

L'affaire des matrones de la Ville de Québec : de l'abstraction à la contextualisation

Louise Langevin

Volume 33, numéro 4, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043181ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043181ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Langevin, L. (1992). L'affaire des matrones de la Ville de Québec : de l'abstraction à la contextualisation. *Les Cahiers de droit*, 33(4), 1277–1299.
<https://doi.org/10.7202/043181ar>

Résumé de l'article

En droit, comme dans toutes les branches du savoir traditionnel, la méthode féministe de la contextualisation a joué un rôle important dans la dénonciation de l'abstraction, de l'« androcentricité » du savoir et de leurs conséquences néfastes sur les femmes. Dans l'affaire *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne*, l'auteure soutient que si le juge Nichols de la Cour d'appel du Québec avait adopté une approche davantage contextualisée et moins abstraite dans l'interprétation et l'application des concepts de discrimination et d'égalité des sexes, il aurait tout de suite conclu que les surveillantes de détenues étaient victimes de discrimination basée sur le sexe.

L'affaire des matrones de la Ville de Québec : de l'abstraction à la contextualisation*

Louise LANGEVIN**

En droit, comme dans toutes les branches du savoir traditionnel, la méthode féministe de la contextualisation a joué un rôle important dans la dénonciation de l'abstraction, de l'« androcentricité » du savoir et de leurs conséquences néfastes sur les femmes. Dans l'affaire Ville de Québec c. Commission des droits de la personne, l'auteure soutient que si le juge Nichols de la Cour d'appel du Québec avait adopté une approche davantage contextualisée et moins abstraite dans l'interprétation et l'application des concepts de discrimination et d'égalité des sexes, il aurait tout de suite conclu que les surveillantes de détenues étaient victimes de discrimination basée sur le sexe.

In Law, as in any other area of mainstream knowledge, the feminist method of contextualization has played an important role denouncing abstraction, maleness of knowledge, and their disastrous consequences on women. In the case Ville de Québec c. Commission des droits de la personne, the author argues that had Nichols J. adopted a more contextualized and less abstract approach to the interpretation and application of the concepts of equality and discrimination, he would have concluded that the female warders were victims of sex discrimination.

* L'auteure remercie la direction des *Cahiers de Droit* pour avoir accepté d'ajouter le prénom des auteures citées, modifiant ainsi la méthode de citation habituellement utilisée. Par l'ajout de prénoms, l'auteure a voulu souligner que les personnes qui écrivent en théorie féministe en général et appliquée au droit sont des femmes et que, malgré la pertinence de leurs critiques, leur production est souvent ignorée par le courant traditionnel.

** Professeure. Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. La méthode de la contextualisation appliquée au droit	1280
1.1 La légitime défense	1280
1.2 Le concept d'égalité	1281
2. Les décisions des instances antérieures	1285
2.1 Les faits	1285
2.2 La décision de la Cour supérieure du Québec	1286
2.3 La décision de la Cour d'appel du Québec	1287
3. L'analyse de quatre arguments	1288
3.1 Le recours à la liberté contractuelle	1289
3.2 Le recours au modèle classique d'égalité : l'homme comme norme	1291
3.3 Le rejet de la responsabilité : la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> comme cause de discrimination	1292
3.4 L'aveuglement volontaire : le refus de voir la discrimination systémique ..	1294
Conclusion	1298

Les faits sont connus, mais demeurent isolés et sans liens jusqu'à ce qu'un esprit inventif fournisse, un principe de connexion. Les perles sont là mais elles ne forment pas un collier avant que quelqu'un apporte le fil¹.

La dénonciation de l'abstraction, de ses conséquences néfastes sur les femmes et la nécessité de contextualiser constituent l'un des apports méthodologiques fondamentaux des critiques féministes² dans toutes les

1. WHEWELL, cité par Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 3, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 41.

2. J'emploie ici l'expression « critiques féministes », plutôt que les expressions « perspectives, pensées, discours, réflexions, approches, analyses féministes », pour souligner davantage l'entreprise de déconstruction du savoir traditionnel (entendre celui des hommes blancs) et de reconstruction par le mouvement féministe pour y inclure les réalités et les spécificités des femmes exclues par le savoir traditionnel. Le recours à la forme plurielle indique la diversité des points de vue féministes qui tiennent compte des expériences multiples et différentes des femmes.

J'ai mis de côté l'expression « théories féministes » ou « philosophie du droit féministe » (*feminist jurisprudence*) pour éviter le piège de l'essentialisme : il faut éviter de remplacer la grande théorie universelle absolue des hommes blancs par une autre grande théorie universelle absolue des femmes, qui ne serait en fait que partielle, biaisée et subjective. Voir, entre autres, à ce sujet : Martha MINOW, « Feminist Reason: Getting It and Losing It », (1988) 38 *J. Legal Educ.* 47 ; Deborah L. RHODE, « The Woman's Point of View », (1988) 38 *J. Legal Educ.* 39 ; Carol SMART, *Feminism and the Power of Law*, Londres, Routledge, 1989, ch. 4, p. 66 et suiv. ; Angela P. HARRIS, « Race and Essentialism in Feminist Legal Theory », (1990) 42 *Stan. L. Rev.* 581.

branches du savoir traditionnel³. Tout particulièrement en droit, la méthode féministe de la contextualisation⁴ a joué un rôle important dans la dénonciation de l'abstraction et de l'« androcentricité » du droit⁵.

Dans l'affaire *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne*⁶, si le juge Nichols de la Cour d'appel du Québec avait adopté une approche davantage contextualisée et moins abstraite dans l'interprétation et l'application des concepts de discrimination et d'égalité des sexes, il aurait tout de suite conclu à une situation de discrimination basée sur le sexe. C'est ce que je tenterai de démontrer dans le présent texte.

Après avoir présenté la méthode de la contextualisation appliquée au droit et résumé les décisions des instances antérieures, j'analyserai quatre motifs de l'opinion du juge Nichols dans l'affaire *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne* à partir d'un cadre théorique féministe, en contextualisant, c'est-à-dire en insistant sur des faits importants

Quant au qualificatif « féministe », pour moi, il désigne le mouvement, politique, militant, ou théorique, qui dénonce l'oppression des femmes dans la société patriarcale et qui cherche à corriger cette situation. D'un point de vue plus théorique, les critiques féministes tentent de reconceptualiser les cadres de la pensée androcentrique.

3. Sur la portée de la contextualisation féministe dans les diverses branches du savoir, voir Jill McCALLA VICKERS, « Memoirs of an Ontological Exile: The Methodological Rebellions of Feminist Research », dans Angela R. MILES et Geraldine FINN (dir.), *Feminism: From Pressure to Politics*, Montréal, Black Rose Books, 1982, p. 27, 34 et suiv. ; Margrit EICHLER, « Les six péchés capitaux sexistes », dans Huguette DAGENAIS (dir.), *Approches et méthodes de la recherche féministe, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche multidisciplinaire féministe (GREMF)*, à l'Université Laval, les 2, 3 et 4 mai 1985, pp. 17-29.
4. Par « méthode féministe de la contextualisation », j'entends l'importance de la prise en considération du contexte, des faits sociaux pertinents pour la réalité des femmes afin de dénoncer l'exclusion dont elles sont victimes dans la société patriarcale. On me permettra l'emploi du néologisme « contextualisation », compte tenu de l'absence de terme dans la langue française pour désigner cette réalité.
5. Les écrits féministes en droit sont nombreux, tant au Canada qu'aux États-Unis. Pour une intéressante application de la recherche féministe au droit, voir, entre autres, Lynn SMITH, « What is Feminist Legal Research ? », dans Winnie TOMM (dir.), *The Effects of Feminist Approaches on Research Methodologies*, Calgary, Institute for the Humanities, 1989, p. 71 ; Mary Jane MOSSMAN, « Feminism and Legal Method: The Difference it Makes », (1986) 3 *Austl. J.L. & Soc'y* 30.
6. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée le 28 septembre 1989. Pour un court commentaire sur cette affaire, voir Lucie LAMARCHE, « L'équité en emploi au Québec : une démarche ambiguë », (1990) 4 *R.J.F.D.* 113, 126-128. On pourra peut-être me reprocher ma réaction tardive quant à ce jugement rendu en 1989. Comme la permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été refusée et que ce jugement fait jurisprudence, je crois que ma critique demeure pertinente, compte tenu des conséquences néfastes que peut avoir ce jugement sur les femmes.

pour les femmes et en tentant de les replacer dans ce qui me semble être leur juste contexte.

