

Le droit à la liberté face aux formes modernes de travail « non libre » : le cas de l'obligation de résidence chez l'employeur

Martin Gallié, Elsa Galerand et Andrée Bourbeau

Volume 45, numéro 1, 2015

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1032036ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1032036ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gallié, M., Galerand, E. & Bourbeau, A. (2015). Le droit à la liberté face aux formes modernes de travail « non libre » : le cas de l'obligation de résidence chez l'employeur. *Revue générale de droit*, 45 (1), 95–142.
<https://doi.org/10.7202/1032036ar>

Résumé de l'article

Cet article interroge la portée du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en matière de protection des travailleurs dépendants qui sont *de facto* assignés à des formes de travail non libre. L'analyse est centrée sur l'obligation de résidence en tant que mécanisme particulier de privation de liberté. Les auteurs avancent que si, selon la jurisprudence constante de la Cour suprême, le droit à la liberté de sa personne ne protège pas le droit au travail ou le droit à l'emploi, il n'exclut pas certaines dispositions du droit du travail (la réglementation des rapports entre employés et employeurs) de son champ de protection. Dans cette perspective, le droit notamment de ne pas être soumis au travail forcé, de pouvoir quitter un emploi et un employeur, de ne pas vivre chez son employeur et d'être payé pour toutes les heures travaillées pourrait être protégé par les garanties offertes par l'article 7 de la *Charte*. L'obligation de résider chez l'employeur, qui s'impose actuellement *de facto* aux travailleurs agricoles et travailleuses domestiques, pourrait alors être contestée sur le fondement du droit à la liberté.

Le droit à la liberté face aux formes modernes de travail « non libre » : le cas de l'obligation de résidence chez l'employeur*

MARTIN GALLIÉ**, ELSA GALERAND*** ET ANDRÉE BOURBEAU****

RÉSUMÉ

Cet article interroge la portée du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, en matière de protection des travailleurs dépendants qui sont de facto assignés à des formes de travail non libre. L'analyse est centrée sur l'obligation de résidence en tant que mécanisme particulier de privation de liberté. Les auteurs avancent que si, selon la jurisprudence constante de la Cour suprême, le droit à la liberté de sa personne ne protège pas le droit au travail ou le droit à l'emploi, il n'exclut pas certaines dispositions du droit du travail (la réglementation des rapports entre employés et employeurs) de son champ de protection. Dans cette perspective, le droit notamment de ne pas être soumis au travail forcé, de pouvoir quitter un emploi et un employeur, de ne pas vivre chez son employeur et d'être payé pour toutes les heures travaillées pourrait être protégé par les garanties offertes par l'article 7 de la Charte. L'obligation de résider chez l'employeur, qui s'impose actuellement de facto aux travailleurs agricoles et travailleuses domestiques, pourrait alors être contestée sur le fondement du droit à la liberté.

MOTS-CLÉS :

Droit à la liberté, travail non libre, obligation de résidence, droit du travail, Programme des aides familiales (PAF), Programme des travailleurs agricoles saisonniers (PTAS), Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET).

* Cet article fait suite à une conférence donnée à Bordeaux, en juin 2013, au *Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (COMPTRASEC). Les auteur.es tiennent à remercier Isabelle Daugareilh pour leur avoir donné l'opportunité d'approfondir cette question ainsi que les évaluateurs externes pour leurs précieux commentaires. Cette recherche a bénéficié du soutien financier du CRSH.

** Professeur, Département des sciences juridiques, Faculté de science politique et de droit, UQAM.

*** Professeure, Département de sociologie, Faculté des sciences humaines, UQAM.

**** Avocate à Montréal.

ABSTRACT

This article examines the extent to which the right to liberty, as guaranteed under section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, provides protection to dependant workers, de facto subjected to forms of unfree labour. The analysis is focussed on the live-in requirement, acting as a specific mechanism of liberty deprivation. The authors argue that following a consistent case law tendency of the Supreme Court, the right to liberty of the person does not protect the right to work or the right to employment, but it does not preclude certain provisions of labour rights (the regulation of the relations between workers and employers) from its scope of protection. In this regard, the right to not be submitted to forced labour, to quit a job and an employer, to not live in the house or on the property of the employer and to be paid for all hours worked, notably, could be protected under section 7 of the Charter. The live-in requirement that is de facto imposed upon farm workers and domestic workers could therefore be challenged on the basis of the right to liberty.

KEY-WORDS :

Right to liberty, unfree labour, live-in requirement, right to work, caregiver program (LICP), domestic workers, Seasonal Agricultural Worker Program (SAWP), Temporary Foreign Worker Program (TFWP).

SOMMAIRE

Introduction.....	97
I. Les programmes d'immigration temporaire et l'assignation à résidence chez l'employeur	103
A. Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers et l'obligation de résidence chez l'employeur	103
B. Le Programme des aides familiaux résidants et le Volet agricole du PTET et la contrainte de résider chez l'employeur.....	105
II. Le droit à la liberté et les « droits économiques ».....	110
A. L'évolution de la portée du droit à la liberté.....	111
B. L'exclusion des « droits économiques » des droits garantis par le droit à la liberté	117
C. Le droit à la liberté et le droit du travail.....	119
III. L'obligation de résidence chez l'employeur et les limites du droit à la liberté	124
A. Le droit de choisir son lieu de résidence comme droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle.....	125
B. L'atteinte à la liberté de choisir son lieu de résidence et les principes de justice fondamentale.....	128

C.	La pénurie de main-d'œuvre et la spécificité du travail domestique et agricole : des motifs inopérants	131
1.	La pénurie de main-d'œuvre peut-elle justifier une atteinte au droit à la liberté?	132
2.	La spécificité du travail domestique ou agricole peut-elle justifier la privation de liberté?	133
	Conclusion	140

Esclavage de fait, péonage, travail sous contrat pour rembourser une dette contractée pour passer des frontières de plus en plus coûteuses à franchir, travail dont la mobilité géographique, sociale, professionnelle est entravée, bridée par divers mécanismes largement institutionnels qui forment une grande partie de l'intervention des États, tel est le tableau complet du marché du travail mondial qui ne ressemble pas à une absorption linéaire d'un réservoir de main-d'œuvre rurale dans le salariat canonique. [...] En ce sens, le combat du travailleur dépendant pour gagner la liberté élémentaire de vendre librement sa seule capacité de travail au plus offrant comme un salarié bénéficiant du droit du travail « normal » sans être assujéti au « régime spécial » réservé aux étrangers a de beaux jours devant lui¹.

Yann Moulier Boutang

INTRODUCTION

Le questionnement proposé ici prend directement appui sur une recherche en cours qui consiste à examiner les processus par lesquels les travailleuses domestiques et les travailleurs agricoles soumis aux programmes canadiens d'immigration de main-d'œuvre sont privés de la « liberté élémentaire de vendre librement [leur] seule capacité de travail au plus offrant comme un salarié bénéficiant du droit du travail "normal" »². Nous avons montré ailleurs³ que l'obligation de résidence constitue l'un de ces mécanismes en ce qu'elle vient annuler toute limite à l'exploitation possible de la force de travail; cette disposition participe plus précisément d'une technique spécifique d'appropriation

1. Yann Moulier Boutang, « Formes de travail non libre », en ligne : (2005) 179-180 Cahiers d'études africaines 1069 à la p 1077 <<http://etudesaficaines.revue.org/5744>>.

2. *Ibid.*

3. Elsa Galerand et Martin Gallié, « L'obligation de résidence : un dispositif juridique au service d'une forme de travail non libre » (2014) 51 Revue Interventions économiques 2.

de la force de travail qui passe notamment par une mainmise sur les corps « machine-à-force-de-travail »⁴.

Ici, dans le droit fil de cette démonstration, c'est la portée du *droit à la liberté* en matière de droit du travail et de relations de travail, pour ceux et celles dont les corps sont ainsi mis à disposition, que nous voulons interroger. Nous partirons donc de l'obligation de résidence et de la question de sa constitutionnalité pour soulever la question plus large de savoir dans quelle mesure le *droit à la liberté* peut être invoqué pour contrer les différentes formes de « servitude » ou de travail « non libre », telles qu'elles se redéployent aujourd'hui sur le sol canadien.

La résidence obligatoire compte au nombre des régimes spéciaux réservés à des milliers d'étrangers, principalement mexicains, par l'entremise du Programme des travailleurs agricoles saisonniers (PTAS) et elle fut, jusqu'en novembre 2014 — où elle a été supprimée sur le papier —, au centre du Programme des aides familiaux résidents (PAFR) qui régit l'importation de travailleuses domestiques (à plus de 90 % philippines) depuis 1992⁵. À noter que cette obligation de vivre au travail, chez les employeurs, sur leurs terres ou sous leur toit n'est évidemment pas propre aux sociétés dites salariales⁶. L'obligation de « tenir feu et lieu » et de se construire une maison sur les terres du seigneur est, par exemple, l'une des caractéristiques du servage⁷. Le système des *cottages* anglais, où l'employeur est aussi locateur, décrit et dénoncé par Friedrich Engels dans la *Situation de la classe laborieuse*

4. Colette Guillaumin, « Pratique du pouvoir et idée de Nature (1) L'appropriation des femmes » (1978) 2 Questions féministes 5 à la p 9.

5. Désormais, elles ont théoriquement le droit de choisir ou non de résider sur le lieu de travail, tout comme les ouvriers agricoles, dont la majorité est d'origine guatémaltèque et qui sont soumis au Programme des travailleurs étrangers temporaires – Volet agricole (PTET). Dans les faits, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ), note que « étant donné la situation géographique des exploitations agricoles, en dehors des centres urbains, les travailleuses et travailleurs migrants, dans le domaine agricole, sont pratiquement contraints de résider au logement fourni par leur employeur »; Marie Carpentier, *La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants*, Avis, Cat 2.120-7.29, 2011 à la p 63, en ligne : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse <http://www.cdpdj.gc.ca/publications/Avis_travailleurs_immigrants.pdf> [Carpentier].

6. Alessandro Stella, « Travail, famille, maison : formes et raisons du placement dans les sociétés traditionnelles » (1996) 15:30 Médiévales 35.

7. Marcel Trudel, « Les obligations du censitaire, à l'époque des Cent-Associés » (1973) 27:1 RHAF 3 à la p 31.

en Angleterre, en constitue un autre exemple paradigmatique⁸. De même, fournir « logis et nourriture » est l'une des obligations des maîtres vis-à-vis des apprentis et domestiques au XIX^e siècle⁹. Reste qu'avec la prolétarianisation de la main-d'œuvre ou la « libération du travail »¹⁰, cette obligation n'a pas disparu¹¹. Même si l'obligation légale a souvent laissé la place à la pure contrainte économique et à la fiction du consentement contractuel¹², l'assignation à résidence s'est maintenue bien après le « siècle des révolutions » — et la fin des privilèges¹³; en témoignent les cas des « *indentured servants* »¹⁴, des « *indentured women* »¹⁵, tout comme la durée de vie de l'Acte sur les maîtres et les servants¹⁶ ou encore l'obligation faite à la femme mariée « d'habiter

8. Friedrich Engels, *La situation de la classe laborieuse en Angleterre*, Berlin, Dietz, 1952 à la p 311. Pour ne prendre qu'un exemple des effets de cette relation, Engels rappelle que les travailleurs « doivent payer des prix de monopoles pour ces maisons, le fabricant n'ayant pas de concurrent, mais à chaque grève, ils se trouvent aussitôt sans abri, le fabricant les mettant sur-le-champ à la rue, ce qui rend toute résistance très difficile ».

9. Sur ce qui distingue les servants des domestiques, voir Grace Laing Hogg, *The Legal Rights of Masters, Mistresses and Domestic Servants in Montreal, 1816-1829*, Thèse de maîtrise ès art, Département d'histoire, Université McGill, 1989 à la p 24; Peter N Moogk, « Apprenticeship Indentures: A Key to Artisan Life in New France » (1971) 6:1 *Historical Papers/Communications* historiques 65.

10. Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, coll « L'espace du politique », Paris, Fayard, 1995.

11. Comme le souligne Isabelle Daugareilh, « [d]un point de vue historique, les entreprises ont plutôt eu pour souci d'immobiliser la main-d'œuvre ». Isabelle Daugareilh, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités » (1996) 2 *Droit social* 128 à la p 130.

