté

104. Michael SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, à la page 270.

105. M. SANDEL, préc., note 100, aux pages 260-261.

106. M. SAMSON, préc., note 6, à la page 99. Sur cette distinction, voir aussi : Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607.

individuelle, le droit public n'ignore cependant pas de telles considérations, même si les libertés individuelles s'y apprécient en fonction de l'intérêt général. L'article 9.1 de la charte québécoise prévoit à cet effet que « Les libertés et droit fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Si la référence à l'utilitarisme est ici explicite, ce n'est pas dire que cette philosophie politique s'impose pour expliquer la philosophie de la charte québécoise¹⁰⁷.

Il est néanmoins possible de lire dans la jurisprudence de la Cour suprême des décisions fondées sur le calcul comparatif des bienfaits causés par rapport aux conséquences néfastes. Dans l'arrêt *Amselem*, par exemple, l'opinion majoritaire en arrive à la conclusion suivante :

En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion¹⁰⁸.

Suivant ce que prétend Sandel, il serait difficile dans une société qui poursuit un objectif de justice de ne retenir qu'une telle conception utilitariste pour fonder la justice, et ce, pour différentes raisons. Premièrement, il est difficile de déterminer un étalon pour mesurer et comparer les bienfaits et les conséquences néfastes. Serait-ce le plaisir (Bentham), le bonheur (Mill), la

107. David ROBITAILLE, « La Charte québécoise ou la consécration du libéralisme égalitaire de John Rawls », (2004) 34 *R.G.D.* 47.

108. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 84. Dans sa dissidence (par. 207), le juge Binnie fait observer qu'« Il ne s'agit pas simplement en l'espèce de soupeser les avantages et les désavantages, c'est-à-dire de se demander si, de l'avis de la Cour, le fait d'interdire aux appelants de construire une soucchah personnelle leur causerait un désavantage plus grand que celui que subiraient les copropriétaires si un certain nombre de soucchahs étaient construites sur les balcons de l'immeuble ».

richesse (l'analyse économique du droit)? Deuxièmement, à supposer qu'il soit possible de le faire, est-ce que tout sera calculable sur cette base? Troisièmement, dans une éthique conséquentialiste, il est supposé qu'il est possible de connaître, avec certitude, les conséquences. Or, il n'est pas nécessaire d'argumenter longtemps pour illustrer l'inévitable incertitude à l'œuvre dans tout jugement. Quatrièmement, préoccupé par l'intérêt général, que l'on cherche à maximiser, l'utilitarisme s'avère insuffisant pour penser les droits individuels, comme l'a bien démontré la critique libérale.

Si le libéralisme a l'avantage de remédier à cette dernière limite, il maintient néanmoins telles quelles les préférences individuelles et les conceptions fondamentales. Ainsi, les conceptions métaphysiques du bien ou de la vie bonne sont exclues de la sphère publique et demeurent dans la sphère privée, ce qui limite d'autant les possibilités de la démocratie libérale délibérative. C'est d'ailleurs en ce sens que Jürgen Habermas a reproché au libéralisme politique de John Rawls d'exclure du débat démocratique, selon un principe d'évitement, les conceptions déraisonnables du bien, ou les doctrines morales métaphysiques¹⁰⁹. Comment savoir si elles le sont vraiment puisqu'elles sont exclues *a priori* de la discussion publique?

Bien que ces questions soient difficiles, qu'il existe nécessairement des controverses quant aux différentes conceptions du bien qui s'affrontent sur tout sujet, il paraît difficile d'exclure de telles considérations de l'opération du jugement. Cette question de la priorité du juste sur le bien, ou du bien sur le juste, est l'une des grandes questions ayant divisé les philosophes contemporains. Au sens épistémologique, la priorité du juste signifie que « la justification des principes de justice spécifiant nos droits ne dépend d'aucune conception particulière de la vie bonne »¹¹⁰. Selon le libéralisme, la justice pourrait être déduite indépendamment de toute conception du bien : « the government