1. La méthode de la contextualisation appliquée au droit

Dans sa quête vers une (supposée) plus grande objectivité, prévisibilité, neutralité et universalité, le droit fait beaucoup appel à l'abstraction⁷. Ainsi, dans la méthodologie classique du droit, sous le prétexte de tendre vers une plus grande abstraction — entendre vers une plus grande objectivité — seulement certains faits considérés comme pertinents à la résolution du litige sont retenus. Les critères utilisés pour distinguer entre faits pertinents et non pertinents peuvent varier. Par exemple, les juges refusent de tenir compte de certains faits en prétextant qu'il ne s'agit pas de questions à incidence juridique, mais plutôt de questions purement politiques qui ne les concernent pas⁸.

Devant cette abstraction, qui malheureusement trop souvent ne tient pas compte de l'expérience des femmes et qui leur est préjudiciable, la méthode féministe de la contextualisation appliquée au droit⁹ prend en considération d'autres faits, d'autres données sociales totalement ignorés par les juristes, fussent-ils juges, praticiens ou théoriciens, et qui sont d'une importance capitale pour les femmes dans leur accession à l'égalité. Considérons brièvement deux exemples illustrant cette méthode avant de recontextualiser l'affaire *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne*.

1.1 La légitime défense

En matière de légitime défense en droit criminel, seule la méthode de la contextualisation mise en avant par les juristes féministes a vraiment

7. Pour une critique féministe de la supposée neutralité et universalité du droit, voir, entre autres, Kathleen A. LAHEY, « ... Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell ... », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 519.
8. Voir la célèbre affaire *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, (1915) 47 C.S. 131, (1916) 25 B.R. 11, opinions des juges Archambault et Pelletier de la Cour du Banc du Roi qui refusent d'aborder les questions de politique et de morale qu'ils considèrent comme externes au litige.
9. Sur la contextualisation appliquée au droit, voir: Colleen SHEPPARD, « The I in the It: Reflections on a Feminist Approach to Constitutional Theory », dans Richard F. DEVLIN (dir.), *Feminist Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery, 1991, p. 64, 66; Katharine T. BARTLETT, « Feminist Legal Methods », (1990) 103 *Harv. L. Rev.* 829, 855 et suiv., qui emploie l'expression « feminist practical reasoning »; Mary EBERTS, « New Facts for Old: Observations on the Judicial Reform », dans Richard F. DEVLIN (dir.), *op. cit.*, p. 79. La juge Bertha WILSON mentionne aussi la contextualisation comme apport féministe au droit dans son discours traduit de l'anglais et publié dans: « Est-ce que des femmes juges feront une différence ? », (1990-91) 4 *R.J.F.D.* 359, 371.

permis de comprendre la réalité des femmes battues qui, sentant leur vie menacée, tuent leur conjoint violent. Traditionnellement, les tribunaux leur avaient refusé d'invoquer la légitime défense car, du point de vue abstrait de « l'homme raisonnable », la menace pour leur vie n'était pas considérée comme imminente :

S'il est difficile d'imaginer ce qu'un « homme ordinaire » ferait à la place d'un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l'hypothétique « homme raisonnable »¹⁰.

En tenant compte du contexte d'oppression économique, psychologique, sociale que vivent ces femmes, réalité qualifiée de « syndrome de la femme battue » par des spécialistes, et en acceptant en preuve leur témoignage, les tribunaux sont parvenus à comprendre la « raisonabilité » de la crainte subjective de ces femmes et à admettre la défense de légitime défense, ce qu'ils avaient refusé en analysant les faits hors contexte.

1.2 Le concept d'égalité

De même, en matière d'égalité, les juristes féministes ont dénoncé très tôt l'abstraction du modèle juridique classique, son incapacité à cerner la réalité des femmes, ses conséquences néfastes sur celles-ci et la nécessité de contextualiser pour atteindre une véritable égalité des sexes¹¹.

-
10. Voir *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 874, opinion unanime de la Cour suprême du Canada rédigée par la juge Wilson ; voir aussi Christine BOYLE, « A Feminist Approach to Criminal Defences », dans Richard F. DEVLIN (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 4 ; Mary EBERTS, *loc. cit.*, 79, 84 et suiv. ; Anne-Marie BOISVERT, « Chronique de jurisprudence — Légitime défense et le « syndrome de la femme battue » : *R. c. Lavallée* », (1991) 36 *R. D. McGill* 191.
11. Voir les critiques féministes suivantes sur le concept d'égalité : Catharine A. MACKINNON, « Making Sex Equality Real », dans Lynn SMITH *et al.* (dir.), *Righting the Balance : Canada's New Equality Rights*, Saskatoon, C.H.R.R., 1986, p. 37 ; Catharine A. MACKINNON, « Difference and Dominance : On Sex Discrimination », dans Catharine A. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32 ; Catharine A. MACKINNON, « On Exceptionality : Women as Women in Law », dans Catharine A. MACKINNON, *op. cit.*, p. 70 ; Catharine A. MACKINNON, « Reflections on Sex Equality Under Law », (1991) 100 *Yale L.J.* 1281 ; Gwen BRODSKY et Shelagh DAY, *La Charte canadienne et les droits des femmes : progrès ou recul ?*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989, ch. 7 et 8 ; Kathleen A. LAHEY, « Feminist Theories of (In) Equality », dans Sheila L. MARTIN et Kathleen E. MAHONEY (dir.), *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 71 ; Colleen SHEPPARD, « Recognition of the Disadvantaging of Women : The Promise of *Andrews v. Law Society of British Columbia* », (1989) 35 *R. D. McGill* 207 ; Colleen SHEPPARD, *loc. cit.*, note 9, 64 ; Colleen SHEPPARD, « Equality, Ideology and Oppression : Women and the

Selon l'approche classique de l'égalité, les semblables doivent être traités de façon semblable. Cependant, ce modèle ne précise pas les critères devant servir à la détermination des semblables et des traitements semblables. Encore moins s'inquiète-t-il des résultats obtenus par son application. L'affaire *Bliss c. Procureur général du Canada*¹², aujourd'hui renversée par l'affaire *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*¹³, illustre bien cette absence de norme à l'intérieur du concept même¹⁴ et les effets néfastes de cette approche pour les femmes. Selon le critère de classification retenu, il était possible de considérer que Mme Bliss n'était pas victime de discrimination, parce que toutes les travailleuses enceintes étaient traitées de la même façon par la *Loi sur l'assurance-chômage* alors en vigueur. Ou encore, en découpant la réalité entre personnes enceintes (les femmes) et personnes non enceintes (les femmes et les hommes), il était possible d'affirmer que toutes les personnes enceintes étaient traitées de la même façon et qu'il ne s'agissait pas de discrimination fondée sur le sexe, puisque hommes et femmes se trouvaient dans le même groupe. Cependant, on pouvait estimer qu'il y avait discrimination entre les travailleurs, parce que

Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Christine BOYLE *et al.* (dir.), *Charter-watch Reflections on Equality*, Toronto, Carswell, 1986, p. 195 ; Diana MAJURY, « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada », (1990-91) 4 *R.J.F.D.* 407 ; Donna GRESCHNER, « Judicial Approaches to Equality and Critical Legal Studies », dans Sheila L. MARTIN et Kathleen E. MAHONEY (dir.), *op. cit.*, p. 59 ; Judy FUDGE, « The Public/Private Distinction : The Possibilities of and the Limits to the Use of Charter Litigation to Further Feminist Struggles », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 485 ; Jill McCALLA VICKERS, « Equality Theories and Their Results : Equality-Seeking in a Cold Climate », dans Lynn SMITH *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 3.

12. *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, décision unanime rédigée par le juge Ritchie. Rappelons que Mme Bliss s'était vu refuser des prestations d'assurance chômage parce qu'elle ne comptait pas le nombre suffisant de semaines de travail exigées pour que les travailleuses enceintes reçoivent ces prestations pendant les semaines précédant et suivant l'accouchement. Ce nombre de semaines exigées était supérieur à celui qui était exigé des autres travailleurs. Un certificat médical attestait l'aptitude au travail de Mme Bliss en dépit de sa grossesse. Celle-ci aurait donc pu accumuler le nombre nécessaire de semaines de travail, n'eût été de la loi qui la forçait à cesser de travailler. Interprétant l'article 1 (b) de la *Déclaration canadienne des droits de la personne*, S.R.C. 1970, App. III, la Cour suprême avait décidé que la discrimination basée sur la grossesse ne constituait pas de la discrimination basée sur le sexe. Pour des critiques féministes de l'affaire *Bliss*, voir Sheila L. MARTIN, « Persisting Equality Implications of the « Bliss » Case », dans Sheila L. MARTIN et Kathleen E. MAHONEY (dir.), *op. cit.*, note 11, p. 195 ; Leslie A. PAL et F.L. MORTON, « *Bliss v. Attorney General of Canada: From Legal Defeat to Political Victory* », (1986) 24 *Osgoode Hall L.J.* 141.
13. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, décision unanime rédigée par le juge Dickson.
14. Voir Peter WESTEN, « The Empty Idea of Equality », (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 537.

Mme Bliss avait accumulé le nombre suffisant de semaines de travail exigé de tout travailleur.

Les critiques féministes ont dénoncé cette lacune du modèle où, camouflés sous des dehors de neutralité, les hommes deviennent le standard de comparaison auquel les femmes doivent se conformer. Pour accéder à l'égalité, c'est-à-dire pour être traitées de la même façon que les hommes, les femmes doivent donc leur ressembler. Quoique cette approche dite du « traitement identique¹⁵ » ait connu certains succès en matière de droit de vote, de droit à l'éducation et de droit au travail pour les femmes, elle a vite atteint ses limites. Outre qu'il valide la seule expérience des hommes, donc il rejette celle des femmes, ce modèle d'égalité s'est montré incapable de faire face à de véritables différences, c'est-à-dire lorsque la comparaison avec les hommes devient impossible, notamment en matière de reproduction¹⁶. Pour pallier ce problème du modèle, on l'a alors adapté en reconnaissant les différences par l'approche dite du « traitement différent ». Cette version modifiée du modèle classique a aussi connu un certain succès en accordant, entre autres, des congés de maternité aux femmes. Cependant, la masculinité de l'approche est vite ressortie. En situant les différences chez les femmes, cette approche modifiée « des semblables traités de façon semblable » souligne encore plus la masculinité du modèle en reconnaissant des valeurs dites féminines, à partir d'une conception masculine de la féminité, et maintient par le fait même les femmes dans les stéréotypes traditionnels.

Bref, en choisissant l'une ou l'autre approche de ce modèle essentiellement masculin — approches qui sont mutuellement exclusives —, les femmes sont perdantes : ou bien elles doivent ressembler aux hommes malgré leur différence, ou bien elles doivent s'en distinguer et payer le prix de la différence¹⁷.

Seule une approche contextualisée du concept d'égalité peut vraiment permettre d'atteindre une véritable égalité entre les sexes. Il ne s'agit plus de théoriser sur les ressemblances et les différences des femmes par rapport aux hommes, mais plutôt d'enrayer les conséquences désavanta-

15. Il est intéressant de noter que certains qualifient cette approche de « neutre » : la neutralité équivaldrait-elle à la masculinité ?

16. Voir Wendy W. WILLIAMS, « The Equality Crisis : Some Reflections on Culture, Courts and Feminism », (1982) 7 *Women's Rts. L. Rep.* 175. L'auteure critique l'approche du « traitement spécial » pour les femmes enceintes.

17. Voir, à ce sujet, la critique du modèle traditionnel de l'égalité par Catharine A. MACKINNON, *loc. cit.*, note 11. L'auteure propose le critère de la domination et de la subordination comme modèle d'égalité : dès qu'une loi ou un comportement a pour effet de subordonner un sexe à l'autre, il y aura atteinte au principe d'égalité.

geuses causées par une réalité sexuée sur les femmes. Pour reprendre l'expression de Catharine MacKinnon, il faut éviter que les femmes ne paient pour « la différence que cause la différence¹⁸ ». C'est cette approche qu'a suivie la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁹. Quoique cette première décision d'importance sur l'interprétation de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ait porté sur l'exigence de la citoyenneté canadienne pour être membre du Barreau de la Colombie-Britannique, et non sur la discrimination fondée sur le sexe, elle a quand même été accueillie avec beaucoup d'espoir par les Canadiennes, parce que l'interprétation proposée favorise l'atteinte d'une véritable égalité entre les sexes. Après avoir noté l'injustice du modèle aristotélien de l'égalité, « les semblables traités de façon semblable », le juge McIntyre le rejette pour adopter un modèle d'égalité basé sur les désavantages subis par des personnes ou des groupes à cause de certains critères personnels. Ainsi, des traitements identiques peuvent être jugés discriminatoires et porter atteinte au droit à l'égalité s'ils ont des effets néfastes sur des personnes ou des groupes. Ce modèle d'égalité proposé par le juge McIntyre ne précise pas cependant les personnes ou les groupes de personnes intéressés : un membre d'un groupe historiquement avantagé pourrait-il se plaindre de discrimination parce qu'un programme social ne s'applique pas à lui et lui cause ainsi préjudice ? Dans l'affaire *Turpin*²⁰, poussant plus loin le processus de contextualisation, le juge Wilson précise qu'il faut tenir compte de la place occupée par le groupe dans le contexte social, politique et juridique pour déterminer qui sont les « minorités discrètes et isolées » devant être protégées par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹.

Dans la résolution de litiges concernant les femmes, tant en droit criminel qu'en matière d'égalité, en considérant comme pertinents certains faits laissés de côté par l'approche traditionnelle, la méthode féministe de la contextualisation appliquée au droit a permis de dénoncer l'androcentricité des normes juridiques et les injustices ainsi créées envers les femmes.