12. Paul-André Linteau et Jean-Claude Robert, « Propriété foncière et société à Montréal: une hypothèse » (1974) 28:1 *RHAF* 45; Daniel Massicotte, « Droit des contrats et pratiques contractuelles en droit romain et dans la coutume de Paris: aspects juridiques de la location immobilière à Montréal aux XVIII^e et XIX^e siècles » (1996) 37:4 *C de D* 1053; Arthur Raffalovich, *Le logement de l'ouvrier et du pauvre*, Paris, Librairie Guillaumin, 1887.

13. Pour situer la liberté de déplacement et le droit du travail dans leur longue histoire au Canada, nous renvoyons à un jugement de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Mia v Medical Services Commission of British Columbia*, 1985 CanLII 148 à la p 50 (BC SC), (1985) 17 DLR (4th) 385, le juge en chef McEachern, commence son historique en rappelant avec force: « *The right of free movement for the purpose of work, which we take for granted, has been our heritage for hundreds of years. Sometimes it is useful to remember our history, for "Those who cannot remember the past are condemned to repeat it"* ».

14. Acte concernant les maîtres et serviteurs dans les cantons ruraux, SRBC 1861, c 27.

15. Marilyn Barber, *Immigrant Domestic Servants in Canada*, vol 16 de Groupes ethniques du Canada, Ottawa, Canadian Historical Association, 1991.

16. Ce n'est qu'en 1949 que cette loi sera abrogée; *Loi des maîtres et des serviteurs*, SRQ 1941, c 328; *Loi abrogeant la Loi des maîtres et des serviteurs* et la *Loi de l'engagement des pêcheurs*, SQ 1949, c 69, art 1-3. Pour une analyse de la *Loi des maîtres et des serviteurs*, voir Paul Craven, « Canada, 1670-1935: Symbolic and Instrumental Enforcement in Loyalist North America » dans Douglas Hay et Paul Craven, dir, *Masters, Servants and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2004, 175.

avec son mari, qu'elle doit suivre pour demeurer partout où il fixe la résidence de la famille»¹⁷.

Il a fallu attendre le XX^e siècle pour que l'obligation de résidence soit contestée à l'échelle internationale et suscite l'attention de l'Organisation internationale du travail (OIT). L'une des toutes premières recommandations adoptées par l'OIT, en 1921, tente en effet d'encadrer juridiquement cette pratique et demande aux États parties de mettre en œuvre une réglementation prévoyant, notamment, que « les étables, écuries et hangars ne pourront être utilisés comme locaux pour le couchage des ouvriers »¹⁸. Par la suite, différents textes internationaux sont venus interdire l'assignation à résidence. Parmi ces textes, on peut mentionner l'article 12.1 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et l'article 13.1 du *Pacte international des droits civils et politiques* de 1966, qui énoncent tous deux que « toute personne a le droit de choisir sa résidence »¹⁹. L'OIT a par ailleurs adopté plusieurs résolutions qui, sans interdire formellement la résidence obligatoire, recommandent que les employeurs ne fournissent pas directement les logements à leurs employés et que le logement ne soit pas considéré au titre de la rémunération du travail²⁰. C'est

17. Art 175 CcBC.

18. OIT, *Recommandation (n° 16) sur le logement et le couchage (agriculture)*, Genève, 3^e sess CIT, 1921. Cette recommandation a été retirée en 2004, à l'unanimité des États votants, à l'exception de la Jamaïque, qui dénonçait le fait que la nouvelle recommandation 115 ne prévoyait pas de lit individuel.

19. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

20. OIT, *Recommandation (n° 115) sur le logement des travailleurs*, Genève, 45^e sess CIT, 1961 au para 12(2); après de vifs débats, cette recommandation dispose notamment qu'il :
devrait être reconnu qu'il n'est pas généralement souhaitable que les employeurs fournissent directement des logements à leurs travailleurs, sauf lorsque cela est rendu nécessaire par les circonstances, par exemple lorsqu'une entreprise est située à une grande distance des centres de résidence habituels ou lorsque la nature de l'emploi oblige le travailleur à être disponible à bref délai.

La recommandation mentionne également que « [l]a fourniture, par les employeurs, du logement ou des services communs au titre de la rémunération du travail devrait être interdite ou réglementée dans la mesure nécessaire pour protéger les intérêts des travailleurs », *ibid* au para 12(4); Anonyme, « The Forty-Fifth Session of the International Labour Conference (Report) » (1961) 84 Int'l Lab Rev 321 à la p 321. On peut également mentionner OIT, *Recommandation (n° 86) sur les travailleurs migrants (révisée)*, Genève, 25^e sess, 1949, art 20, qui dispose en annexe que l'État partie « devra s'assurer que les migrants et les membres de leur famille disposent d'un logement hygiénique et convenable, dans la mesure où les installations nécessaires sont disponibles »; *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, partie 6 : Immigration économique, section III : Aides familiaux, art 110-115 pour l'immigration, art 203 pour les permis de travail et art 2 pour la définition [RIPR].

finalement en 2010, avec la *Convention 189*, que l'OIT interdit formellement aux États d'obliger les travailleuses domestiques à résider chez leurs employeurs²¹. Il reste que l'obligation de résidence, *de jure* ou *de facto*, faite aux travailleuses et travailleurs migrants en particulier continue de préoccuper les Nations Unies, comme en témoigne le rapport annuel du rapporteur spécial²².

Le droit de ne pas vivre au travail s'apparente ainsi à une remise en cause du servage et compte au nombre des droits fondamentaux juridiquement institués contre le régime des privilèges. Ce droit prend appui sur une définition libérale du travail : le travailleur libre est notamment celui ou celle qui n'est plus contraint de vivre chez son employeur et qui dispose de sa force de travail. Pourtant, malgré la consécration internationale de l'illégalité de l'obligation de résidence, la question de sa légalité en droit interne continue de susciter des débats, en particulier au regard du droit à la liberté de sa personne, tel qu'il est consacré tant par la *Charte canadienne* que par la *Charte québécoise*. La question de savoir si le droit à la liberté peut être invoqué contre l'obligation de résidence n'est effectivement pas réglée. Les juges de la Cour suprême ont récemment tenu à souligner, à l'unanimité, qu'il « n'est pas évident que le droit de choisir son lieu de résidence soit visé par le droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la Charte »²³. La Cour n'a cependant pas développé les raisons pouvant justifier cette éventuelle exclusion, alors même que 15 ans plus tôt, trois juges de la Cour suprême avaient déclaré que le droit de choisir sa résidence faisait partie des garanties offertes par le droit à la liberté — sans qu'ils aient été explicitement contredits par leurs pairs, dans la mesure où ils ont

21. OIT, *Convention concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques*, 100^e sess CIT, 16 juin 2011 (entrée en vigueur : 5 septembre 2013) [*Convention 189*]; Adelle Blackett, « The Decent Work for Domestic Workers Convention and Recommendation, 2011 » (2012) 106:4 *Am J Int'l L* 778.

22. Rapporteur spécial des Nations Unies sur le logement convenable, *Rapport annuel (Main Focus: Migration and the Right to Adequate Housing)*, 65^e sess, A/65/261, 2010 au para 41 :

De nombreux travailleurs migrants habitent des logements fournis par leurs employeurs. Dans certains pays, les employeurs de travailleurs migrants sont tenus de leur fournir un logement. Néanmoins, ces logements manquent souvent de l'infrastructure, de l'espace et de l'entretien requis pour assurer des conditions de vie adéquates. Dans certains cas, les travailleurs migrants sont logés dans des immeubles en construction, dans des baraques de chantier, en plein air ou dans des conteneurs métalliques dépourvus de ventilation, d'électricité et d'infrastructure sanitaire. Les employeurs prélèvent parfois un pourcentage élevé sur les salaires des travailleurs pour couvrir les frais d'hébergement, même si celui-ci est insalubre.

23. *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37 au para 93, [2011] 2 RCS 670 [*Cunningham*].

préférée se prononcer sur la violation du droit à la vie privée au moment de statuer sur l'obligation de résidence²⁴. Le débat, quant à la portée du droit à la liberté est ainsi resté en suspens, mais se trouve *de facto* rouvert par les juges du plus haut tribunal du pays dans *Cunningham*.

Ce problème de la constitutionnalité du droit de choisir sa résidence constitue aujourd'hui un véritable enjeu de société, au centre d'un débat devenu public. Récemment, une enquête journalistique révélait que des travailleurs migrants temporaires du Belize avaient été forcés de vivre dans des logements choisis par l'employeur, *McDonald's*. Après quoi, le ministre fédéral de l'Emploi et du Développement social, Jason Kenney, a rappelé que « [p]ersonne, pas même un employeur, ne peut forcer quelqu'un à vivre quelque part, les gens sont libres de choisir où ils veulent vivre »²⁵. Malgré ces déclarations, le gouvernement fédéral impose ou contraint lui-même certaines catégories de travailleuses et de travailleurs migrants à résider chez l'employeur.

Compte tenu de l'enjeu que représente l'assignation à résidence pour les travailleurs et travailleuses migrants, des conditions de vie et de travail qu'elle induit, mais également des implications que pourrait avoir l'exclusion du droit de choisir sa résidence sur le contenu même des garanties offertes par l'article 7, la constitutionnalité de l'obligation de résidence au regard du droit à la liberté protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés* mérite d'être éprouvée²⁶. C'est dans cette perspective qu'il faut situer le présent article. Il voudrait contribuer à l'analyse critique du droit à la liberté à partir du cas du travail non libre : dans quelle mesure le premier peut-il être invoqué contre le second ? Dans un premier temps, nous présenterons brièvement les programmes d'immigration qui produisent cette forme de travail non libre que constitue le travail résident (I). Dans un deuxième temps, pour préciser la portée du droit à la liberté, c'est l'évolution jurisprudentielle ayant conduit à dissocier droit à la liberté et droit *au* travail qui retiendra notre attention. Il s'agira notamment de montrer que si le droit *au* travail n'est pas garanti par l'article 7, il n'est en revanche pas impossible que les droits *du* travail, ou plus précisément certains

24. *Godbout c Longueuil (Ville de)*, 1997 CanLII 335 (CSC), [1997] 3 RCS 844 [Godbout].

25. Société Radio Canada, « Des travailleurs étrangers logés par McDo se sentaient "comme des esclaves" » (17 avril 2014), en ligne : Ici Radio-Canada.ca <<http://ici.radio-canada.ca/regions/alberta/2014/04/17/001-travailleurs-etrangers-belize-mcdonalds-logement.shtml>>.

26. En ce qui concerne l'interdiction de changer d'employeur, voir Eugénie Depatie-Pelletier et Myriam Dumont Robillard, « Interdiction de changer d'employeur pour les travailleurs migrants : obstacle majeur à l'exercice des droits humains au Canada » (2013) 26:2 RQDI 163.

d'entre eux — dont le droit de ne pas vivre chez son employeur —, soient protégés par le droit à la liberté (II). Dans un dernier temps, nous discuterons des principaux arguments avancés pour dénoncer la constitutionnalité de l'obligation de résidence chez l'employeur en vertu de l'article 7 (III).

En toile de fond, c'est du droit à la libre disposition de sa force de travail dont il est ici question. Il s'agira de chercher à voir dans quelle mesure il est inclus et protégé par le *droit à la liberté de sa personne* et de discuter de l'étendue de ce dernier comme de son utilité en matière de conditions et de relations de travail.

I. LES PROGRAMMES D'IMMIGRATION TEMPORAIRE ET L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE CHEZ L'EMPLOYEUR

Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers a ceci d'exceptionnel et de dérogatoire au droit commun qu'il oblige les travailleuses et travailleurs migrants à résider chez leurs employeurs (A). Jusqu'au 30 novembre 2014, où cette obligation a été levée, les travailleuses domestiques immigrantes soumises au Programme des aides familiaux résidants étaient, elles aussi, liées à l'obligation de résidence. Le programme rebaptisé Programme des aides familiaux (PAF) laisse désormais le « choix » aux travailleuses de vivre ou non chez leurs employeurs. Sur le papier, le Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET) laisse lui aussi le « choix » aux travailleurs de résider où bon leur semble. Dans ces deux derniers cas, la liberté de choisir sa résidence reste théorique, du moins en partie, compte tenu du droit de l'immigration²⁷, notamment (B).

A. Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers et l'obligation de résidence chez l'employeur

Produit d'ententes bilatérales conclues entre le Canada, d'une part, et le Mexique et certains États antillais, d'autre part, le PTAS²⁸ consiste

27. Martin Gallié et Andrée Bourbeau, « Des logements provisoires pour des résidents provisoires : la privation du droit au logement des travailleurs agricoles migrants au Canada » (2014) 4 Cahiers du GIREPS 1, en ligne : GIREPS <<http://www.gireps.org/publications/des-logements-provisoires-pour-des-residents-provisoires-la-privation-du-droit-au-logement-des-travailleurs-agricoles-migrants-au-canada/>>.

28. Toutes les provinces canadiennes, à l'exception de Terre-Neuve-et-Labrador, participent à ce programme. Nous ne disposons malheureusement pas d'information sur les raisons pour

officiellement à pallier la soi-disant « pénurie de main-d'œuvre »²⁹ dans les secteurs agricoles primaires³⁰. Les seules dispositions réglementaires qui l'encadrent sont celles du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui crée un régime spécial pour l'octroi des permis de travail³¹ : ce sont les gouvernements étrangers qui, sur recommandation des employeurs canadiens, sont responsables du recrutement et de la sélection des travailleurs dans le pays d'origine. Ces ouvriers mexicains et antillais ne peuvent travailler au Canada que pour une période maximum de huit mois par année. N'étant pas admissibles à la résidence permanente, ils sont confinés au statut de travailleurs provisoires et *de facto* objectivement intéressés à effectuer un maximum d'heures de travail pour la durée de leur permis de travail,

lesquelles cette province n'y participe pas. La Colombie-Britannique a adhéré au PTAS mexicain en 2004 et au PTAS antillais en 2007, avec des modalités différentes des autres provinces. En particulier, les travailleurs dans le cadre du PTAS en Colombie-Britannique ne sont pas obligés de résider dans le lieu désigné par l'employeur, mais celui-ci a l'obligation de leur fournir un logement ou de les aider à en trouver un qui soit convenable. En pratique, les travailleurs résident chez l'employeur. Sur les données disponibles dans cette province, voir l'article de Luis LM Aguiar, Patricia Tomic et Ricardo Trumper, « Mexican Migrant Agricultural Workers and Accommodations on Farms in the Okanagan Valley, British Columbia » (2011) 4 *Metropolis British Columbia* 1.

29. Malgré les affirmations patronales, le Bureau du vérificateur général estime qu'il est impossible d'évaluer s'il y aurait, ou non, pénurie. Pour M. Arès et Y. Noiseux, il n'y a pas véritablement de pénurie de main-d'œuvre. Il y a seulement une pénurie de travailleurs qui acceptent de travailler dans certaines conditions de travail particulièrement difficiles et avec des salaires qu'ils estiment largement insuffisants. Canada, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada*, ch 2, « La sélection des travailleurs étrangers en vertu du programme d'immigration », Ottawa, BVG, 2009 à la p 36. Voir également : Mathieu Arès et Yanick Noiseux, « La syndicalisation des travailleurs agricoles migrants au Québec : du débat en cour au débat de société », en ligne : (2014) 49 *Revue Interventions économiques* 2, <<http://interventionseconomiques.revues.org.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/2001>>; Dominique M Gross, *Temporary Foreign Workers in Canada: Are They Really Filling Labour Shortages?*, avril 2014, en ligne : Institute CD Howe <http://www.cdhowe.org/pdf/commentary_407.pdf>. Enfin, mentionnons que le secteur agricole primaire désigne une activité ayant cours dans une exploitation agricole qui se concentre sur la production de fruits, de légumes, de céréales, de tabac, de gazon, de miel, de fleurs, d'arbres de Noël, qui peuvent être cultivés dans des serres et des pépinières, de même que la production de certains produits animaux.

30. Il existe une importante littérature sur ce programme. Parmi les publications récentes, mentionnons : Jenna L Hennebry et Kerry Preibish, « A Model for Managed Migration? Re-Examining Best Practices in Canada's Seasonal Agricultural Worker Program » (2012) 50 *International Migration* 19; Fay Faraday, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers' Insecurity*, Toronto, Metcalf Foundation, 2012, en ligne : Metcalf Foundation <<http://metcalffoundation.com/publications-resources/view/made-in-canada/>>.

31. DORS/2002-227. Le PTAS est géré par le ministère de l'Emploi et du Développement social Canada (EDSC; anciennement le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences Canada, RHDCC) et le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada (CIC). Voir *RIPR*, *supra* note 20, art 198 (2) (a)(i), 200 (3) (g)(iii) et 204 (a).

non seulement parce qu'ils doivent transférer leurs revenus dans le pays d'origine, mais aussi pour rembourser les dettes qu'ils ont contractées auprès de multiples intermédiaires³². À noter que le contrat de travail du PTAS ne prévoit pas de limite au temps travaillé pendant la durée du séjour. Il fixe, au contraire, un minimum d'heures de travail que les employeurs doivent s'engager à fournir aux travailleurs : 240 heures à l'intérieur d'une période de 6 semaines ou moins.

Enfin, le PTAS oblige les employeurs à loger gratuitement et convenablement les travailleurs migrants qu'ils embauchent³³ dans des habitations choisies par les employeurs. En effet, selon le contrat de travail type du programme, l'ouvrier a l'obligation « [d]e travailler et d'habiter au lieu de travail susdit ou à tout autre endroit fixé par l'employeur et approuvé par le représentant du gouvernement »³⁴.

B. Le Programme des aides familiaux résidents et le Volet agricole du PTET et la contrainte de résider chez l'employeur

Depuis le milieu des années 50, le gouvernement canadien organise, par sa politique des frontières et de gestion de l'immigration, l'importation d'une main-d'œuvre qu'il affecte et confine au travail de soin (*care*) dans le secteur privé de la domesticité³⁵. Le Programme des aides familiaux résidents³⁶ est celui qui encadre cette importation depuis 1992. Il consiste à offrir aux citoyens canadiens une main-d'œuvre

32. Judy Fudge, « The Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers » (2012) 34:1 *Comp Lab L & Pol'y J* 95; Faraday, *supra* note 30.

33. RHDCC, « Contrat de travail pour l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers du Mexique au Canada – 2013 », 2013, au para II (1) [PTAS-Mexique] et RHDCC, « Contrat de travail pour l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers des Antilles (États membres du Commonwealth) au Canada – 2013 », 2013, au para II (1) [PTAS-Antilles], en ligne : Ressources humaines et Développement des compétences Canada <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/Agricole/directives.shtml>.

34. PTAS-Mexique, *supra* note 33 au para IX (1); PTAS-Antilles, *supra* note 33 au para IX (2).

35. Barber, *supra* note 15.

36. Le programme est régi par les dispositions du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et par le *Guide du traitement des demandes au Canada*, destinés aux agents de l'immigration. Le PAFR est géré par le CIC, au fédéral, avec la collaboration, au Québec, du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles (MICC); *RIPR*, *supra* note 20, Partie 6 : Immigration économique, section III : Aides familiaux, art 110-115 pour l'immigration, art 203 pour les permis de travail et art 2 pour la définition; *OP14 relatif au traitement des demandes aux termes du programme des aides familiaux résident*, 5.7. Exigences relatives au contrat d'emploi.

chargée de prodiguer « sans supervision, des soins à domicile à un enfant, à une personne âgée ou à une personne handicapée »³⁷. En 2012, 6 242 travailleuses, dont plus de 90 % étaient originaires des Philippines, ont été admises dans le cadre de ce programme³⁸. La première condition à remplir pour l'employeur qui souhaite en bénéficier est de démontrer qu'il a échoué dans sa recherche d'une employée canadienne. En pratique, cette exigence se présente comme une simple formalité pour les employeuses et les employeurs, qui peuvent très rapidement sélectionner une travailleuse étrangère par l'entremise des agences de recrutement, notamment, et dont les pratiques sont régulièrement dénoncées³⁹. Une fois que la travailleuse a été retenue, l'employeur doit s'engager à respecter un certain nombre de conditions, dont celles imposées par la *Loi sur les normes du travail*⁴⁰, et à fournir gratuitement une chambre privée, fermant à clef, à l'aide familiale qui, désormais, « choisit » de résider chez l'employeur. Une fois ces conditions satisfaites, le ministère délivre un permis de travail à la future employée par lequel elle se trouve *de facto* assignée à un employeur particulier. Aussi, pour pouvoir changer d'employeur, les travailleuses doivent produire une nouvelle demande de permis de travail. Elles doivent par ailleurs cumuler 24 mois de travail résidant dans les 48 mois qui suivent leur entrée sur le territoire canadien (soit 3 900 heures sur une période de 22 mois)⁴¹ pour devenir admissibles à la résidence permanente, c'est-à-dire autorisées à en produire la demande⁴². *A contrario*, si au terme du délai de 48 mois, les travailleuses n'ont pas respecté la condition relative aux 24 mois de résidence, elles sont expulsables du territoire canadien. Compte tenu de cette disposition et des délais administratifs de traitement des demandes

37. *Ibid*, art 2.

38. CIC, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration*, 2013 à la p 23, en ligne: CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/pub/rapport-annuel-2013.pdf>>.

39. Par exemple, Carpentier, *supra* note 5 à la p 73; Judy Fudge et Kendra Strauss, dir, *Temporary Work, Agencies and Unfree Labour: Insecurity in the New World of Work*, New York et Londres (R-U), Routledge, 2013.

40. Semaine de 40 heures, salaire de 10,35 \$ l'heure, paiement des heures supplémentaires à un taux salarial de 1,5. Et, en particulier, les normes relatives aux modalités de versements du salaire, au calcul des heures supplémentaires, aux périodes de repas, aux jours fériés et chômés, aux congés annuels, aux congés pour événements familiaux, aux indemnités et aux recours en vertu de cette Loi, à la façon d'effectuer le versement des prélèvements et le paiement des redevances prévus par la loi (assurance-emploi, impôt, etc.). *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c N-1.1.

41. *RIPR*, *supra* note 20, art 113 (1) (d).

42. *Ibid*, art 72(1)(c) et 72(2)(a).

de nouveaux permis de travail, les travailleuses sont très fortement incitées à rester chez l'employeur auquel elles sont attachées à leur arrivée⁴³. Elles demeurent en outre juridiquement confinées au secteur du travail domestique, quelles que soient leurs qualifications professionnelles, jusqu'à l'obtention de la résidence permanente⁴⁴.

Enfin, jusqu'en novembre 2014, ce programme auquel ont été soumises des dizaines de milliers de travailleuses domestiques originaires des Caraïbes, puis des Philippines contenait également l'obligation de résidence. Jusque-là, le gouvernement du Canada s'opposait systématiquement à tout projet de suppression de cette disposition. En 2009, devant l'Organisation internationale du travail, en réponse à un questionnaire soumis, le mandant du gouvernement du Canada déclarait que l'obligation d'habiter sur place pour un travailleur qui fournit des soins personnels devait pouvoir « constituer une condition d'embauche »⁴⁵. La même année, devant le Parlement canadien, il réaffirmait qu'il n'était pas question de revenir sur cette condition, qui constituait un « élément essentiel » du programme sans lequel « il ne serait probablement pas nécessaire d'embaucher un [travailleur étranger temporaire] »⁴⁶. Depuis 2010 et l'adoption de la *Convention 189*, cette

43. Galerand et Gallié, *supra* note 3.

44. Elsa Galerand, Martin Gallié et Jeanne Ollivier-Gobeil, *Travail domestique et exploitation : le cas des travailleuses domestiques philippines au Canada (PAFR)*, Rapport de recherche SAC-PINAY, janvier 2015, en ligne : McGill <<http://www.mcgill.ca/ldrl/labour-law-and-development-research-laboratory>>.