109. Jürgen HABERMAS et John RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997.

110. M. SANDEL, préc., note 104, à la page 269.

must be neutral on what might be called the question of the good life [...] political decisions must be, so far as is possible, independent of any particular conception of the good life, or of what gives value to life »¹¹¹. Si la conception libérale permet une justification des principes de justice fondée sur une conception du bien conçu comme les valeurs des droits et libertés de la personne¹¹², Sandel estime, quant à lui, que les principes de justice ne peuvent être pensés sans une conception du bien :

pour que la justice soit la première des vertus, il faut que certaines choses soient vraies à propos de nous. Il faut que nous soyons des créatures d'un certain genre, et que nous soyons liés au contexte humain d'une certaine manière. Nous devons être situés à une certaine distance du contexte dans lequel nous sommes placés [...]¹¹³.

Sur cette base, les questions de droits de la personne soulèvent, inévitablement, la question ontologique de savoir « qu'est-ce qu'un droit? ». Qu'est-ce que le droit à l'égalité? Que signifient le droit à la liberté de conscience et de religion, le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation? Qu'est-ce que la protection contre le harcèlement, la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires? Cette question de théorie du droit, ou de théorie des droits, s'accompagne souvent de questions portant aussi sur le *telos* des différents éléments considérés : qu'est-ce que l'égalité, la conscience ou la religion? Quelle vertu veut-on honorer s'agissant, par exemple, de la dignité, du harcèlement ou du pardon? Bref, ces réflexions, qui relèvent d'une éthique du bien commun et de la vertu, caractérisent le jugement relatif aux droits de la personne, comme il convient de l'examiner maintenant à partir de deux exemples.

111. Ronald DWORKIN, « Liberalism » reproduit dans Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle* Cambridge, Harvard University Press, 1985, aux pages 181-204, à la page 191.

112. Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la Charte: Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487.

113. M. SANDEL, préc., note 104, à la page 255.

B. Deux exemples de raisonnement fondé sur les droits de la personne

Le premier exemple est une affaire bien connue portant sur les conjoints de fait et posant la question : « Les conjoints de fait sont-ils victimes de discrimination au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne (Charte)* parce que le *Code civil du Québec (C.c.Q.)* ne leur accorde pas de droit à des aliments, au partage du patrimoine familial, à la protection de la résidence familiale, à la société d'acquêts et à la prestation compensatoire? »¹¹⁴

Dans la résolution de ce problème juridique s'opposent clairement des conceptions civiliste et chartiste, ainsi que des conceptions de la justice à travers les notions de « liberté de choix » et de « finalité » du droit à des aliments et du partage du patrimoine familial. L'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Québec, rédigée par la juge Dutil, réfère à l'arrêt *Walsh* de la Cour suprême du Canada, dans lequel le juge Gonthier établit une distinction entre le partage de biens patrimoniaux et la pension alimentaire.

Le partage des biens matrimoniaux et la pension alimentaire visent des objectifs différents. L'un vise à partager des biens selon un régime matrimonial choisi par les parties, soit directement par contrat, soit indirectement par le fait du mariage, alors que l'autre vise à atteindre un objectif social : répondre aux besoins des époux et de leurs enfants. La Cour reconnaît aussi dans *M. c. H.*, précité, par. 93, qu'un des objectifs de la pension alimentaire est d'alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de soutien aux personnes indigentes sur les époux qui sont capables de subvenir à leurs besoins. L'obligation alimentaire répond aux préoccupations sociales relatives aux situations de dépendance qui peuvent exister dans les unions de fait. Toutefois, cette obligation, à la différence du partage des biens matrimoniaux, n'est

114. *Droit de la famille — 102866*, 2010 QCCA 1978 (CanLII) (en appel à la Cour suprême du Canada)

pas de nature contractuelle. Des principes entièrement différents sous-tendent les deux régimes¹¹⁵.

S'appuyant sur cette opinion, la juge Dutil souligne leurs objectifs différents : « Alors que l'un vise à partager des biens selon un régime contractuel ou légal, la pension alimentaire a pour sa part un objectif social »¹¹⁶. Comme l'écrit la juge Dutil, « cette distinction est importante. En effet, la pension alimentaire répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale, alors que le partage des biens a une origine contractuelle »¹¹⁷. Dans l'analyse de la discrimination, le *telos* est une fois de plus précisé :

L'obligation alimentaire ne découle donc pas uniquement d'un engagement contractuel, il s'agit d'une obligation sociale envers les membres de la cellule familiale rapprochée¹¹⁸.