18. Voir Catharine A. MACKINNON, *op. cit.*, note 11, ouvrage dans lequel l'auteure fait souvent référence à cette idée.

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

20. *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1332-1333. Voir aussi l'article écrit par Bertha WILSON, « Women, the Family, and the Constitutional Protection of Privacy », (1992) 17 *Queen's L.J.* 5, sur la méthode de la contextualisation en matière de litiges constitutionnels.

21. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

2. Les décisions des instances antérieures

Avant d'analyser, à partir de la méthode de la contextualisation, quatre des arguments retenus par le juge Nichols pour rejeter la plainte de discrimination portée par les matrones au service de la Ville de Québec, je résumerai brièvement les faits et les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel.

2.1 Les faits

Depuis le début des années 1950, la Ville de Québec embauche des femmes, communément appelées « matrones », pour surveiller les détenus. Quant aux détenus, ils sont surveillés par des policiers de la Ville qui, pour des raisons de santé ou d'âge, ne sont plus en mesure d'effectuer leurs tâches normales de travail. La Ville n'a donc pas à engager d'hommes spécialement affectés à la surveillance des détenus. Selon une politique de protection de la rémunération des policiers en fin de carrière, d'ailleurs prévue dans leur convention collective, les policiers reclassés au poste de surveillant conservent néanmoins leur salaire de policier, supérieur à celui d'une matrone. Cet écart salarial entre les matrones et les policiers occupant les mêmes fonctions était de 31,0 p. 100 en 1978-1979, de 29,9 p. 100 en 1980-1982 et de 28,4 p. 100 en 1983-1985.

En 1978, cinq matrones au service de la Ville de Québec présentent une demande d'enquête auprès de la Commission des droits de la personne du Québec, alléguant la discrimination fondée sur le sexe en contravention à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²² du Québec. La question fondamentale qui se pose alors est de savoir si ces travailleuses sont victimes de discrimination fondée sur le sexe selon l'article 10 de la Charte et s'il y a atteinte à l'article 19 de la Charte, soit le droit à un salaire égal pour un travail équivalent.

La Ville soutient que l'inégalité salariale ne résulte pas d'une discrimination fondée sur le sexe, mais bien d'une saine gestion sans relation avec le sexe des matrones. En reclassant les policiers inaptes pour des raisons de santé ou d'âge au poste de surveillant de détenus, elle fait une bonne utilisation de ses ressources humaines et financières. Quant à la Commission des droits de la personne, en se basant sur le deuxième alinéa de l'article 10 de la Charte, elle plaide que seuls les effets préjudiciables de

22. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas, dans la présente affaire, soulevée, car les réclamations portent sur les années 1979, 1980 et 1981, soit avant l'entrée en vigueur de l'article 15.

cette pratique comptent et que la bonne foi et les raisons administratives de la Ville ne sont pas pertinentes dans ce domaine.

Il est intéressant de noter que, lors de négociations entre la Commission et la Ville en 1981, la Commission avait suggéré à la Ville de réduire le salaire des policiers affectés à la surveillance au niveau de celui des matrones, éliminant ainsi la discrimination salariale, et de compenser cette réduction par des avantages d'autre nature, notamment sous forme d'assurance.

2.2 La décision de la Cour supérieure du Québec

Le juge Rioux de la Cour supérieure du Québec conclut à la discrimination basée sur le sexe, donc à l'atteinte de l'article 10 de la Charte, en se fondant simplement sur la convention collective qui prévoit des salaires différents pour les policiers et les matrones qui occupent les mêmes fonctions²³. Après avoir rejeté l'argument de la Ville voulant que les policiers ne soient pas ses employés et donc, non soumis à l'article 19 de la Charte, il considère les articles 19, alinéa 2 et 20, qui sont des exceptions à l'article 10 de la Charte. Il refuse d'abord de justifier le salaire supérieur des policiers par leur formation différente de celle des matrones : « Aucun employeur n'oserait soutenir qu'il peut ou doit offrir à un travailleur manuel un salaire supérieur à celui d'un autre travailleur manuel parce que ce dernier serait docteur en droit²⁴. »

Il rejette ensuite l'application des articles 19 et 20, puisque la différence de salaire entre les policiers affectés à la surveillance des détenus et les matrones ne peut être fondée sur aucun des motifs énumérés à l'article 19, soit l'expérience, l'ancienneté, la durée de service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou les heures supplémentaires, les aptitudes ou les qualités requises par l'emploi. La Ville ne peut non plus bénéficier de l'exception de l'article 20, car elle n'est pas une institution sans but lucratif à caractère politique.

Ainsi que le souligne le juge Rioux :

Le système instauré par la défenderesse pour caser ses policiers moins alertes à cause de leur âge, de leur ancienneté ou de leur état de santé peut avoir des mérites au point de vue administratif, mais il entraîne directement la violation des dispositions de la Charte prohibant la discrimination en raison du sexe des membres du

23. *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, [1986] R.J.Q. 243 (C.S.).

24. *Id.*, 249.

personnel. Il appartiendra à la défenderesse de rétablir la situation en imaginant d'autres moyens pour maintenir le revenu des policiers partiellement incapables de servir²⁵.

2.3 La décision de la Cour d'appel du Québec

Sous la plume du juge Nichols, auquel souscrit le juge Paré, la Cour d'appel du Québec renverse la décision de la Cour supérieure. Selon le juge Nichols, le sexe ne serait pas la cause de la discrimination salariale. Il faudrait plutôt chercher une explication ailleurs.

En effet, le juge Nichols considère qu'il ne s'agit pas de discrimination selon l'article 10 de la Charte québécoise, parce que la demanderesse n'a pas prouvé un lien de causalité entre le motif de discrimination, soit le sexe, et l'atteinte au droit garanti par l'article 19 de la Charte, soit le droit à un salaire égal pour un travail équivalent. Le juge Nichols est d'accord avec la Commission que l'intention de discriminer ou la bonne foi de la Ville n'est pas pertinente : « Cependant, la dispense de prouver la mauvaise foi d'un employeur ne dispense pas de prouver la discrimination²⁶. » En d'autres termes, la Commission des droits de la personne n'a pas réussi à convaincre le juge Nichols que les matrones ont reçu un salaire inférieur à celui des policiers effectuant le même travail *parce qu'elles étaient de sexe féminin* :

Dans l'espèce, j'estime qu'il n'est pas possible d'affirmer que la différence de traitement soit fondée sur le sexe. La preuve ne permet pas d'identifier ce motif, de l'isoler comme étant celui qui a effectivement entraîné la distinction²⁷.

La discrimination serait plutôt causée par une politique d'exception imposée par l'article 26 de la Charte qui exige que les détenues soient surveillées par des femmes. Comme la Ville n'avait pas à son service de policières pour surveiller les détenues (la première policière ayant été engagée vers 1980) et qu'elle voulait respecter les bonnes mœurs — bien avant que la Charte du Québec ne le lui impose par son article 26 —, elle a dû embaucher des femmes pour agir à titre de matrones. Ce faisant, elle se trouve donc avec des policiers « reclassés » au poste de surveillant, mais conservant leur salaire de policier, et des matrones embauchées à un salaire inférieur, d'où l'écart salarial. Selon le juge, ce sont donc les bonnes mœurs, puis l'article 26 de la Charte, qui ont causé cette situation de discrimination :

25. *Id.*, 250.

26. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 6, 842.

27. *Id.*, 843.

En effet, lorsque la charte impose le choix du sexe des surveillants en fonction du sexe des détenus, elle autorise ou légalise elle-même une forme de discrimination²⁸. [...] C'est la Charte elle-même qui crée la distinction²⁹.