45. BIT, *Rapport IV (2) – Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Conférence internationale du travail, 99^e session, Genève, 2010 à la p 155 et s, en ligne : ILO <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/99thSession/reports/WCMS_124399/lang--fr/index.htm>. Ainsi, à la question 18 : *La convention devrait-elle stipuler que chaque Membre devrait s'assurer que les travailleurs domestiques ne soient pas obligés par la législation nationale de résider chez l'employeur?*, *ibid* à la p 155, le mandant du gouvernement canadien a répondu par la négative (50 pour et 13 contre : Afrique du Sud, Arabie saoudite, Bahreïn, Canada, Émirats arabes unis, Espagne, Jordanie, Maurice, Maroc, Mexique, Népal, République arabe syrienne, Suisse), *ibid*. Les associations d'employeurs ont voté pour dans 6 cas et contre dans 4 cas, *ibid* à la p 158. Sur les 124 associations de travailleurs qui se sont prononcées, seulement 6 ont voté contre : CROC (Mexique), CTM (Mexique), GEFONT (Népal), CAUS (Nicaragua), NTUF (Sri Lanka), FPU (Ukraine), *ibid* à la p 159. Sur cette question, on mentionnera simplement l'argumentaire du gouvernement suisse :

Ce point devrait être laissé à la discrétion de chaque État. Tout dépend de la qualité du logement fourni. L'hébergement au domicile de l'employeur présente des inconvénients, mais peut aussi avoir des avantages dans le sens où, par exemple, il évite aux travailleurs domestiques de devoir rentrer chez eux tard dans la nuit lorsque les transports publics ne fonctionnent plus (risques pour la sécurité, longueur du trajet de retour), *ibid* à la p 157 [BIT, *Rapport IV (2)*].

46. Parlement du Canada, *Réponse du gouvernement du Canada au septième Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration* : « Les travailleurs temporaires et les travailleurs sans statut légal » (président David Tilson), 40^e lég, 2^e sess, présenté à la Chambre le 19 août 2009,

obligation de résidence était pourtant contraire aux normes de l'OIT. L'article 9 de la *Convention 189* oblige en effet les États à prendre des mesures « afin d'assurer que les travailleurs domestiques soient libres de parvenir à un accord avec leur employeur ou leur employeur potentiel sur le fait de loger ou non au sein du ménage »⁴⁷. La résidence obligatoire est plus largement condamnée par l'OIT en tant qu'elle est contraire au « travail décent », compte tenu des abus qu'elle autorise *de facto*⁴⁸.

Il a donc fallu attendre novembre 2014 pour que le programme canadien soit finalement révisé et l'obligation de résidence formellement supprimée. Le programme continue néanmoins de préciser que « si l'employeur et l'aide familial en conviennent, l'aide familial pourra résider chez son employeur »⁴⁹. Ainsi, la réforme de 2014 ne modifie ni les objectifs ni les principes de base régissant le fonctionnement du programme; surtout, elle n'empêche pas la résidence chez l'employeur.

À noter que, bien que le gouvernement canadien convienne que le fait de résider chez l'employeur rend les travailleuses vulnérables et qu'il réduit leurs chances de trouver de bons emplois, il n'est toujours pas signataire de la *Convention 189* de l'OIT. Par ailleurs, cette réforme de novembre 2014 ouvre la possibilité pour les établissements de santé — et non plus seulement pour les particuliers — de recruter des travailleuses domestiques, des infirmières ou des aides-soignantes par l'entremise de ce programme d'immigration temporaire.

Comme les travailleuses domestiques, les travailleurs migrants agricoles soumis au Volet agricole du PTET ne sont pas tenus d'habiter chez l'employeur. Ce dernier est en revanche obligé de leur fournir un logement soit sur la propriété de la ferme, soit à l'extérieur⁵⁰. Le travailleur a alors le choix d'accepter ou de refuser le logement proposé. Toutes les études s'entendent cependant pour considérer que ce droit au choix de résider ou non chez l'employeur est purement formel compte

(2009), en ligne : Le Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4017803&Language=F>> [Parlement du Canada, *Les travailleurs temporaires*].

47. *Convention 189*, *supra* note 21.

48. BIT, *Rapport IV (2)*, *supra* note 45 à la p 156.

49. CIC, *Améliorations au Programme des aides familiaux du Canada, novembre 2014*, en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/aides/ameliorations.asp>>.

50. Contrat de travail, *Volet agricole*, RHDCC EMP5510 (2012-07-003) F, section 6, 2013.

tenu de l'éloignement géographique des exploitations agricoles par rapport aux centres urbains, de l'absence de moyen de transport, de la rareté des logements disponibles dans les campagnes, du coût des loyers, des difficultés à trouver un propriétaire prêt à signer un bail pour quelques mois seulement, des barrières linguistiques, de la discrimination dont sont victimes les travailleurs migrants, ou même des pressions des employeurs⁵¹. Ainsi, selon l'enquête réalisée par la Commission des normes du travail (CNT) en 2009, au cours de laquelle 83 exploitations agricoles ont été visitées, 96 % des travailleurs logeaient sur les fermes des propriétaires, que ce soit dans une maison qui leur était réservée (63 %), une maison mobile (26 %) ou dans la résidence du propriétaire (7 %). Seuls 4 % des travailleurs étaient logés en ville⁵².

Au sujet des spécificités de ces programmes, dérogoires au droit commun, de nombreux auteurs défendent qu'elles participent, *de facto* ou *de jure*, à produire des travailleurs et des travailleuses non libres⁵³. L'objectif de la partie suivante est précisément d'examiner dans quelle mesure le droit à la liberté garanti à l'article 7 peut être invoqué contre le travail non libre.

51. Carpentier, *supra* note 5 à la p 63.

52. Commission des normes du travail, *Projet d'intervention auprès des travailleurs agricoles étrangers — Bilan d'une première expérience*, Publications du Québec, 2009 à la p 4.

53. Dans le cadre du présent article, nous ne pouvons malheureusement pas faire état des travaux qui montrent que les formes de travail non libre, loin d'être marginales et de constituer une survivance du féodalisme, font partie intégrante de l'actualité du capitalisme. Parmi les formes de travail non libre les plus étudiées actuellement, on peut mentionner le cas des travailleurs migrants à qui les États imposent des contraintes légales (permis temporaires de travail), ou encore les travailleurs d'agence (avec des clauses de non-concurrence, par exemple). Pour des analyses théoriques récentes, nous renvoyons à Roger Botte, « Les habits neufs de l'esclavage : métamorphoses de l'oppression au travail » (2005) 179-180 *Cahiers d'études africaines* 651; Moulier Boutang, *supra* note 1; Genevieve LeBaron, « Unfree Labour Beyond Binaries. Insecurity, Social Hierarchy and Labour Market » (2013) 17:1 *International Feminist Journal of Politics* 1. Pour un aperçu comparatif en ce qui concerne les travailleurs d'agence, voir Fudge et Strauss, *supra* note 39; pour les travailleuses domestiques, Abigail Bakan et Daiva Stasiulis, « The Political Economy of Migrant Live-In Caregivers: A Case of Unfree Labor? » dans Patti Tamara Lenard et Christine Straehle, dir, *Legislated Inequality: Temporary Labour Migration in Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2012, 202; Galerand et Gallié, *supra* note 3; pour les travailleurs agricoles, voir notamment Gallié et Bourbeau, *supra* note 27; Tanya Basok, *Tortillas and Tomatoes: Transmigrant Mexican Harvesters in Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003; Vic Satzewich, *Racism and the Incorporation of Foreign Labour: Farm Labour Migration to Canada Since 1945*, New York, Routledge, 1991.

II. LE DROIT À LA LIBERTÉ ET LES « DROITS ÉCONOMIQUES »

Le droit à la liberté garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne (Charte québécoise)* et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés (Charte)* se lit comme suit :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale⁵⁴.

Ce droit doit être distingué des *libertés fondamentales* garanties à l'article 2 de la *Charte*, lequel consacre le droit à la liberté de conscience, de religion, d'expression, de réunion pacifique et d'association. L'article 7 garantit restrictivement, pour sa part, le droit à la *liberté de sa personne*⁵⁵. Néanmoins, à ce jour, son interprétation demeure sujette à controverses, le « sens de la liberté »⁵⁶ posant toujours « un sérieux

54. Dans *Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177, la Cour suprême a eu l'occasion de déclarer qu'une personne qui invoque ces articles n'avait pas à prouver que tous les droits mentionnés (droit à la vie, droit à la liberté, droit à la sécurité) étaient violés pour que la Cour conclue à la violation de l'article 7 ou de l'article premier. Il est admis qu'il suffit qu'un seul de ces droits ait été violé.

55. Nous n'avons pas trouvé de publication portant spécifiquement sur le droit à la liberté garanti par l'article 7. En revanche, de nombreux travaux portent de manière plus large sur l'article 7. Parmi ceux-ci, nous nous appuyons notamment sur Eric Colvin, « Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1989) 68 Can Bar Rev 560; Philip Bryden, « Section 7 of the Charter Outside the Criminal Context » (2005) 38 UBC L Rev 507; Margot E Young, « Section 7 and the Politics of Social Justice » (2005) 38 UBC L Rev 539; David J Mullan et Deirdre Harrington, « The Charter and Administrative Decision-Making: The Dampening Effects of Blencoe » (2002) 27 Queen's LJ 879; Louise Arbour, « Freedom from Want: From Charity to Entitlement / Libérer du besoin : de la charité à la justice », Conférence présentée au Symposium LaFontaine-Baldwin, 2 mars 2005, en ligne : Institut pour la citoyenneté canadienne <<http://icc-icc.ca/fr/lbs/docs/LouiseArbour2005EN.pdf>>; Patrice Garant, « L'article 7 de la Charte – toujours énigmatique après 18 mois de jurisprudence » (1983) 13 Man LJ 477; Patrice Garant, « Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale » dans Gérald-A Beaudoin et Errol Mendes, dir, *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd, Markham (Ont), LexisNexis, 2005, 457 [Garant, « Vie, liberté »]; Nathalie Des Rosiers, « Liberté, pour l'instant, Égalité, de temps en temps, Fraternité... pas encore : les 25 ans de la *Charte canadienne des droits et libertés* » dans Joseph E Magnet et Bernie Adell, dir, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms after Twenty-Five Years*, Toronto, LexisNexis, 2009, 123; Marco Laverdière, « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1998-1999) 29 RDUS 117; Marco Laverdière, « Les suites de l'arrêt *Chaoulli* et les engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux » (2007) 38 RDUS 1 [Laverdière, « Les suites de l'arrêt *Chaoulli* »]; Marie-Pierre Robert et Stéphane Bernatchez, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte » (2010) 40:2 RGD 541 à la p 562.

56. Josiane Boulad-Ayoub et Peter Leuprecht, dir, *Le sens de la liberté*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010; Garant, « Vie, liberté », *supra* note 55.

problème de définition»⁵⁷ (A). Si la Cour refuse de reconnaître le droit à la liberté des propriétaires ou des employeurs, en tant qu'ils sont propriétaires et employeurs et si ce refus est clairement établi par la jurisprudence (B), la question de savoir si le droit à la liberté de sa personne peut garantir aux travailleurs et travailleuses la liberté de disposer librement de leur force de travail n'est, de son côté, toujours pas tranchée (C). L'obligation de résidence, qui contrevient au droit de choisir son lieu de résidence, contrarie en effet, de fait, le droit à la libre disposition de soi ou à la propriété de soi-même.

A. L'évolution de la portée du droit à la liberté

Les arrêts de la Cour suprême témoignent d'importantes «hésitations jurisprudentielles»⁵⁸ sur la portée du droit à la liberté. Selon Pierre Bosset, «il n'est pas aisé d'identifier [*sic*] le sens axiologique donné à la liberté par le haut tribunal : l'évolution de la *Charte canadienne* nous amène plutôt à constater l'existence de paradigmes concurrents et difficilement conciliables dans l'absolu»⁵⁹. Pour Patrice Garant, «deux courants s'affrontent» au sujet de la juste interprétation du droit à la liberté énoncé à l'article 7, et aucun n'est parvenu à faire «consensus à la Cour»⁶⁰ jusqu'ici.

Le premier courant, appelé «l'école du domaine judiciaire»⁶¹, défend une interprétation restrictive de l'article 7⁶², selon laquelle le

57. Christian Brunelle, «Les droits et libertés dans le contexte civil» dans *École du Barreau du Québec*, Collection de droit 2014-2015, vol 7, *Droit public et administratif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 14.