S'opposent ici la logique contractuelle du droit civil et l'objectif de solidarité sociale du droit à l'égalité¹¹⁹. De la même manière, lorsqu'il s'agit d'examiner si l'exclusion des conjoints de fait de l'application de l'article 585 du C.c.Q. est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte, la question oppose clairement le libre choix accordé aux couples et l'objectif social. Quoiqu'il soit toujours possible de s'interroger sur l'exercice de cette liberté de choix¹²⁰, la juge Dutil s'en remet à cet objectif de préserver la liberté de choix pour l'analyse de la proportionnalité. Cependant, « puisque ce n'est pas une obligation contractuelle, mais qu'elle est plutôt fondée sur la solidarité familiale, la liberté de choix ne saurait être un argument déterminant »¹²¹.

115. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 204.

116. *Droit de la famille — 102866*, préc., note 114, par. 67.

117. *Id.*, par. 68.

118. *Id.*, par. 101.

119. Sur une telle conception relationnelle des droits, voir Jennifer NEDELSKY, « Reconceiving Rights as Relationship », (1993) 1 *Review of Constitutional Studies* 1.

120. *Droit de la famille — 102866*, préc., note 114, par. 136.

121. *Id.*, par. 140.

À la suite de cette décision majoritaire de la Cour d'appel – qui est portée en appel à la Cour suprême du Canada –, une des réactions civilistes¹²² a consisté à dénoncer la prédominance accordée à l'argument fondé sur le droit à l'égalité par rapport à la liberté contractuelle : « En bref, il semble que la Cour d'appel ait été obnubilée ici par l'argument de la discrimination sans analyser plus en profondeur la portée juridique réelle de la disposition du Code civil qui serait discriminatoire »¹²³. Selon cette perspective civiliste, « la sacro-sainte liberté de choix que revendiquent de nombreux conjoints de fait »¹²⁴ doit être privilégiée par rapport au droit à l'égalité. La question soulevée par cet arrêt démontre clairement l'opposition entre la logique civiliste et la logique des droits de la personne.

Le second exemple est tiré du rapport d'enquête du Conseil de la magistrature concernant le juge Richard Therrien¹²⁵. Il est intéressant pour nos fins d'examiner l'opinion du membre minoritaire, la juge Rivet, puisqu'elle est caractéristique de ce que nous identifions ici comme un jugement typique des droits de la personne. Rappelons brièvement qu'il s'agissait, pour le Comité¹²⁶, de déterminer si le candidat à la magistrature était justifié de répondre négativement à la question « Avez-vous eu des démêlés avec la justice? », considérant qu'il avait été condamné le 15 avril 1971 à un an de prison relativement à sa participation aux événements d'octobre 1970¹²⁷ et qu'il en avait obtenu le pardon en

122. Évidemment, il n'y a pas unanimité chez les civilistes sur cette question. Comparer, par exemple, les opinions de mes collègues Anne-Marie SAVARD, « Comment l'argument discriminatoire peut masquer la réalité », *Le Devoir*, 12 novembre 2010 et Marie-France BUREAU, « Jugement Lolla: la faillite du tout ou rien », *La Presse*, 6 novembre 2010.

123. A.-M. SAVARD, *id.*

124. *Id.*

125. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 11 juillet 1997, rapporté à : *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, 1997 CanLII 4665 (QC CM).

126. Les membres majoritaires sont Jacques Lachapelle, juge en chef adjoint, Chambre civile, qui agissait à titre de président du Comité d'enquête, Michel Caron, avocat, Pierre Lalande, juge en chef, Cour municipale, Ville de Laval, André Quesnel, juge, Cour du Québec.

127. Il était alors étudiant en droit. Il couchait alors parfois (parce que « trop énervé, trop apeuré ») dans l'appartement de sa sœur, où des membres

1987. L'une des questions que soulève cette affaire est celle de savoir ce que signifie en l'espèce la protection offerte par l'article 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

18.2 Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

C'est précisément parce qu'il avait obtenu un pardon que Richard Therrien avait estimé qu'il pouvait répondre négativement à la question. Il avait répondu positivement lors d'entrevues survenues dans le cadre de concours antérieurs (il s'agissait de sa quatrième mise en candidature), sans obtenir le poste de juge qu'il convoitait.