Avant de conclure, le juge Nichols précise qu'il ne s'agit pas d'un cas de discrimination systémique. Il estime que les matrones « ne partent pas perdantes³⁰ ». La Ville, par sa politique de réinsertion des policiers inaptes, ne gêne pas l'accès des femmes aux fonctions de matrones et de policières : « Étant elle-même la résultante d'une politique discriminatoire imposée par la Charte, la fonction de matrone porte en elle-même les germes de la discrimination dont elle est l'objet³¹. »

Dans sa dissidence, le juge Jacques, partageant la conclusion du juge de première instance, est d'opinion qu'il s'agit d'un « cas typique de discrimination systémique qui a pour effet de détruire le droit au salaire égal pour un travail identique » prévu par l'article 19 de la Charte³². Pour lui, seul le résultat de la politique administrative de la Ville importe, et ce résultat porte atteinte aux articles 10 et 19 de la Charte.

3. L'analyse de quatre arguments

En adoptant une vision très étroite et abstraite du problème actuel de la discrimination, le juge Nichols refuse de considérer certains faits comme pertinents pour l'accession des femmes à une véritable égalité. C'est ce que je tenterai de démontrer par l'analyse, au moyen de la méthode de la contextualisation, de quatre arguments qu'il retient pour rejeter l'allégation de discrimination basée sur le sexe. Mon analyse ne portera que sur quatre arguments que je considère comme problématiques d'un point de vue féministe. Cependant, d'autres points tout aussi problématiques, mais qui dépassent le cadre de la présente réflexion, auraient pu être soulevés, tels le fardeau de la preuve imposé à la demanderesse, l'exigence du lien de causalité en matière de discrimination, les causes multiples de discrimination, le recours à des notions de droit privé en matière de discrimination.

D'abord, le juge croit voir une manifestation de la liberté contractuelle dans l'acquiescement des matrones à des salaires inférieurs à ceux des policiers. Il considère ensuite que le problème d'inégalité salariale se corrigera lorsque les policières inaptes pour des raisons de santé ou d'âge deviendront, à leur tour, surveillantes de détenues. Cherchant une justification à la différence salariale et se cachant derrière son rôle d'inter-

28. *Ibid.*

29. *Id.*, 844.

30. *Id.*, 845.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

prête, le juge en tient la Charte responsable. Finalement, il refuse de voir les manifestations du phénomène de la discrimination systémique, alors que cette discrimination se manifeste de façon de plus en plus subtile. Bref, en adoptant une approche abstraite du concept d'égalité et de discrimination, il refuse de tenir compte du contexte et de considérer les femmes comme formant une minorité³³ qui a été et qui est encore victime de discrimination, spécialement en matière d'emploi³⁴.

3.1 Le recours à la liberté contractuelle

Après avoir remarqué qu'il y a effectivement inégalité de traitement entre les matrones et les policiers surveillant les détenus, le juge Nichols affirme que les matrones auraient « acquiescé » à cette différence salariale³⁵. Mais, il s'empresse de rejeter cet argument, car, comme le prévoit l'article 13 de la Charte, « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. » Donc, même si les matrones avaient acquiescé à un traitement salarial inférieur, on ne pourrait le leur reprocher, puisque l'article 13 de la Charte vient limiter la liberté contractuelle par la reconnaissance d'une forme de lésion qui choque l'ordre public.

Le juge devait-il absolument avoir recours à l'article 13 de la Charte pour mettre de côté ce qu'il croit être une forme de liberté contractuelle ? On peut s'interroger sur la pertinence, de la part du juge, de parler d'« acquiescement » ou de liberté contractuelle en matière de discrimination, sans tenir compte du contexte historique et actuel des femmes. Pourtant, l'argument de l'autonomie de la volonté et celui de la liberté contractuelle ont souvent été allégués contre les femmes³⁶. Dans l'affaire *Langstaff*

33. Le juge Nichols n'est peut-être pas seul à estimer que les femmes ne forment pas une minorité. Après tout, ne représentent-elles pas 52 p. 100 de la population ? En adoptant ce raisonnement basé sur une majorité numérique, on pourrait aussi dire que les Noirs d'Afrique du Sud constituent la majorité. Pourtant, ils sont loin des avantages que procure la majorité. Malgré leur importance numérique, les femmes constituent une minorité, car elles possèdent les caractéristiques des minorités. Elles n'ont ni pouvoir politique, ni pouvoir économique. Voir Danielle JUTEAU-LEE, « Visions partielles, visions partiales : visions (des) minoritaires en sociologie », *Revue sociologie et sociétés*, vol. 13, n° 2, octobre 1981, p. 33.

34. Sur la situation des femmes sur le marché du travail de 1965 à 1990, voir LE COLLECTIF CLIO, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, 2^e éd., Montréal, Le Jour, 1992, pp. 504-524.

35. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 6, 838.

36. Je suis ici consciente du danger du contre-argument à la liberté contractuelle : dans l'intérêt des femmes, le protectionnisme à outrance et le recours à la dichotomie des sphères privée et publique servent à limiter la liberté de choix des femmes.

c. *The Bar of the Province of Quebec*³⁷, où les tribunaux du Québec avaient refusé l'accès des femmes à la pratique du droit en 1915, le juge Saint-Pierre de la Cour supérieure s'expliquait l'absence des femmes de la profession juridique par leur choix délibéré de ne pas occuper cette fonction : « Who were the best judges of their fitness for such struggles, if they themselves were not³⁸ ? » De la même façon, Mme Bliss dans l'affaire *Bliss*³⁹ et Mme Brooks dans l'affaire *Brooks*⁴⁰ auraient pu « choisir »⁴¹ de ne pas être enceintes et, ainsi, elles auraient pu éviter les pertes économiques découlant de leur grossesse. Quant aux matrones, il est vrai qu'elles n'ont pas été forcées d'accepter cet emploi. Elles pouvaient théoriquement chercher ailleurs des emplois plus payants... En pratique, au Canada, à travail équivalent et avec une qualification professionnelle identique, une femme gagne en moyenne 67,6 p. 100 du salaire d'un homme⁴². Mais ces faits ne semblent pas importants pour le juge.

Comment peut-on affirmer que les femmes et les minorités jouissent de liberté contractuelle, alors que les minorités ne bénéficient que de la liberté que la majorité veut bien leur accorder ? Le juge semble admettre au départ que toutes les personnes, y compris les femmes, sont égales entre elles parce qu'elles jouissent d'une égalité juridique sur papier et que leur milieu social, économique et culturel est sans effet sur elles. Si tel est le cas, pourquoi les chartes tentent-elles de protéger le droit à l'égalité ? Comme Anatole France, on peut s'interroger sur « la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain⁴³ ».

37. *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, précité, note 8. Cet argument a été renversé par la Chambre des Lords dans *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, 134, infirmant *The Matter of a Reference as to the Meaning of the Word « Persons » in Section 24 of the British North America Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276 : « The fact that no woman had served or has claimed to serve such an office is not of great weight when it is remembered that custom would have prevented the claim being made or the point being contested. »

38. *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, précité, note 8, 140.

39. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12.

40. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, précité, note 13.

41. L'argument fallacieux voulant que la grossesse soit un état volontaire a souvent été utilisé contre les femmes, par exemple dans les régimes d'assurance santé des employeurs pour exclure la grossesse des maladies couvertes. Le juge Dickson, dans l'affaire *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, précité, note 13, 1237, a refusé de retenir cet argument.