58. Laverdière, «Les suites de l'arrêt *Chaoulli*», *supra* note 55.

59. Pierre Bosset, «Concevoir juridiquement la liberté dans une société multiculturelle» dans Boulad-Ayoub et Leuprecht, *supra* note 56, 81 à la p 100.

60. Garant, «Vie, liberté», *supra* note 55 à la p 474.

61. Pour reprendre la classification du juge en chef McEachern, reprise par la Cour suprême dans *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44 au para 26, [2000] 2 RCS 307.

62. *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)c du Code criminel (Man)*, [1990] 1 RCS 1123 aux pp 1162-80 [*Renvoi sur la prostitution*]. Pour une analyse caractéristique de cette interprétation, on peut citer le juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution* : «Les intérêts protégés par l'art 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire», *ibid* à la p 1173.

[...] Bref, je suis d'avis que l'art 7 entre en jeu lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit. L'art 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l'art 7 intervient lorsque l'État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violations. *Ibid* aux pp 1177-78 [soulignements dans l'original].

droit à la liberté de sa personne n'accorde que des droits « "négatifs" — à savoir des garanties de non-intrusion — », pour reprendre la formule de la juge Arbour dans l'arrêt *Gosselin*⁶³. Suivant cette interprétation, l'article 7 protège plus précisément les individus contre des formes de coercition ou de contrainte de l'État ou de ses organismes, mais il « n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de "liberté" »⁶⁴. La portée de l'article 7 se limite alors aux atteintes à la liberté physique qui « relèvent du domaine de l'appareil judiciaire », que ce soit dans un contexte pénal⁶⁵, psychiatrique⁶⁶ ou encore d'administration de la justice⁶⁷.

Par là même, cette première interprétation exclut de la protection constitutionnelle certaines libertés, par exemple, la liberté de faire des choix individuels (de s'habiller, de s'éduquer, de travailler, de fumer, de se loger, de se soigner...), de manière autonome, sans l'intervention de l'État. Dans cette perspective, les seules libertés que la *Charte* garantit aux individus sont celles énoncées aux articles 2 (libertés d'expression, de conscience, d'association...) et 6 (libertés de circulation et d'établissement)⁶⁸, mais ces libertés ne s'appliquent qu'aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents. L'« école du domaine judiciaire » s'oppose finalement à une interprétation substantielle du droit à la liberté qui autoriserait les juges de la Cour suprême à se

63. *Gosselin c Québec (PG)*, 2002 CSC 84 au para 319, [2002] 4 RCS 429 [*Gosselin*].

64. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 22 [*B (R)*].

65. Patrice Garant et Paule Halley, « L'article 7 de la Charte canadienne et la discipline carcérale » (1989) 20:4 RGD 599.

66. Voir, par exemple, la jurisprudence citée dans *R c Jones*, [1986] 2 RCS 284 au para 74 (juge Wilson, dissidente).

67. À titre d'exemple, dans *R c Beare*, [1988] 2 RCS 387, la Cour a conclu qu'une disposition du *Code criminel* qui prescrit la prise des empreintes digitales d'une personne, accusée d'un acte criminel, mais sans en être reconnue coupable, pouvait constituer une atteinte à la liberté. En l'espèce, la Cour a toutefois admis que cette disposition ne viole pas les principes de justice fondamentale pour des motifs fondés sur l'arbitraire ou l'atteinte à la vie privée des intimés; dans le même sens, dans *R c Heywood*, 1994 CanLII 34 (CSC), [1994] 3 RCS 761 [*Heywood*], la Cour a invalidé une disposition du *Code criminel* interdisant à une personne, en l'occurrence une personne condamnée pour des agressions sexuelles, de s'abstenir de flâner dans certains lieux.

68. Voir en ce sens l'avis (dissident) du juge en chef Lamer dans *B (R)*, *supra* note 64 au para 27: En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis incapable de me convaincre que les rédacteurs ont pu, à l'art 2, limiter dans des termes aussi explicites les types de libertés fondamentales auxquels ils entendaient assurer une protection constitutionnelle pour ensuite accorder, à l'art 7, une protection « générale » par l'utilisation d'un terme générique qui, à moins d'en restreindre le sens, inclurait de toute évidence les libertés déjà protégées par les art 2 et 6, de même que toutes celles qui n'ont pas été énumérées.

substituer au législateur et à statuer sur ce qui est souhaitable pour la société. Pour cette école, « les tribunaux ne doivent pas s’immiscer dans le domaine des pures questions d’ordre public; c’est le rôle exclusif des représentants dûment élus, les législateurs »⁶⁹. C’est suivant cette lecture qu’en 1988, la majorité des juges de la Cour suprême refusent de se prononcer sur la question de savoir si le *droit à la liberté* protège le droit à l’avortement⁷⁰. Dans le même sens, deux ans plus tard, la Cour refuse de reconnaître que le droit à la liberté protège le droit d’occuper un emploi ou le droit d’une personne d’exercer la profession de son choix, en l’occurrence la prostitution⁷¹.

Le second courant, qui semble majoritaire, soutient que le *droit à la liberté de sa personne* doit être compris comme « un terme large et majestueux », pour reprendre les termes de la Cour suprême des États-Unis, dont s’inspire cette interprétation⁷². Cet élargissement de la portée de l’article 7, instauré par la juge Wilson dans plusieurs opinions dissidentes, se manifeste tout particulièrement à la suite de l’arrêt *B (R)* de 1995⁷³. Dans cet arrêt, le juge La Forest, avec l’assentiment des juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, souligne que le droit à la liberté garanti par l’article 7 protège l’autonomie personnelle et qu’il doit être interprété largement et en conformité avec les principes et les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans son ensemble⁷⁴.

69. *Renvoi sur la prostitution, supra* note 62 à la p 1176.

70. *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 188 [*Morgentaler*]:

Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l’avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp « pro-choix » ou « pro-vie » [...] [considérant] que, bien qu’il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d’interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n’importe quelle interprétation qu’on pourrait vouloir lui donner. L’interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l’historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l’histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

71. *Renvoi sur la prostitution, supra* note 62 à la p 1179 (le juge Lamer).

72. *Board of Regents of State Colleges v Roth*, 408 US 564 (1972).

73. *B (R)*, *supra* note 64. Dans cette affaire, les juges devaient se prononcer sur le droit pour les parents (la liberté parentale) de prendre des décisions concernant les soins médicaux à donner à leurs enfants. Il s’agissait de savoir si les parents, en l’occurrence des témoins de Jéhovah, pouvaient s’opposer à une transfusion sanguine. Voir Robert P Kouri et Charlotte Lemieux, « Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec* » (1995) 26 RDUS 77.

74. *B (R)*, *supra* note 64 au para 80. Le juge La Forest a toutefois conclu que le droit revendiqué par les parents appelants était certes compris dans la sphère d’autonomie individuelle protégée, mais que, dans les circonstances, l’atteinte au droit n’était pas contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge a conclu que l’article 7 n’avait pas été enfreint.

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne⁷⁵.

La Cour ne fournit alors ni définition ni exemple de ce que pourraient être des « décisions d'importance fondamentale », mais deux ans plus tard, dans l'arrêt *Godbout* qui concerne justement l'obligation de résidence, le juge La Forest soutient cette interprétation large du droit à la liberté et déclare, en son nom et celui de deux autres juges : « la protection du droit à la liberté garanti par l'art 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »⁷⁶.

Le juge La Forest fixe cependant des limites à la liberté visée lorsqu'il précise que cette liberté n'englobe pas « toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires » et « que cette sphère d'autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de "privé" ». L'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'article 7 ne comprend que « les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux qui participent de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »⁷⁷.

Depuis l'arrêt *Godbout*, cette interprétation élargie du droit à la liberté, qui intègre la possibilité pour les individus de prendre des décisions individuelles intrinsèquement liées à leur dignité et à leur indépendance, a été reprise par la Cour à plusieurs occasions. Aussi, si la portée du droit à la liberté continue de faire l'objet de débats⁷⁸,

75. *Ibid.*

76. *Godbout*, *supra* note 24 au para 66.

77. *Ibid.*

78. À titre d'exemple, contrairement aux juges dissidents (Arbour, LeBel et Deschamps), la majorité des juges déclare en 2003 que « [l]e droit à la liberté n'emporte pas celui de consommer de la marijuana à des fins récréatives ». Pour la majorité, le droit à la liberté « ne saurait être élargi pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode

Christian Brunelle estime qu'il est désormais « probable que la décision de se marier, de fonder une famille, d'interrompre sa grossesse, d'élever ses enfants par soi-même, de refuser un traitement médical, ou encore de mettre fin à ses jours soit du domaine des choix individuels fondamentaux ». En revanche, pour ce qui concerne spécifiquement le droit de choisir son lieu de résidence, la question « demeure encore irrésolue »⁷⁹.

En effet, en 1997 dans l'arrêt *Godbout*, la Cour suprême avait déjà eu à se prononcer sur la question de savoir si le droit de choisir son lieu de résidence est ou non protégé par le droit à la liberté, mais les juges semblaient partagés sur la solution à apporter. Dans cette affaire, une employée municipale, M^{me} Godbout, conteste la constitutionnalité d'une résolution de la Ville de Longueuil qui oblige tous les nouveaux employés permanents à habiter dans les limites de la municipalité. Seuls trois juges (La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin) concluent en l'occurrence que le droit de choisir sa résidence est garanti par le droit à la liberté. Tous les autres estiment plus « prudent » de ne pas se prononcer. Ainsi, le juge Major, s'exprimant au nom des juges Lamer et Sopinka, convient avec le juge Cory⁸⁰ « qu'il est inutile et peut-être imprudent d'examiner la question de savoir si l'obligation de résidence porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en

de vie », *R c Clay*, 2003 CSC 75, introduction, [2003] 3 RCS 735; *R c Malmo-Levine*; *R. c Caine*, 2003 CSC 74 au para 86, [2003] 3 RCS 571 [*Caine*], dans l'arrêt *Chaoulli c Québec (PG)*, 2005 CSC 35 au para 203, [2005] 1 RCS 791 [*Chaoulli*], les trois juges dissidents (Binnie, LeBel et Fish) ont tenu à souligner qu'ils ne reconnaissaient pas aux médecins la « "liberté" de dispenser des soins de santé dans un contexte privé », pas plus qu'ils ne pouvaient déduire de l'article 7 « l'existence d'un droit constitutionnel de "déboursier", qui correspondrait à une forme de droit de propriété ». Plus récemment, dans *A C c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30 au para 219, [2009] 2 RCS 181, le juge Binnie (dissident), en son nom propre, rappelait que « la Cour défend depuis longtemps la valeur de l'autonomie ». Par conséquent, pour le juge Binnie, interdire à une enfant de 14 ans, qui se déclare membre des témoins de Jéhovah et qui refuse, pour cette raison, une transfusion sanguine porte atteinte à son droit à la liberté.

79. Brunelle, *supra* note 57.

80. *Godbout*, *supra* note 24 au para 118. Pour le juge Cory, appuyé par les juges Gonthier et Iacobucci :

[J]e préférerais ne pas me prononcer sur l'application de l'art 7 à une situation comme celle de l'espèce. La présente affaire soulève des questions importantes sur la portée de l'art 7. En outre, il se peut que son application ait un effet considérable sur les municipalités. Avant de parvenir à une conclusion à l'égard d'une question qui n'a pas à être examinée pour déterminer l'issue du présent pourvoi, j'aimerais qu'on me présente d'autres arguments sur celle-ci, y compris les observations des parties concernées et des procureurs généraux des provinces et territoires intervenants. Il se pourrait fort bien que ces observations modifient l'approche qu'adoptera la Cour sur cette question. Je préférerais ne pas hasarder d'avis sur cette question avant d'avoir entendu d'autres arguments à ce sujet.

l'absence d'observations des parties intéressées »⁸¹. Les juges Cory et Major ne s'opposent donc pas explicitement à l'interprétation énoncée par le juge La Forest. Ils estiment plutôt ne pas disposer d'éléments suffisants, en l'espèce, pour trancher.