L'opinion dissidente de la juge Rivet, qui était alors présidente du Tribunal des droits de la personne, débute par une étude de la signification et de la portée du pardon.

Le décret de pardon modifie le caractère définitif d'un jugement de condamnation à compter de sa date d'émission en énonçant que, dorénavant, la personne réhabilitée ne devrait plus voir sa réputation dévaluée ou entachée par la condamnation pardonnée. De plus, le pardon doit être compris de manière à exclure toute atteinte à la vie privée ou tout traitement discriminatoire pour la personne en ayant ainsi bénéficié. Ce sont là les prescriptions incontournables qui se dégagent, à mon avis, de la protection constitutionnelle et quasi constitutionnelle qu'accordent respectivement la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Qué-

du FLQ ont été hébergés. Il a plaidé coupable à des accusations d'avoir fourni une aide quelconque à ces personnes dans l'intention d'empêcher ainsi leur arrestation et d'avoir communiqué des déclarations pour le compte de l'Association Illégale.

bec, prescriptions qui doivent nécessairement guider notre interprétation¹²⁸.

Après avoir examiné la question : « qu'est-ce qu'un pardon ? », la juge Rivet pose ensuite la question : qu'est-ce qu'un droit ? Déterminant que Richard Therrien « a droit au respect de ses droits fondamentaux; il a droit de ne pas faire l'objet de discrimination dans le cadre d'une procédure pour fins de sélection à un poste de juge pour un motif protégé par les Chartes »¹²⁹, elle estime qu'en vertu du droit au respect de la vie privée, « le pardon fait entrer alors les infractions pardonnées dans le domaine de la « sphère intime » protégée par la Charte du Québec »¹³⁰. Elle détermine ensuite l'objectif de l'article 18.2, ce qui se conçoit dans l'esprit aristotélicien comme la vertu que cette garantie veut honorer.

L'article 18.2 a été ajouté à la Charte en 1982 en réponse essentiellement au refus des tribunaux de considérer que la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires était couverte par le motif de la condition sociale déjà inscrit à l'article 10 de la Charte. L'objet de l'article 18.2 est très large. Il veut éradiquer la stigmatisation, les stéréotypes et les préjugés qui découlent d'une condamnation pénale et ce, sans exception aucune, lorsque la personne qui a été condamnée a aussi obtenu le pardon.

« Libérée du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes, subtiles ou répugnantes », la personne pardonnée peut ainsi, dans le domaine de l'emploi, voir sa candidature évaluée, en toute égalité, selon ses mérites propres. À l'instar des autres dispositions de la Charte, l'article 18.2 commande une lecture large, susceptible d'atteindre les buts poursuivis par le législateur en conformité avec les objectifs précisés dans le préambule de la Charte [...]¹³¹

128. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, aux pages 45-46.

129. *Id.*, à la page 46.

130. *Id.*, à la page 48.

131. *Id.*, à la page 51.

La question devient celle de savoir si un juge exerce un « emploi » au sens de l'article 18.2. Qu'est-ce qu'un emploi ? Alors que la juge Rivet est d'avis, aux termes de son analyse juridique, que le juge Therrien exerce un tel emploi, l'un des membres majoritaires était d'opinion que la fonction de juge ne constitue pas un emploi « bien qu'il y ait certaines caractéristiques relatives à un emploi »¹³².