42. STATISTIQUE CANADA, *Gains des hommes et des femmes*, cat. 13-217, 1990, p. 12. En 1911, ce rapport entre les femmes et les hommes était de 53 p. 100. Voir Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique—Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 24.

43. Anatole FRANCE, *Le lys rouge*, Paris, Belle Édition, 1969, p. 95.

3.2 Le recours au modèle classique d'égalité : l'homme comme norme

Selon le juge, la situation d'inégalité salariale que subissent les matrones se corrigera lorsque des policières, à leur tour, seront incapables d'exécuter leur travail régulier pour des raisons d'âge ou de santé et seront mutées à la surveillance des détenues. Alors, les policières, devenues matrones, toucheront le même salaire que celui des policiers devenus surveillants et l'égalité salariale sera atteinte :

On peut même extrapoler pour affirmer qu'il n'est pas impensable qu'un jour il se trouve suffisamment de policiers de sexe féminin pour que la surveillance des cellules dites « féminines » soit assurée dans le cadre d'une politique semblable⁴⁴.

Si l'on suit le raisonnement du juge, l'égalité salariale sera atteinte lorsque les femmes occuperont les mêmes fonctions que les hommes, c'est-à-dire lorsqu'elles emprunteront le même chemin et le même modèle. L'égalité pour les femmes passe donc par l'adoption du modèle masculin. Comme je l'ai souligné plus haut, cette vision de l'égalité est très problématique parce qu'elle est basée sur les ressemblances et les différences par rapport au modèle masculin. Le modèle aristotélicien de l'égalité, « Les semblables traités de façon semblable », que le juge Nichols applique ici n'a-t-il pas été rejeté dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁴⁵, justement à cause de son incapacité à atteindre une véritable égalité ? Encore une fois, le juge adopte une vision très limitée des concepts de discrimination et d'égalité.

Même en acceptant le raisonnement du juge à des fins de discussion, un autre problème se présentera lorsque des policières surveilleront les détenues : celui de la disparité salariale entre des femmes occupant les mêmes fonctions à la suite de l'application de la même politique administrative. Et, comme dans l'affaire *Bliss*⁴⁶, où seules les travailleuses enceintes se voyaient refuser les prestations d'assurance chômage, certains pourront objecter qu'il ne s'agit pas de discrimination basée sur le sexe, puisque ce ne sont pas toutes les femmes qui recevront un salaire inférieur à celui des hommes et qui seront donc désavantagées. Mais l'argument de la discrimination partielle a été rejeté dans l'affaire *Brooks*⁴⁷ : il n'est pas nécessaire que toutes les femmes soient victimes de discrimination pour qu'il y ait discrimination basée sur le sexe. D'ailleurs, l'argument de la discrimination partielle pour rejeter la discrimination est un faux argument. Il est inexact de dire qu'il s'agit de discrimination partielle parce

44. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 6, 836.

45. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 19.

46. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12.

47. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, précité, note 13.

que seules certaines femmes sont victimes de traitement différent. En fait, tant dans l'affaire *Brooks*⁴⁸ que dans le présent cas, toutes les femmes en tant que membres d'une classe sociale sont touchées par le traitement salarial différent qui perpétue l'idée que le travail des femmes est moins important que celui des hommes. Le chemin vers l'égalité doit-il absolument être masculin ?

3.3 Le rejet de la responsabilité : la *Charte des droits et libertés de la personne* comme cause de discrimination

Selon le juge Nichols, l'article 26 de la Charte québécoise serait à l'origine de la discrimination salariale, et non la politique de la Ville. En effet, cet article impose indirectement à la Ville l'embauche de femmes pour surveiller les détenues, parce que la Ville n'a pas encore de policières à « reclasser » à ce poste pour respecter l'article 26. La Ville n'a pas à embaucher des surveillants de détenus, car elle compte déjà des policiers prêts à exécuter ce genre de travail.

Certes, l'article 26 de la Charte impose une obligation à la Ville, celle d'embaucher des surveillantes, mais la protection accordée aux détenues en vertu de l'article 26 ne devrait pas faire obstacle à l'égalité salariale prévue dans l'article 19 de la Charte. Rien n'empêchait la Ville de verser un salaire identique aux matrones et aux policiers surveillants de détenus. Le juge ne peut pas interpréter l'article 26 de la Charte à l'encontre de l'article 19 de cette même charte qui prévoit un salaire égal pour un travail équivalent, à moins de faire valoir les exceptions des articles 19 (2) ou 20.

Par son interprétation abstraite des faits — ce n'est pas la politique de la Ville qui discrimine, mais plutôt l'article 26 de la Charte —, le juge Nichols réussit à rejeter la responsabilité de la situation sur une loi qui, de par son essence même, préconise l'égalité. En fait, il se trouve à faire disparaître toute forme de responsabilité en la rejetant exclusivement sur les épaules du législateur : il ne fait qu'interpréter la volonté du législateur, sans plus. Et ici, le législateur aurait voulu cette situation d'inégalité pour des raisons de bonnes mœurs.

Cette distinction entre la fonction du juge et celle du législateur qui réduit le rôle du juge à interpréter la loi telle qu'elle a été voulue par le législateur, peu importe que le résultat ainsi obtenu soit équitable ou non pour les femmes, avait déjà été adoptée dans l'affaire *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, où les tribunaux du Québec avaient refusé aux femmes l'accès à la pratique du droit en 1915... :

48. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 19.

Nous n'avons qu'à interpréter la loi et ce n'est pas à nous qu'il appartient de créer une chose aussi nouvelle que celle de changer le rôle que la femme a toujours joué, jusqu'à présent, dans notre organisation sociale et économique⁴⁹.

Cet argument fallacieux — ce n'est pas la Ville qui discrimine, mais plutôt la Charte — ou, autrement dit, le juge ne fait qu'interpréter ce qui est, ressemble étrangement à l'argument du juge Ritchie dans l'affaire *Bliss*⁵⁰ : ce n'était pas la *Loi sur l'assurance-chômage*⁵¹ qui créait les désavantages économiques dont souffraient les femmes enceintes, c'était plutôt la nature qui empêchait les femmes de toucher des prestations d'assurance chômage avant et après l'accouchement, puisque, comme l'affirmait le juge Ritchie, « Toute inégalité entre les sexes dans ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature⁵². »

Dans l'affaire *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*⁵³, renversant l'affaire *Bliss*⁵⁴, le juge Dickson précisera d'ailleurs que l'inégalité dont a été victime Mme Bliss a été créée non par la nature, comme l'avait affirmé le juge Ritchie, mais plutôt par la loi.

Dans la présente affaire, ne devrait-on pas inverser la question, comme on aurait dû le faire dans l'affaire *Bliss*⁵⁵ : comment pourrait-on modifier cette loi sur l'assurance chômage pour que les femmes ne soient pas pénalisées par leur rôle de reproduction ? Comment respecter l'article 26 de la Charte sans porter préjudice aux femmes ? D'ailleurs, les lois provinciales antidiscriminatoires ne doivent-elles pas être interprétées de façon large, afin de leur permettre de vraiment corriger des situations discriminatoires⁵⁶ ? Par l'interprétation du juge, les victimes deviennent les coupables : en exigeant des surveillantes de détenues, les femmes, et non la politique de la Ville, ont causé la discrimination salariale.

49. *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, précité, note 8, 17, opinion du juge Pelletier. Comparer cette citation avec celle du juge Nichols reproduite *infra*, notes 28 et 29.

50. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12.