Le débat est formellement rouvert en 2011, alors que la Cour décide, cette fois-ci à l'unanimité, qu'il « n'est pas évident que le droit de choisir son lieu de résidence soit visé par le droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte* »⁸². Dans cette dernière affaire, des membres d'une communauté métisse de l'Alberta avaient fait le choix de s'inscrire à titre d'Indiens, conformément à la *Loi sur les Indiens*⁸³ qui leur en laissait alors la possibilité⁸⁴. Ce choix était notamment dicté par le fait qu'il leur permettait d'obtenir certains « avantages conférés aux Indiens inscrits »⁸⁵, en l'occurrence des soins médicaux. Une fois ce choix fait, le gouvernement de l'Alberta avait révoqué leur appartenance à la communauté métisse de Peavine, comme le prévoit la *Metis Settlement Act*⁸⁶, en vertu de laquelle les Indiens ne peuvent avoir le statut de Métis, puisque les deux groupes de statut sont considérés comme étant distincts et s'excluant l'un l'autre. Or, cette décision venait *de facto* restreindre le droit des demandeurs de résider dans la communauté métisse de Peavine. Ils pouvaient donc se voir refuser le droit de résider dans l'établissement métis de Peavine⁸⁷. Appelée à statuer sur une éventuelle violation du droit à la liberté de choisir son lieu de résidence, la Cour suprême rejette l'argument et précise que le juge La Forest, dans l'arrêt *Godbout*, s'est simplement exprimé en son propre nom et de celui de deux autres juges et que par conséquent, « la question n'est toujours pas résolue ». La juge en chef McLachlin, qui rédige le jugement dans *Cunningham*, ne précise cependant pas les motifs pour lesquels le droit de choisir son lieu de résidence pourrait être exclu de la sphère irréductible d'autonomie personnelle, protégée par l'article 7,

81. *Ibid* au para 1.

82. *Cunningham*, *supra* note 23 au para 93.

83. *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5.

84. *Cunningham*, *supra* note 23 au para 24. Avant une modification de la *Loi sur les Indiens*, en 1985, les « femmes indiennes qui épousaient des Métis perdaient leur statut d'Indiennes et ne pouvaient pas le transmettre à leurs descendants. La nouvelle loi a corrigé en partie cette injustice en reconnaissant les descendants de ces unions et en leur donnant le choix de s'inscrire comme Indiens ».

85. *Ibid* au para 78.

86. *Metis Settlements Act*, RSA 2000, c M-14.

87. *Cunningham*, *supra* note 23 au para 92.

alors même qu'aucun juge ne s'est jamais explicitement prononcé en faveur d'une telle exclusion⁸⁸.

B. L'exclusion des « droits économiques » des droits garantis par le droit à la liberté

Les débats au sein de la Cour suprême révèlent ainsi l'extrême prudence dont font preuve les juges de la Cour suprême au moment de se prononcer sur la portée du droit à la liberté. Pour le juge Major, ces précautions s'expliquent « en partie en raison de ce qui s'est passé aux États-Unis en ce qui concerne les droits substantiels inclus dans la garantie d'application régulière de la loi dans le contexte des droits contractuels et des droits de propriété »⁸⁹. C'est que, jusqu'au milieu des années 30, la Cour suprême des États-Unis adopte une définition extrêmement large et orientée du droit à la liberté⁹⁰, en s'appuyant sur le Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis⁹¹. Au nom de la liberté des propriétaires, et des employeurs en particulier, la Cour suprême des États-Unis s'oppose de manière quasi systématique aux lois sociales, se substituant ainsi au législateur⁹². Par exemple, avec l'arrêt *Lochner* de 1905, la Cour suprême invalide une loi de l'État de New York, qui fixe un nombre d'heures de travail maximal pour les

88. *Ibid* au para 93. La juge en chef McLachlin qui rédige le jugement indique plus précisément : Il n'est pas évident que le droit de choisir son lieu de résidence soit visé par le droit à la liberté garanti à l'art 7 de la *Charte*. Dans *Godbout* [...], le juge La Forest, s'exprimant en son nom et en celui de deux autres juges de la Cour, a laissé entendre que ce l'était. Cependant, la question n'est toujours pas résolue.

89. *Authorson c Canada (PG)*, 2003 CSC 39 au para 48, [2003] 2 RCS 40 [*Authorson*].

90. *Meyer v Nebraska*, 262 US 390 (1923) à la p 399 (juge McReynolds), cité dans le *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 62 à la p 1164. Dans cette affaire *Meyer*, la Cour a invalidé une loi censée restreindre l'enseignement de langues étrangères :

[Traduction] Ce terme [le Quatorzième amendement] s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique, mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps en common law comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

91. US Const Amend XIV (1868) Section 1, cité dans le *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 62 à la p 1163, traduit par S Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, 1982, à la p 38 :

Toutes personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des États-Unis et de l'État où elles résident. Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable (*without due process of law*); ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité protection des lois.

92. David Brody, « Liberté et solidarité dans le droit du travail américain » (2003) 203:2 *Le mouvement social* 19.

boulangers, au nom du droit à la liberté économique⁹³: « 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 »⁹⁴. La Cour suprême états-unienne invalide plus largement toute une série de mesures gouvernementales visant à limiter la « liberté économique » des employeurs et des propriétaires: une loi dont le but était d'interdire aux employeurs d'empêcher les travailleurs d'adhérer à un syndicat⁹⁵, une autre qui établissait un salaire minimum⁹⁶, une autre encore qui fixait le poids des pains⁹⁷. C'est ainsi au nom du droit à la liberté, droit pourtant historiquement acquis contre le système des privilèges, que les tribunaux adoptent une interprétation totalement déconnectée des rapports de force et du statut social des individus.

S'appuyant précisément sur cet historique des dérives de la Cour états-unienne⁹⁸, la Cour suprême du Canada rappelle régulièrement que contrairement à la Constitution des États-Unis, la *Charte canadienne* « ne s'intéresse pas aux droits économiques »⁹⁹, qu'ils ne sont pas protégés par l'article 7¹⁰⁰ et qu'elle refuse de l'étendre au droit de propriété, à la liberté contractuelle ou à la liberté commerciale¹⁰¹. Dans

93. *Lochner v New York*, 198 US 45 (1905) [*Lochner*].

94. *Ibid* à la p 57, cité dans *Chaoulli*, *supra* note 78 au para 201.

95. *Adair v United States*, 208 US 161 (1908); *Coppage v Kansas*, 236 US 1 (1915).

96. *Adkins v Children's Hospital*, 261 US 525 (1923).

97. *Jay Burns Baking Co v Bryan*, 264 US 504 (1924).

98. Simplement à titre d'exemple: *Authorson*, *supra* note 89 aux para 47-50; *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 62; *Morgentaler*, *supra* note 70.

99. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, 1987 CanLII 88 au para 178 (CSC), [1987] 1 RCS 313.

100. *Irwin Toy Ltd c Québec (PG)*, 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 RCS 927 [*Irwin Toy*].

101. Le juge Dickson dans le *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 62 à la p 1171, par exemple: Par conséquent, je rejette l'application de la série de décisions américaines qui laissent entendre que la liberté en vertu du Quatorzième amendement comprend la liberté contractuelle. Comme je l'ai déjà affirmé, ces décisions ont été rendues dans un contexte historique particulier, un contexte qui a incorporé dans la jurisprudence américaine certains principes de laisser faire qui n'ont peut-être pas d'application correspondante dans l'interprétation de la *Charte* à l'heure actuelle. De plus la formulation de l'art 7 et celle du Quatorzième amendement sont très différentes. La disposition américaine parle expressément de la protection de droits de propriété alors que les rédacteurs de notre Constitution n'ont pas choisi de protéger de la même façon les droits de propriété (voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 1003). Cela suffit donc pour disposer de ce moyen d'appel.

le *Renvoi sur la prostitution* de 1990¹⁰², qui est l'affaire la plus souvent citée à l'appui de cette exclusion, le juge en chef Dickson rappelle que les rédacteurs de la *Charte canadienne* ont délibérément choisi d'inclure à l'article 7 l'expression « sécurité de sa personne » par opposition à la « propriété ». Il en tire deux conclusions : d'une part, le droit de propriété ne relève pas de la garantie de l'article 7 ; d'autre part, cet article n'accorde « aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société » [souligné dans le texte]¹⁰³, au sens d'entreprise. La jurisprudence constante de la Cour permet ainsi de conclure que le droit à la liberté ne peut être entendu comme le « droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut »¹⁰⁴. Aussi, pour le juge Major « [l]a capacité d'une personne de générer un revenu d'entreprise par le moyen de son choix n'est pas un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* »¹⁰⁵. En l'espèce, les appelants faisaient valoir leur droit d'exploiter des appareils de loteries vidéo, ce que la Cour refusait de qualifier comme un « choix fondamental », alors qu'il représente « simplement un intérêt économique »¹⁰⁶. Bref, comme le relevait déjà en 1987 la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ce sont principalement les entreprises commerciales qui, pour faire valoir leur droit de ne pas être réglementées, invoquent le droit à la liberté, davantage en tout cas que les travailleurs et les travailleuses¹⁰⁷.

C. Le droit à la liberté et le droit du travail

Ces interprétations du droit à la liberté ont d'importantes répercussions en matière de droit *du* et *au* travail. Dans une étude portant spécifiquement sur le droit *au* travail, Dominic Roux relève notamment que le droit à la liberté est régulièrement invoqué « comme moyen de défense soulevé à l'encontre de procédures déontologiques intentées à l'endroit de membres d'associations professionnelles ». Des pharmaciens, avocats, infirmiers, etc., peuvent ainsi s'en saisir pour revendiquer

102. *Renvoi sur la prostitution*, supra note 62.

103. *Irwin Toy*, supra note 100 à la p 1004.

104. *R c Edwards Books and Art Ltd*, 1986 CanLII 12 à la p 717 (CSC), [1986] 2 RCS 713; voir également *R c Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 RCS 103 et *R c Big M Drug Mart Ltd*, 1985 CanLII 69 (CSC), [1985] 1 RCS 295, dans lesquels le sens du mot « liberté » employé à l'article premier et à l'al 2(a) a été analysé.

105. *Siemens c Manitoba (PG)*, 2003 CSC 3 au para 46, [2003] 1 RCS 6 [Siemens].

106. *Ibid.*

107. *Wilson v Medical Services Commission of British Columbia*, 1988 CanLII 177 à la p 30 (BC CA), [1988] 53 DLR (4^e) 171, BCJ No 1566 (BCCA) [Wilson].

le droit d'exercer librement leur profession, sans l'interférence d'un ordre professionnel ou de l'État¹⁰⁸. Dominic Roux souligne cependant que les juges, voyant « dans le droit au travail un droit de nature purement économique », demeurent réticents à reconnaître aux individus la liberté d'exercer la profession qu'ils désirent dans les conditions de leurs choix, ce qui justifie d'importantes restrictions à la liberté du travail¹⁰⁹.

Et c'est précisément cet argument que reprend le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec pour écarter l'application du droit à la liberté de sa personne et valider la résolution du conseil municipal de Longueuil obligeant M^{me} Godbout à résider dans la municipalité. Selon le juge, ce n'est pas la liberté de mouvement que l'appelante revendique, mais « la liberté de travailler ou de garder un emploi sans qu'aucune contrainte ou limite ne lui soit imposée par l'employeur. En d'autres termes, ce qu'elle sollicite est le droit de s'installer où bon lui semble ET d'avoir un emploi »¹¹⁰. Or, précise-t-il, « aucune disposition de la Charte canadienne ne reconnaît formellement »¹¹¹ le droit *au* travail, qui est un droit « de nature essentiellement économique »¹¹². Pour le juge d'appel, « selon une jurisprudence constante, ce droit ne saurait non plus être fondé sur l'article 7 : l'obtention ou la conservation d'un travail ne met pas, en effet, en cause la protection de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne »¹¹³.

La Cour suprême rejette cependant cette interprétation. Le juge La Forest, qui rédige les motifs du jugement dans *Godbout* et s'exprime en son nom et en celui de deux autres juges de la Cour¹¹⁴, ne considère pas le droit de choisir sa résidence comme un droit *au* travail ou comme un « droit économique ». Selon lui, et à la différence du juge Baudouin,

108. *Ibid.*

109. Dominic Roux, avec la collaboration de Gilles Duinat, « Le droit au travail » dans Pierre Bossé et Lucie Lamarche, dir, *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels : la Charte québécoise en chantier*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 153 aux pp 194-95. L'auteur relève notamment qu'il est admis que :

sans violer les droits constitutionnels des travailleurs, la loi peut fixer les conditions d'accès et d'exercice d'une profession, établir les exigences relativement à la formation et à la qualification professionnelles, et élaborer des règles déontologiques applicables à tous les travailleurs œuvrant au sein de la même profession.