En formulant la question en fonction de la logique et des objectifs de la Charte, la juge Rivet en arrive à la conclusion que l'article 18.2 est applicable : « ne peut-on pas dire ici que ce sont les antécédents judiciaires qui sont la cause véritable de la présente plainte contre l'intimé, sa réponse négative n'étant que la conséquence de la prise en compte de ces antécédents, à son détriment, lors d'entrevues antérieures »¹³³. Comme l'a fait observer la Commission des droits de la personne du Québec, « une question portant sur des accusations ou des condamnations pénales ou criminelles antérieures, sans autre précision, peut laisser présumer que l'employeur n'a pas l'intention de respecter 18.2, et constituer une présomption de fait en cas de plainte à la Commission »¹³⁴. C'est précisément pour éviter cela que la Commission avait déjà suggéré de demander plutôt « s'il y a eu condamnation pour une infraction pénale ou criminelle » « ayant un lien avec l'emploi et pour laquelle vous n'avez pas obtenu une réhabilitation (autrefois appelée un pardon), ou encore énumérer les types d'infraction jugés incompatibles avec un emploi donné »¹³⁵.

La juge Rivet cite ensuite un extrait du témoignage du juge Therrien devant le Comité, qui a fait part de sa réflexion l'ayant amené à conclure qu'il pouvait répondre négativement à la question :

132. *Id.*, à la page 34 (j. Lalonde).

133. *Id.*, à la page 55.

134. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Les formulaires de demandes d'emploi et les entrevues relatives à un emploi*, décembre 1992, sous la rubrique « Remarques préliminaires » (information tirée de l'opinion dissidente, à la page 57).

135. *Id.*

Ce que j'ai fait, c'est que j'ai analysé ce qui s'était passé et j'ai dit: bon, bien c'est clair que pour moi, le fait d'avoir des antécédents judiciaires semble tout à fait déterminant, capital dans ces comités-là, ça paraît dans la figure des gens.

[...] Je me suis assis et je me suis dit: quel est l'esprit de cette loi-là, quel est l'objet de cette loi-là ... alors moi, je pense que je suis légitime de répondre non à cette question-là, si ça annule ma condamnation et si l'esprit de la loi est à cet effet-là. Je me suis peut-être trompé, c'est vous qui en jugerez, mais c'est de même que j'ai analysé cela.¹³⁶

S'appuyant sur le texte de la *Loi sur le casier judiciaire*, qui prévoyait, en 1987, soit lorsque le pardon a été accordé à Richard Therrien, que le pardon « annule la condamnation pour laquelle il est accordé », et qui, depuis 1992, énonce que le « pardon efface les conséquences de la condamnation », la juge Rivet conclut qu'il pouvait, sans mentir, nier la condamnation.

À l'appui de son opinion, la juge Rivet cite la doctrine relative à la Charte¹³⁷. À la fin de son opinion, elle réaffirme le *telos*, ou la vertu que la Charte veut honorer en protégeant le droit à l'égalité:

Richard Therrien espérait être jugé à son mérite, « selon l'égalité des chances » et selon sa « valeur intrinsèque ». C'est là l'objectif fondamental de la protection législative contre la discrimination, notamment de celle fondée sur

136. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, aux pages 61-62. Ces extraits correspondent aux pages 55 et 59 des notes sténographiques du 25 mars 1997.

137. Elle cite notamment Thomas J. SINGLETON, « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens », (1993) 72 *Revue du Barreau canadien* 456 et Christian BRUNELLE, « La charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif », (1995) 29 *R.J.T.* 313.

les antécédents judiciaires, a fortiori lorsqu'il y a eu pardon¹³⁸.

Enfin, tout en rappelant qu'au moment des faits et de son arrestation, Richard Therrien était mineur (l'âge de la majorité était alors de 21 ans), qu'il a été admis au Barreau du Québec avant même d'avoir obtenu le pardon et qu'il est un exemple de « réhabilitation parfaitement réussie »¹³⁹, la juge Rivet cite des extraits de la sentence prononcée le 15 avril 1971 par le juge Antonio Lamer, dont le dernier paragraphe se lit comme suit:

À vous, Richard et Colette Therrien je vous le dis avec toute la sincérité que je puis avoir dans un présent cas, j'ai sentenced des hommes à vie et j'ai sentenced des hommes à vingt-cinq ans de pénitencier, mais aujourd'hui ça été la sentence la plus pénible¹⁴⁰.

Plus fondamentalement encore, cette affaire Therrien soulevait la question : qu'est-ce qu'un juge? Cela apparaît plus clairement encore dans le jugement que rendra la Cour suprême du Canada¹⁴¹, sous la plume du juge Gonthier : « La décision est, avant toute chose, intimement liée au rôle que le juge est appelé à y jouer et à l'image d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité qu'il doit dégager et s'efforcer de préserver »¹⁴².