51. *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

52. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12, 190. Voir l'affaire *Breton c. Société canadienne des Métaux Reynolds Ltée*, (1981) 2 C.H.R.R. D/532, qui applique le même raisonnement à l'article 10 de la Charte du Québec, qui a depuis été modifiée pour inclure la grossesse comme motif de discrimination à son article 10.

53. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, précité, note 13.

54. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12.

55. *Ibid.*

56. Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

En se cachant derrière son rôle d'interprète pour tenir la Charte responsable de la situation⁵⁷, le juge tente de légitimer cet écart de traitement sans tenir compte du contexte. Mais est-ce vraiment à cause de la Charte que les matrones gagnent un salaire moindre que celui de leurs confrères ? Et si la Ville avait embauché des policières avant 1980 ?

3.4 L'aveuglement volontaire : le refus de voir la discrimination systémique

Le juge Nichols manifeste encore une fois une compréhension très limitée des problèmes actuels de la discrimination, en se limitant à chercher un cas de discrimination directe et en exigeant la preuve du lien de causalité entre le traitement différent et le motif prohibé. S'il avait plutôt replacé les faits dans leur juste contexte, c'est-à-dire en tenant compte de la subordination des femmes dans la société, il aurait considéré comme preuve suffisante les effets préjudiciables de la politique administrative de la Ville de Québec sur les matrones en particulier, et sur les femmes en général, et il aurait conclu à un cas de discrimination systémique⁵⁸. Préférant plutôt analyser les faits hors de leur contexte, il traite la situation comme un cas de discrimination directe et exige la preuve du lien de causalité entre le motif prohibé, soit le sexe, et le droit atteint, soit le droit à un salaire égal pour un travail équivalent.

En abordant les faits du litige hors contexte, le juge est à la recherche d'une seule forme de discrimination, soit la discrimination directe. Ce genre de discrimination est qualifié de direct, car il semble évident que l'acte reproché est fondé sur un des motifs prohibés et qu'il a pour conséquence de nier les droits protégés par la Charte. Comme le précise le juge McIntyre dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*⁵⁹, l'exemple « Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir » serait un cas patent de discrimination directe. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c.*

57. En contextualisant, la méthodologie féministe veut aussi faire apparaître l'homme qui se cache derrière les rites, les coutumes, les institutions. Ici, le juge se cache derrière son rôle d'interprète, comme s'il pouvait être exempt d'opinions personnelles. Voir Jill McCALLA VICKERS, *loc. cit.*, note 3, 37-39.

58. Voir les affaires *Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561 ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, précitée, note 56 ; et *CN c. Commission des droits de la personne du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114, qui ont reconnu cette forme de discrimination. Rappelons d'ailleurs que le juge Jacques, dans sa dissidence, considère la présente situation comme un « cas typique » de discrimination systémique. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 6, 845.

59. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, précité, note 56, 551.

Ville de Brossard, le refus de la Ville d'embaucher des personnes ayant des liens de parenté avec des employés de la Ville constituait aussi un exemple de discrimination directe, l'état civil étant la « cause efficiente⁶⁰ » de l'exclusion des postulants.

À cette forme évidente de discrimination s'en est ajoutée une autre beaucoup plus subtile, la discrimination systémique, qui ne se vérifie que par ses effets. Contrairement à la discrimination directe, cette forme de discrimination se manifeste par des politiques neutres à leur face même et souvent justifiées pour des raisons de saine gestion, comme l'exigence d'un test d'admission ou d'une certaine taille pour obtenir un emploi. Cependant, ces politiques ont pour effet d'exclure certaines minorités ou de les traiter désavantageusement, d'où la discrimination⁶¹.

Sous les deux formes de discrimination, la preuve de l'intention du défendeur n'est pas pertinente. Comme l'a précisé le juge McIntyre dans l'affaire *Simpsons-Sears*⁶², le but des lois antidiscriminatoires n'est pas de punir, mais de corriger des situations discriminatoires. Il n'est donc pas pertinent de savoir si le défendeur avait l'intention de discriminer, mais plutôt de voir si les conséquences désavantageuses d'une attitude ou d'une politique sont basées sur l'un des motifs prohibés. Les deux formes de discrimination se manifestant de façon différente, elles ne requièrent pas les mêmes éléments de preuve. Dans un cas de discrimination directe, la victime devra prouver que le traitement désavantageux qu'elle subit est basé sur l'un des motifs prohibés. Dans le cas de discrimination systémique, comme le précise Béatrice Vizkelety⁶³, il est inconcevable d'exiger la preuve du lien de causalité. Comment peut-on prouver la relation directe entre le motif prohibé et le droit atteint si justement, de par la nature de ce genre de situation, où « l'exclusion favorise la conviction [...] qu'elle résulte de forces « naturelles »⁶⁴ », il n'y a pas de preuve directe ? En matière d'emploi, l'absence ou la présence de minorités historiquement désavantagées dans certains secteurs sert de preuve de discrimination.

Étant donc à la recherche d'une forme « évidente » de discrimination, c'est-à-dire qui, à sa face même, traite différemment certaines personnes ou certains groupes de personnes à cause de motifs prohibés, le juge ne considère pas que la politique de la Ville est discriminatoire. En effet, la

60. *Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] R.C.S. 279, 302.

61. Sur ce sujet, voir Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *op. cit.*, note 42.

62. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, note 56, 547.

63. Béatrice VIZKELETY, *Proving Discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 57-58.

64. Expression employée par le juge Dickson dans l'affaire *CN c. Commission des droits de la personne du Canada*, précitée, note 58, 1139.

Ville embauche des femmes et toutes celles qui sont engagées au poste de matrone reçoivent le même salaire. La Ville engage aussi des femmes comme policières, qui gagnent le même salaire que les policiers. Cependant, il arrive que des hommes qui surveillent aussi les détenus gagnent un salaire supérieur aux matrones, mais ce n'est pas *parce qu'ils* sont de sexe masculin, mais plutôt parce que ce sont des policiers inaptes, pour des raisons de santé ou d'âge, à remplir leurs tâches et « reclassés » au poste de surveillant de détenus. Il s'agit d'une saine gestion, imposée par le respect de la convention collective. La Commission des droits de la personne n'a donc pas réussi à prouver que cette politique administrative était basée sur l'un des motifs prohibés par la Charte.

S'il avait replacé les faits dans leur contexte, le juge aurait pu voir une forme plus subtile de discrimination, la discrimination systémique. Replaçons donc les faits dans leur juste contexte.

Quoiqu'elle soit issue d'un désir de saine gestion, la pratique de la Ville de Québec, imposée par le respect de la convention collective, a pour effet de créer et de maintenir deux catégories de surveillants de détenus basées sur la différence de salaire : les policiers devenus surveillants et les matrones qui, précisons-le, sont uniquement des femmes. Peu importe les motifs de leur existence, ces deux catégories ont pour effet de perpétuer certains stéréotypes de notre société à l'égard des femmes : la dévalorisation du travail des femmes parce que, entre autres, il est moins bien payé que celui des hommes, donc valorisation du travail des hommes, et le caractère d'appoint du salaire des femmes, d'où leur incapacité à assurer leur survie économique. Ces conséquences négatives ne se font pas sentir chez les matrones, mais s'étendent à toutes femmes, autant celles qui sont sur le marché du travail que celles qui y accéderont. N'est-ce pas là une preuve suffisante de discrimination systémique ? Pourquoi au début des années 1950 a-t-on engagé des matrones à salaire moindre ? Si le besoin s'était fait sentir, aurait-on engagé des hommes comme surveillants de détenus à ce même salaire ? Pourquoi ne pas avoir embauché des policières plus tôt ?