110. *Godbout c Longueuil (Ville de)*, 1995 CanLII 4750 à la p 14 (QC CA) [*Godbout, CA*].

111. *Ibid* à la p 11.

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. Les autres juges ne se sont pas prononcés explicitement sur cette question.

M^{me} Godbout ne revendique pas le « droit d'être employée », mais simplement le droit de ne « pas être empêchée de décider librement où elle souhaite vivre ». Il se déclare ainsi « convaincu, au vu de ces éléments, qu'aucune notion de "droit à l'emploi" constitutionnel ni aucun autre "droit économique" n'interviennent dans l'argument de l'intimée fondé sur la *Charte* »¹¹⁵. C'est donc cette dissociation entre droit à la liberté et droit à l'emploi qui permet au juge La Forest de contourner la jurisprudence constante de la Cour en matière de « droits économiques » et de retenir en l'espèce l'applicabilité du droit à la liberté.

Si leurs conclusions s'opposent, les juges Baudouin et La Forest s'entendent néanmoins sur l'exclusion du droit *au* travail du droit à la liberté¹¹⁶. De ce point de vue, le droit *au* travail, notamment au travail de son choix, n'est pas garanti par l'article 7. En revanche, la question de savoir si certains droits liés au droit *du* travail, comme le droit des travailleuses et travailleurs de ne pas vivre chez leurs employeurs, par exemple, peuvent être garantis par l'article 7 n'est pas tranchée par la Cour suprême. Et pour cause, l'exclusion de l'ensemble du droit *du* travail « normal », au simple motif qu'il s'agit d'un « droit économique », reviendrait à établir que le droit à la liberté de sa personne ne protège pas contre le travail non payé, forcé ou non libre, et finalement contre des formes de servitude, d'esclavage et de sexage¹¹⁷ qui se renouvellent et qui ne s'accompagnent pas nécessairement de coups et de violences physiques¹¹⁸.

115. *Godbout*, *supra* note 24 au para 61.

116. Dans le même sens, on relèvera que dans l'affaire *Wilson*, *supra* note 107, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui, comme la Cour suprême dans *Godbout*, *supra* note 24 déclare que des clauses géographiques imposées à des médecins portent atteinte à leur droit à la liberté, prend bien soin de se dissocier de l'argument avancé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui tendait à assimiler le droit de choisir sa résidence à un « droit au travail » (toujours entendu comme un droit de nature purement économique). Pour la Cour d'appel, en imposant à des médecins une obligation de résidence, la province porte atteinte à un aspect « nettement plus important » du droit à la liberté, le droit à des moyens de subsistance et le droit à une profession.

*The trial judge appears to have concluded that the appellants, in asserting a right to pursue their profession, were asserting economic rights generally, or the right to work in particular. [...] With respect, we think that puts the appellants' case on too narrow a basis. The trial judge has characterized the issue as "right to work" [a purely economic question], when he should have directed his attention to a more important aspect of liberty, the right to pursue a livelihood or profession (a matter concerning one's dignity and sense of self-worth), *ibid* aux pp 21-22.*

117. Guillaumin, *supra* note 4.

118. Il suffit de penser à la permanence de la servitude pour dette ou encore aux régimes d'immigration qui excluent les travailleurs et les travailleuses migrants du droit du travail « normal », réservé aux travailleurs libres. Voir notamment Botte, *supra* note 53; Moulrier Boutang, *supra* note 1 à la p 1077.

En considérant le droit de choisir sa résidence commune à un droit *au* travail, le juge Baudouin tend à assimiler droit *au* travail (droit de choisir son emploi et de pouvoir l'exercer sans entrave¹¹⁹) et droit *du* travail. Or, il nous semble que le second doit être dissocié du premier pour pouvoir être compris comme l'interdiction du travail forcé, le droit de quitter un emploi et un employeur¹²⁰, d'être rémunéré pour toutes les heures travaillées, de bénéficier des mécanismes de protection sociale qui s'appliquent dans un contrat de travail « normal »¹²¹, la liberté de se syndiquer et de négocier collectivement ses conditions de travail¹²², etc. Autrement dit, si comme le suggère Jean Savatier, « la liberté réelle du travailleur suppose [...] qu'il soit protégé, dans ses rapports avec l'employeur, par une réglementation impérative »¹²³, celle-ci pourrait devoir être constitutionnellement enchâssée.

En somme, si selon la jurisprudence constante de la Cour suprême, les droits des propriétaires (comme le droit de propriété) et des employeurs (comme la liberté économique et contractuelle) sont tenus

119. Jean-Pierre Le Crom, « La liberté du travail en droit français: essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples » (2006) 15 *Diritto romano attuale* 139, en ligne: Archives ouvertes <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00647268>>.

120. Claude Fabien, « La rupture du contrat par volonté unilatérale en droit québécois » (2006) 36:1 *RGD* 85 à la p 91 cité par Eugénie Depatie-Pelletier et Myriam Dumont Robillard, « Interdiction de changer d'employeur pour les travailleurs migrants: obstacle majeur à l'exercice des droits humains au Canada » (2013) 26:2 *RQDI* 163 à la p 184. « Pour le salarié, la liberté de démissionner est fondamentale. Elle marque la différence entre l'esclavage et la conception contemporaine du contrat de travail ».

121. Bernard Friot, « Liberté ou sécurité du travail » (2004) 2:152-153 *L'Homme et la société* 247.

122. Selon Yann Moulier Boutang, *supra* note 1 à la p 1073:

La mondialisation du marché du travail qui tend à réduire la prestation de travail à une marchandise, et la précarisation de l'emploi stable, protégé, sont de nature à poser des problèmes à un droit du travail international soucieux d'éviter des situations de travail contraint. On touche là à une difficulté intrinsèque à la question de la contrainte. Entre la contrainte juridique qui constitue le travail forcé (la corvée coloniale en Afrique par exemple) et la contrainte économique qui pousse, sans obligation juridique, le paysan prolétarisé à travailler comme dépendant salarié dans l'économie de plantation, comme « cadet » expatrié en Europe, la différence est réelle, mais en même temps assez hypocrite. La seule façon de résoudre la question se trouve finalement dans la conception que Beveridge (1944) a exposé du « plein-emploi ». Le critère du plein-emploi, pour l'inventeur du *welfare state*, n'est pas la mise au travail de la population par la contrainte économique (ce qui revient substantiellement à du travail très proche du travail juridiquement forcé), mais le fait que les emplois occupés sont « de qualité ». La qualité de ces emplois se vérifie si un chômeur est prêt à se déplacer sur le territoire pour venir l'occuper. La meilleure garantie pour Beveridge que ce travail n'est pas contraint et qu'il est attractif au sens géographique du terme est qu'il peut faire l'objet d'une contractualisation collective. La liberté de créer des syndicats, le droit d'association des travailleurs sont donc les conditions d'emplois non contraints.

123. Jean Savatier, « Liberté du travail » (2005) *Répertoire travail Dalloz* 2 à la p 15.

pour être des « droits économiques » qui ne bénéficient pas des garanties constitutionnelles, la protection des travailleurs et de certains droits *du* travail contre des régimes de travail qui s'apparentent à de l'asservissement pourrait, pour sa part, en bénéficier. Les motifs du juge en chef Dickson, appuyé par la juge Wilson, tous deux dissidents dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, nous semblent précieux sur ce point :

On a laissé entendre que l'activité collective à des fins économiques ne devrait pas bénéficier d'une garantie constitutionnelle. Si, par cela, on entend qu'une question aussi fondamentale que les conditions de vie ou la dignité de l'individu au travail n'est pas du domaine de la garantie constitutionnelle, je ne saurais en convenir. Si, par ailleurs, on entend par là que des préoccupations de nature exclusivement pécuniaire échappent à cette garantie, l'argument mérite d'être examiné soigneusement. En l'espèce cependant, nous avons affaire à des intérêts qui vont beaucoup plus loin que ceux de nature purement pécuniaire.

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même¹²⁴.

De ce point de vue, travail et liberté de sa personne ne seraient pas dissociables.

Deux ans plus tard, dans *Irwin*, s'exprimant en son nom et au nom de cinq autres juges, le juge Dickson précise cette fois-ci que si :

les droits économiques, généralement désignés par le terme « propriété », ne relèvent pas de l'art. 7, [c]ela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression « sécurité de sa personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la

124. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 99 aux para 90-91.

rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales — tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats — que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la *Charte*¹²⁵.

Par la suite, plusieurs juges de la Cour suprême ont réitéré que l'article 7 pouvait, à certaines conditions, trouver matière à s'appliquer à des droits comportant une dimension économique¹²⁶. Dans *Gosselin*, par exemple, la majorité des juges n'écarte pas « la possibilité qu'on établisse, dans certaines circonstances particulières, l'existence d'une obligation positive de pourvoir au maintien de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne »¹²⁷. Dans cette affaire, seul le juge Bastarache défend l'interprétation restrictive de « l'école judiciaire »¹²⁸.

Au vu de ces débats, il n'est donc pas impossible que des droits du travail — dont le droit de ne pas vivre sur le lieu de travail, chez son employeur — soient garantis par l'article 7. Si tel était le cas, il resterait à savoir dans quelle mesure ils pourraient effectivement s'appliquer, compte tenu des limites du droit à la liberté qui, à certaines circonstances, peut se trouver légalement subordonné à « des intérêts collectifs réels et impérieux ».

III. L'OBLIGATION DE RÉSIDENCE CHEZ L'EMPLOYEUR ET LES LIMITES DU DROIT À LA LIBERTÉ

Comme nous allons le voir maintenant, si le droit à la liberté peut garantir aux individus la liberté de choisir leur lieu de leur résidence (A),

125. *Irwin Toy*, *supra* note 100 à la p 1003.

126. *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 62 aux pp 1140-41 (le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka): « Je tiens à préciser ici que cette affaire n'est pas appropriée pour décider si la "liberté" ou la "sécurité de la personne" pourrait jamais s'appliquer à un intérêt qui comporte un élément économique, commercial ou relatif à la propriété ».

127. Dans *Gosselin*, *supra* note 63 au para 83, de surcroît, les quatre juges dissidents sont quant à eux convaincus que le fait qu'un droit comporte une certaine valeur économique n'est pas une raison suffisante pour l'exclure du champ d'application de l'article 7.

128. *Ibid* aux para 205-23. Sur le sujet, voir Gwen Brodsky, « *Gosselin v. Quebec (Attorney General): Autonomy with a Vengeance – Case Comment* » (2003) 15:1 CJWL/RFD 194.

ce droit peut cependant se trouver limité. La jurisprudence établit en effet que les employeurs ont le droit d'imposer des « clauses géographiques », à certaines conditions, dont celles de respecter les principes de justice fondamentale (B). En vertu de ces principes, nous soutenons que dans le cas des travailleuses domestiques et des travailleurs agricoles, l'assignation à résidence ne saurait être légalement justifiée (C).

A. Le droit de choisir son lieu de résidence comme droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle

Dans *Godbout*, le juge La Forest déclare que le choix d'un lieu pour établir sa demeure fait partie intégrante des droits protégés par l'article 7 de la *Charte*. Pour parvenir à cette conclusion, le juge reprend à son compte l'interprétation du droit à la liberté énoncée en dissidence par la juge Bertha Wilson dans l'arrêt *Morgentaler* en 1988¹²⁹ : « le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État [...] constitue une composante cruciale du droit à la liberté »¹³⁰. À noter que pour la juge Wilson, avec le droit à la liberté, « [l]es individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront » [nos italiques]¹³¹.