La fonction judiciaire est tout à fait unique. Notre société confie d'importants pouvoirs et responsabilités aux membres de sa magistrature. Mis à part l'exercice de ce rôle traditionnel d'arbitre chargé de trancher les litiges et de départager les droits de chacune des parties, le juge est aussi responsable de protéger l'équilibre des compétences constitutionnelles entre les deux paliers de gouvernement, propres à notre État fédéral. En outre, depuis l'adoption

138. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, à la page 64.

139. *Id.*, à la page 67.

140. *R. c. Richard et Colette Therrien*, Cour du Banc de la Reine, présidence de l'Honorable juge Antonio Lamer, j.c.s., causes no : 70-7251 et 70-7252, 15 avril 1971, à la page 19 (cité par la juge Rivet, *id.*, à la page 66).

141. *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3.

142. *Id.*, par. 107.

de la *Charte canadienne*, il est devenu un défenseur de premier plan des libertés individuelles et des droits de la personne et le gardien des valeurs qui y sont enchâssées : *Beauregard*, précité, p. 70, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 123. En ce sens, aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, le juge est d'abord celui qui dit la loi, qui lui reconnaît des droits ou lui impose des obligations.

Puis, au-delà du juriste chargé de résoudre les conflits entre les parties, le juge joue également un rôle fondamental pour l'observateur externe du système judiciaire. Le juge constitue le pilier de l'ensemble du système de justice et des droits et libertés que celui-ci tend à promouvoir et à protéger. Ainsi, pour les citoyens, non seulement le juge promet-il, par son serment, de servir les idéaux de Justice et de Vérité sur lesquels reposent la primauté du droit au Canada et le fondement de notre démocratie, mais il est appelé à les incarner (le juge Jean Beetz, Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10^e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), p. 70-71).

En ce sens, les qualités personnelles, la conduite et l'image que le juge projette sont tributaires de celles de l'ensemble du système judiciaire et, par le fait même, de la confiance que le public place en celui-ci. Le maintien de cette confiance du public en son système de justice est garant de son efficacité et de son bon fonctionnement. Bien plus, la confiance du public assure le bien-être général et la paix sociale en maintenant un État de droit. [...]

La population exigera donc de celui qui exerce une fonction judiciaire une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse avoir un tel comportement. Il devra être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Les exigences à son endroit se situent à un niveau bien supérieur à celui de ses concitoyens.¹⁴³

143. *Id.*, par. 108-111.

Le juge Gonthier cite par la suite deux professeurs :

[L]a vulnérabilité du juge est nettement plus grande que celle du commun des mortels, ou des «élites» en général : c'est un peu comme si sa fonction, qui consiste à juger autrui, lui imposait de se placer hors de portée du jugement d'autrui¹⁴⁴.

[TRADUCTION] Les membres de notre magistrature sont, par tradition, astreints aux normes de retenue, de rectitude et de dignité les plus strictes. La population attend des juges qu'ils fassent preuve d'une sagesse, d'une rectitude, d'une dignité et d'une sensibilité quasi-surhumaines. Sans doute aucun autre groupe de la société n'est-il soumis à des attentes aussi élevées, tout en étant tenu d'accepter nombre de contraintes. De toute façon, il est indubitable que la nomination à un poste de juge entraîne une certaine perte de liberté pour la personne qui l'accepte¹⁴⁵.

Ce juge ainsi décrit ne souffrirait aucunement de la comparaison aux juges Jupiter, Hercule ou Hermès consacrés par la théorie contemporaine de l'interprétation juridique¹⁴⁶. Élevé au rang de surhomme ou de demi-dieu, le juge doit satisfaire à des exigences reposant sur un idéal qui viserait à assurer les garanties suffisantes d'intégrité et d'honnêteté. De manière plus pragmatique, la juge Rivet est d'avis que « la personne bien renseignée qui étudie la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ne peut pas être ébranlée et ne perd pas confiance

144. Yves Marie MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », (1999) 30 *R.D.U.S.* 1, aux pages 11-12.

145. Gerald L. GALL, *The Canadian Legal System*, Toronto, Carswell, 1977, à la page 167.

146. François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, à la page 241. La métaphore du juge Hercule avait été auparavant créée par Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986. Voir aussi Christelle LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », (2006) 47 *C. de D.* 623.

dans l'impartialité et l'intégrité, soit d'une part, du système judiciaire ou, d'autre part, du juge Therrien »¹⁴⁷.