Poussons plus loin notre réflexion sur la discrimination systémique en appliquant les faits du litige à un autre groupe historiquement désavantagé dans notre société. À la suite de la même politique administrative de la Ville de Québec, un groupe d'employés, tous de la même ethnie, touche un salaire inférieur à un autre groupe d'employés de race blanche, qui est affecté aux mêmes tâches. Évidemment, loin d'être le fruit du hasard, les effets néfastes de cette politique sur un seul groupe historiquement désavantagé semblent indiquer qu'il s'agit d'un cas de discrimination systémique. La preuve de l'histoire de discrimination dont a été victime cette

ethnie, la preuve de sa position économique et sociale actuelle viendra confirmer cette première impression.

Ce même raisonnement aurait dû être appliqué aux matrones. Compte tenu des préjugés quant à la situation économique des femmes, spécialement lors de l'embauche des premières matrones en 1950, compte tenu de la dépendance économique des femmes et de l'inégalité salariale persistante de celles-ci, il est plausible que l'on ait décidé de verser un salaire moindre aux matrones simplement parce qu'elles étaient des femmes. Et cette pratique que l'on ne remet plus en cause se poursuit. Elle est même renforcée par la convention collective⁶⁵.

Cette coutume de sous-payer les femmes est considérée à ce point comme naturelle que le juge réussit à la justifier en la banalisant par la « neutralité » (entendre en la masculinisant). Pour ce faire, il a recours à un semblant d'analogie :

À mon sens, et je le dis avec respect, cette démarche n'aurait pas été différente si une partie des cellules municipales avait été surveillée par des policiers de sexe masculin et l'autre partie par des surveillants de sexe masculin qui n'auraient pas eu les qualifications d'un policier⁶⁶.

Appliquons ce semblant d'analogie du juge à une autre situation. Si, à la suite de la politique administrative, les policiers inaptes de la Ville de Québec avaient été reclassés plutôt comme surveillants de parcomètre, toujours en conservant un salaire supérieur à celui des autres surveillants de parcomètre, on n'aurait pas vu dans cette situation un cas de discrimination basée sur le sexe⁶⁷. En effet, autant les surveillants que les surveillantes de parcomètre auraient touché un salaire inférieur à celui des policiers. La Ville aurait ainsi fait d'une pierre deux coups : elle aurait respecté la convention collective qui lui impose de garder à son service les policiers inaptes pour des raisons d'âge ou de santé, et elle aurait économisé en réintégrant ces policiers comme surveillants de parcomètre.

Mais voilà la faille dans ces semblants d'analogies : elles banalisent la situation en évacuant un facteur important, le sexe. Il y a des femmes et des hommes surveillants de parcomètre, mais il n'y a que des femmes matrones. Et ce n'est pas un pur hasard. Une partie des cellules municipales n'est pas surveillée par des hommes qui n'ont pas la qualification d'un policier, comme le voudrait l'exemple cité plus haut par le juge Nichols. Voilà toute la différence. Le juge Nichols refuse de voir les femmes comme

65. Sur les effets discriminatoires des conventions collectives envers les femmes, voir Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *op. cit.*, note 42, p. 66.

66. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 6, 839.

67. Cette situation aurait pu cependant soulever d'autres motifs de discrimination.

une catégorie distincte, tout comme le juge Ritchie dans l'affaire *Bliss*⁶⁸ refusait de voir les femmes comme une catégorie et divisait la réalité en deux groupes, les personnes enceintes (les femmes) et les personnes non enceintes (les hommes et les femmes).

Le semblant d'analogie qu'utilise le juge me semble problématique aussi à un autre point de vue. Le juge affirme que des surveillants sans la qualification d'un policier toucheraient un salaire inférieur à celui de policiers surveillants de détenus, malgré l'identité des tâches effectuées. Pourtant, le juge de première instance avait souligné ce faux raisonnement : « Aucun employeur n'oserait soutenir qu'il peut ou doit offrir à un travailleur manuel un salaire supérieur à celui d'un autre travailleur manuel parce que ce dernier serait docteur en droit⁶⁹. »

Il est significatif de noter que le juge Nichols aborde la question de la discrimination systémique seulement à la fin de son opinion, de façon subsidiaire, après avoir décidé que la discrimination n'était pas causée par la politique administrative, mais plutôt par l'article 26 de la Charte. Précisons que, contrairement à ce qu'affirme le juge Nichols, la discrimination systémique peut se trouver ailleurs que dans les méthodes et les pratiques d'embauche, comme dans le processus de promotion, dans les échelles salariales, ou dans les conditions salariales⁷⁰. L'absence de policières à reclasser au poste de surveillante de détenues n'est-elle pas la conséquence directe de discrimination passée dans l'embauche qui se manifeste aujourd'hui sous la forme de discrimination salariale : si des policières avaient été embauchées avant 1980, au lieu de l'embauche de matrones, la présente situation de discrimination salariale n'existerait pas⁷¹.

En refusant de tenir compte de la position désavantageuse qu'ont occupée les femmes et qu'elles occupent encore dans la société, et d'en voir les manifestations, le juge suppose dès le départ que toutes les personnes sont égales entre elles et que les structures et les institutions sociales ne restreignent pas leur égalité. Il exige donc la preuve d'une discrimination directe, alors que l'on sait que la discrimination la plus insidieuse se prouve difficilement parce qu'elle remet en question le quotidien.

Conclusion

Dans la réflexion qui précède, à partir d'un cadre théorique féministe, j'ai analysé quatre des arguments retenus par le juge Nichols pour rejeter la

68. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12.

69. *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, précité, note 3, 249.

70. Voir l'article 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 22, qui précise d'autres motifs.

71. Je désire remercier la professeure Michelle Boivin qui m'a proposé cette idée.

plainte de discrimination basée sur le sexe. Ces arguments me semblent problématiques, car ils ne correspondent pas à la réalité des femmes. J'ai tenté de mettre en lumière certains faits considérés comme non pertinents par le juge dans la solution du litige, mais qui sont en réalité très importants pour les femmes dans leur accession à l'égalité. À mon avis, si le juge avait adopté une approche moins abstraite et davantage contextualisée du concept de discrimination et d'égalité, en tenant compte entre autres de la dépendance économique et sociale des femmes, il n'aurait pas soulevé, de cette façon, les arguments de la liberté contractuelle, de l'égalité formelle et de la discrimination directe. Il n'aurait pu se cacher derrière son rôle d'interprète pour rejeter sur l'article 26 de la Charte la responsabilité de la situation d'inégalité que connaissaient les matrones. Une telle décision ne favorise certes pas l'atteinte des objectifs des lois antidiscriminatoires.

Dans 20 ans, en suivant le raisonnement de la Cour d'appel, des policières devenues inaptes, en raison de leur âge ou de leur santé, à remplir leurs fonctions surveilleront les détenues et, par le fait même, les emplois de matrones disparaîtront. Alors, peut-on conclure que le problème, « les germes de la discrimination » pour reprendre les termes du juge Nichols⁷², se trouvait dans l'emploi de matrones lui-même, tout comme dans l'affaire *Bliss*⁷³, le problème se trouvait dans la nature, et dans l'affaire *Langstaff*⁷⁴, le problème se trouvait dans la loi ? Les « germes » de la discrimination ne se trouvaient-ils pas plutôt dans les politiques discriminatoires d'embauche de la Ville de Québec ?

72. *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 6, 845.

73. *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, note 12.

74. *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, précité, note 37.