Conclusion

Dans sa théorie sur le rôle du juge, le réaliste américain Karl Llewellyn a distingué deux types de jugement judiciaire : le style formel et le grand style. Si le formalisme juridique est assez bien connu, le grand style doit, quant à lui, être défini. Il s'appuie sur un double principe : « A piece of legislation, like any other rule of law, is, of course, meaningless without reason and purpose » et « Even when legislators do have demonstrable intentions – as with an open grab-bill – there can be times when a court has a duty of restrictive construction »¹⁴⁸. Le grand style « permet à la règle d'écarter dans une large mesure l'arbitraire, tout en laissant au juge une marge d'appréciation qui lui offre la possibilité d'apporter une solution « juste et avisée », qui prenne en compte les particularités de l'espèce et les changements de circonstances »¹⁴⁹. Bref, avec le grand style, « le praticien du droit se préoccupe de l'adéquation de la règle avec la vie »¹⁵⁰.

Bien que cela soit souvent omis lorsqu'il est question du réalisme juridique, Llewellyn avait aussi fait le constat des conceptions de la justice en arrière-plan des décisions :

[...] aucun homme ne peut se confronter longtemps aux choses du droit sans se convaincre que, derrière les

-
147. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, à la page 65.
148. Karl N. LLEWELLYN, « On the Current Recapture of the Grand Tradition », dans *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 215, à la page 228 (d'abord paru dans (1960) 9 *U. Chi. L. S. Record* 6).
149. Françoise MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, à la page 188. MICHAUT cite : K. LLEWELLYN, « On the Current Recapture of the Grand Tradition », *ibid.*, et « On Reading and Using the Newer Jurisprudence », dans *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, *id.*, p. 128, aux pages 134-135 (d'abord paru dans (1940) *Colum. L. Rev.* 581).
150. F. MICHAUT, *id.*, à la page 192.

choses qui quelquefois l'affolent, l'accablent ou le scandalisent, bat une exigence de droiture, de décence ou de justice : une tension vers un attribut idéal que les hommes peuvent considérer comme un objectif propre et même l'objectif ultime propre de tout droit et de toutes les institutions juridiques¹⁵¹.

Dans ce texte, par une étude de la logique des droits par opposition à la logique civiliste, nous avons tenté de montrer la nécessité de maintenir un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne. La Charte québécoise et les droits de la personne sont des matières juridiques qui exigent une compétence et une spécialisation particulières. Depuis sa création en 1990, le *Tribunal des droits de la personne* a développé une importante jurisprudence en interprétant les droits et libertés consacrés par la Charte. Plus spécifiquement, le droit à l'égalité constitue certes le droit le plus difficile à définir conceptuellement et à appliquer concrètement¹⁵². C'est pourquoi le ministre de la Justice Gil Rémillard avait jugé nécessaire de créer un tribunal judiciaire spécialisé. Il importe, par conséquent, de préserver un tribunal indépendant, impartial et spécialisé, qui jouit également d'une autonomie par rapport aux autres tribunaux, dont la Cour du Québec.

Enfin, pour assurer ces objectifs, le Tribunal a été, depuis ses débuts, composé non seulement de juges, mais aussi d'assesseurs. Les assesseurs sont chargés d'entendre les litiges, de conseiller le juge et de participer à la rédaction des décisions. La division qu'ils forment avec le juge doit jouir des mêmes garanties d'indépendance, d'impartialité et d'autonomie. La présence d'assesseurs est nécessaire afin de préserver l'expertise de ce Tribunal spécialisé en matière de droits de la personne.

-
151. Karl N. LEWELLYN, « One « Realist's » View on Natural Law for Judges » (1939), dans *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, préc., note 148, à la page 111 (traduction tirée de MICHAUT, *id.*, à la page 167).
152. Beverley McLACHLIN, « Equality : The Most Difficult Right », (2001) 14 S.C.L.R. (2d) 17.

Dans une décision récente¹⁵³, la Cour d'appel du Québec fait toutefois bien peu de cas de cette expertise du Tribunal des droits de la personne, la remettant même en question. En effet, écrivant pour ses collègues Duval Hesler et Dalphond, la juge Bich exprime ce qui suit :

Il n'est pas impossible que cet énoncé doive être nuancé quelque peu à la lumière du récent arrêt de la Cour suprême dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, mais il demeure en substance. Le Tribunal, en effet, quoiqu'il ait un mandat spécialisé, n'a pas reçu du législateur une mission exclusive, comme ce pouvait être le cas dans les affaires *Q*, *Ryan*, *Mattel* ou *Proprio-Direct* : celui ou celle qui s'estime victime de discrimination peut tout aussi bien s'adresser aux cours de justice, plutôt que de passer par le système de plainte mis en place par les articles 74 et s. de la *Charte* et qui seul peut aboutir à la saisine du Tribunal. La Commission elle-même est libre de saisir ou pas le Tribunal d'une affaire. Le degré d'expertise des cours de justice en matière de droits de la personne n'est pas moins grand que celui du Tribunal et il paraît clair que, tout en ménageant une voie particulière aux victimes de discrimination, le législateur n'a pas voulu empêcher le recours aux tribunaux judiciaires. Les décisions du Tribunal peuvent par ailleurs faire l'objet d'un appel, sur permission, en vertu de l'article 132 de la *Charte*, appel que l'article 133 assujettit aux règles du *Code de procédure civile*. Comme la Cour entend également les appels des jugements rendus dans ce domaine par les cours d'instance, cela lui permet d'assurer le développement harmonieux et cohérent du droit en la matière, s'agissant, comme en l'espèce, de questions de droit d'intérêt général et d'importance pour l'ensemble du système juridique.

Tout cela, malgré la présence d'une disposition d'inattaquabilité protégeant les décisions du Tribunal (art. 109 de la *Charte*), penche nettement en faveur de

153. *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041 (demande de permission d'appel déposée à la Cour suprême du Canada par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse).

l'application d'une norme d'intervention analogue à celle qui s'impose dans le cas des appels de l'ordre judiciaire, du moins en ce qui concerne les questions de droit d'importance générale. En pareil cas, les quelques arrêts de la Cour suprême relatifs aux décisions de ce tribunal semblent d'ailleurs avoir opté, en pratique, pour cette norme, approche que confirme l'affaire *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*. Sans doute, ainsi que le montre cet arrêt, toutes les décisions d'un tribunal des droits de la personne statuant sur une question de droit ne seront pas assujetties à la norme de la décision correcte, qui s'appliquerait toutefois lorsque la question est d'importance pour le système juridique et étrangère à son domaine d'expertise. C'est d'une question similaire dont il s'agit ici, à l'égard de laquelle le Tribunal, qui n'est pas investi d'une mission exclusive en la matière, ne possède en outre pas d'expertise particulière par rapport aux cours de justice¹⁵⁴.

Cet arrêt, qui propose une interprétation restrictive – plutôt que large et généreuse – de la Charte québécoise¹⁵⁵, soulève, au surplus, la question des rapports entre le droit des droits et libertés et, non pas le droit civil cette fois, mais le droit du travail : c'est là une autre question qu'il faudrait examiner¹⁵⁷.

154. *Id.*, par. 32-33.

155. Alors que la Charte protège contre la discrimination fondée sur l'âge, sauf dans la mesure prévue par la loi, l'interprétation restrictive consiste en l'espèce à s'en remettre à une exception implicite « prévue par la loi » pour permettre la discrimination sur l'âge. Voir le raisonnement au par. 54.

157. Tant l'interprétation restrictive de la Charte que cette question des rapports entre les droits de la personne et le droit du travail ne seront toutefois pas réexaminées par le pouvoir judiciaire dans cette affaire, puisque la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel (17 mai 2012, dossier 34586, juges LeBel, Abella, Cromwell).