Dans le droit fil de cette interprétation, le juge La Forest déclare que le choix d'un lieu pour établir sa demeure fait partie d'un « droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État ». Les paragraphes 67 et 68 de l'arrêt *Godbout* soutiennent en ces termes le caractère fondamental de la liberté de pouvoir choisir sa résidence :

[67] [...] Le choix d'un endroit particulier pour établir sa demeure peut dépendre, pour certains, de sa proximité du lieu de travail et, pour d'autres, de sa proximité de la campagne, d'un secteur commercial, d'une institution religieuse qu'ils fréquentent ou d'un centre médical où ils sont traités. De la même

129. *Morgentaler*, *supra* note 70 à la p 171. S'exprimant uniquement en son propre nom, la juge Wilson a affirmé que le droit à la liberté visait « la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse ».

130. *Ibid* au para 228.

131. *Ibid* au para 227.

façon, des personnes pourront choisir, pour des raisons qui leur tiennent à cœur, de vivre à un endroit parce qu'elles attachent du prix à sa valeur historique ou à ses caractéristiques culturelles; d'aucuns, encore, voudront habiter à proximité de membres de leur famille ou d'amis proches, alors que d'autres pourront fixer leur choix afin de réduire leurs dépenses, de prendre soin de parents malades ou, comme en l'espèce, de poursuivre une relation personnelle. De tels facteurs montrent bien, à mon avis, que le choix du lieu où l'on veut vivre est un acte fondamentalement personnel qui fait intervenir l'essence même des valeurs individuelles régissant l'organisation des affaires privées de chacun. Autrement dit, le type de considérations que je viens de mentionner met en évidence la nature essentiellement privée du choix d'un lieu pour établir sa demeure. À mon avis, l'État ne devrait pas être autorisé à s'immiscer dans ce processus décisionnel privé, à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention.

[...]

[68] Je considère que la possibilité de déterminer son cadre de vie et, par conséquent, de faire des choix en rapport avec d'autres questions très personnelles (touchant notamment la vie de famille, l'éducation des enfants et les soins apportés à des êtres chers) est inextricablement liée à la notion d'autonomie personnelle que je viens d'évoquer. Pour dire les choses simplement, le choix du lieu où l'on veut vivre dépend, pour chacun, de sa situation sociale et économique particulière, mais, encore plus, de ses aspirations, préoccupations, valeurs et priorités. Compte tenu de toutes ces considérations, je conclus donc que le choix d'un lieu pour établir sa demeure appartient à la catégorie limitée des décisions méritant une protection constitutionnelle.

Pour appuyer son argumentaire, le juge La Forest invoque de surcroît l'article 12 du *Pacte international des droits civils et politiques*: « [q]uiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence » [italiques dans l'original]¹³². En 1999, le Comité des droits de l'homme chargé

132. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 19. La Cour a reconnu depuis longtemps que ce traité avait une valeur de persuasion dans la définition de la portée des droits garantis par la *Charte*. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, supra note 99 à la p 348.

d'interpréter les obligations découlant du *Pacte*, précise que le droit de choisir sa résidence « ne doit pas être subordonné à un but ou un motif particulier » et qu'il échappe « à toute ingérence, tant publique que privée »; ceci vaut « tout particulièrement pour les femmes »¹³³. Plusieurs textes internationaux protègent également le droit à un domicile¹³⁴.

À partir de ces interprétations, on peut finalement avancer l'idée qu'en imposant ou en contraignant les travailleurs et les travailleuses à résider chez l'employeur lui-même, l'État prive les travailleuses domestiques comme les travailleurs agricoles de la possibilité de déterminer leur cadre de vie et de faire des choix en rapport avec d'autres questions très personnelles; il s'immisce ainsi clairement et violemment dans un « processus décisionnel privé ». L'immense majorité des recherches disponibles s'entendent en effet pour constater que le droit des travailleuses domestiques¹³⁵ comme des travailleurs agricoles à l'« autonomie personnelle »¹³⁶ est bafoué¹³⁷. L'Organisation internationale du travail a notamment dénoncé l'obligation faite aux travailleuses domestiques de résider chez leurs employeurs, compte tenu des abus que cette obligation autorise de fait¹³⁸. Un jugement de la Cour d'appel fédérale a par ailleurs constaté l'absence d'autonomie des travailleurs agricoles, leur isolement dans les fermes, ce qui les empêche notamment de faire valoir leurs droits à des prestations d'assurance-emploi¹³⁹. Le jugement s'appuyait en particulier sur une

133. *Observation générale n° 27*, Liberté de circulation (art 12), Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999), aux para 5-6.

134. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, San José, Costa Rica, 22 novembre 1969, art 11; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, art 8.

135. Galerand, Gallié et Ollivier-Gobeil, *supra* note 44.

136. Melissa Pang, *Les travailleurs étrangers temporaires*, Parlement du Canada, Division des affaires sociales, 7 février 2013, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2013-11-f.htm>>.

137. Par exemple, Carpentier, *supra* note 5; Faraday, *supra* note 30.

138. BIT, *Rapport IV (2)*, *supra* note 45 à la p 156.

139. *Jesus v Canada (PG)*, 2013 CAF 264 au para 44 (disponible sur CanLII). Cette affaire concernait des travailleurs migrants temporaires qui participaient au *Programme des travailleurs agricoles saisonniers (PTAS)*. Jusqu'en 2012, ils avaient le droit de percevoir des prestations parentales et de maternité. Ces prestations leur avaient pourtant été refusées par la Commission d'assurance-emploi au motif qu'ils n'avaient pas déposé leur demande dans les délais, ce qui avait été confirmé par le juge arbitre. Pour la Cour d'appel en revanche, le juge arbitre n'avait pas tenu compte des contraintes objectives dans lesquelles étaient ces travailleurs (l'ignorance de la langue, l'isolement des travailleurs, le fait que l'employeur n'avait pas remis de relevé d'emploi, ou encore la dépendance des travailleurs à l'égard des agences de recrutement). La Cour a estimé que ces contraintes ne leur permettaient pas de faire valoir leurs

étude menée en Ontario, qui montre que l'assignation ou l'obligation de résidence rend les travailleurs totalement dépendants de leurs employeurs, les confine sur place, y compris pendant leurs heures « de repos », et favorise de multiples intrusions dans leur vie privée¹⁴⁰...

B. L'atteinte à la liberté de choisir son lieu de résidence et les principes de justice fondamentale

Stipuler que le droit de choisir sa résidence est garanti par le droit à la liberté ne signifie pas qu'on lui confère un caractère absolu. L'article 12.3 du *Pacte international des droits civils et politiques* précise que ce droit peut faire l'objet de restrictions, à la condition que celles-ci soient « prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ». Dans le même sens, l'article 7 de la *Charte canadienne* prévoit que l'État a toujours la possibilité de réduire la portée du droit à la liberté, mais en conformité avec « les principes de justice fondamentale ». Il est cependant difficile d'inventorier ce qui est « nécessaire » ou de départager ce qui relève — ou non — de ce qui est fondamental, d'autant que cette qualification évolue avec le temps.

C'est précisément pour tenir compte du caractère nécessairement évolutif du contenu et des pourtours des principes de justice fondamentale que la Cour s'est toujours refusée à en dresser une liste exhaustive comme à en adopter une définition par énumération. Pour la Cour, ces principes doivent prendre « un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7 »¹⁴¹. Ces principes constituent les « valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel »¹⁴² et pour les répertorier, la Cour estime qu'« il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective »¹⁴³. Ainsi, le droit à la

droits à des prestations (« les chances que M. Cruz de Jesus puisse s'informer de ses droits à l'assurance-emploi ont été "sérieusement compromises" »).

140. Faraday, *supra* note 30 aux pp 89-90.

141. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, 1985 CanLII 81 à la p 487 (CSC), [1985] 2 RCS 486 [*Renvoi sur la MVA*].

142. *Ibid* aux pp 501-02.

143. *Caine*, *supra* note 78 au para 99.

liberté peut, « dans certaines circonstances, être subordonné à des intérêts collectifs réels et impérieux »¹⁴⁴.

En ce sens, le juge Baudouin en appel dans *Godbout*, comme le juge La Forest à la Cour suprême, n'exclue pas que l'obligation de résidence liée à des occupations déterminées puisse être justifiée. Le juge d'appel estime notamment que dans certaines circonstances, une municipalité peut imposer une restriction à la mobilité de ses employés ou à ses cadres. Cette décision doit toutefois être motivée par la nécessité de la proximité des lieux où l'emploi s'exerce¹⁴⁵. Dans le même sens, pour le juge La Forest, une « clause géographique » imposant à un travailleur de vivre dans un territoire donné pourrait se justifier à l'égard de certaines professions en raison notamment des exigences de leur métier, comme la disponibilité en cas d'urgence¹⁴⁶. Parmi ces professions, le juge mentionne les fonctions de policiers, d'ambulanciers, de pompiers et de conseillers municipaux. Il précise toutefois que d'autres éléments, comme la « distance du lieu de travail » ou le « temps nécessaire pour se rendre au travail », constituent des critères plus convaincants que le strict critère géographique.

À notre connaissance, les tribunaux canadiens ne se sont jamais prononcés sur la légalité de l'obligation de résidence chez l'employeur en particulier. Ils ont toutefois régulièrement statué sur des clauses géographiques¹⁴⁷. Ainsi, en droit du travail québécois par exemple¹⁴⁸,

144. *Godbout*, *supra* note 24 au para 76. Il n'existe cependant pas de définition clairement établie de ce qui pourrait constituer un intérêt collectif, ou public, « réel et impérieux ». Tout au plus peut-on mentionner que la Cour a estimé que la recherche de « l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation » pouvaient constituer un tel intérêt. *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 533 au para 41.

145. *Godbout*, *CA*, *supra* note 110 à la p 25 (QC CA) :

On comprendrait mal, par exemple, qu'un pompier qui, même en dehors des heures de présence à la caserne, doit être disponible pour des situations d'urgence, réside à 30 ou 40 kilomètres de son lieu de travail! Une autre limitation pourrait aussi être justifiée par le besoin de créer un sentiment fort d'appartenance ou de loyauté. Dans ce cas cependant, à mon avis, la preuve doit être claire! Il doit s'agir non d'un simple vœu pieux, mais d'une réalité que l'on peut probablement plus facilement entrevoir à l'endroit de cadres municipaux supérieurs qu'à celui de simples employés comme l'appelante.

146. *Godbout*, *supra* note 24 au para 85.

147. Sur cette question, voir tout particulièrement : *Wilson*, *supra* note 107.

148. Marie-Hélène Jetté et Nancy Ménard-Cheng, « La clause de mobilité géographique : et si l'inspiration québécoise venait de la France » dans *Service de la formation continue*, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des affaires internationales : Le travail international* (2009), vol 304, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, 101; Renée-Claude Drouin, *La mobilité du salarié dans l'entreprise : modification du contrat de travail, obligations de reclassement et de*

les tribunaux ont parfois admis qu'une exigence de résidence négociée contractuellement par un employé avec l'employeur ou inscrite dans une convention collective¹⁴⁹ n'était pas en elle-même incompatible avec les dispositions de la *Charte*. Les tribunaux exigent toutefois que cette obligation poursuive un objectif « suffisamment impérieux » et soit « proportionnelle à l'objectif » pour être légale¹⁵⁰. Il a ainsi été établi que dans certaines circonstances, il n'était pas déraisonnable, injuste ou discriminatoire de demander à un employé de déménager à un endroit situé à un maximum de 5 minutes de trajet du lieu de travail¹⁵¹ ou de 15 miles de l'usine¹⁵². La Cour d'appel a également estimé qu'une clause requérant d'un employé de résider dans une ville en particulier pouvait être légale¹⁵³. *A contrario*, le juge Baudouin souligne qu'un simple employé d'un service public doit avoir le droit de résider où bon lui semble et que « [s]a liberté de travail ne peut être limitée, surtout en période de crise ou de récession économique, que si les restrictions qui y sont imposées sont raisonnables et se justifient par la démonstration d'un intérêt social ou économique réel et prédominant »¹⁵⁴. Dans le même sens, le juge La Forest rejette l'obligation de résidence imposée aux employés municipaux de Longueuil pour deux raisons. En premier lieu, il estime que l'obligation est trop large, puisqu'elle s'applique à l'ensemble des employés municipaux. En second lieu, il considère que le métier en question (préposée aux télécommunications du service de police) n'entre pas dans

formation, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 à la p 70 et s; *Owens Illinois Canada inc c Boivin*, 1988 CanLII 1195 (QC CA), [1988] RL 494 (CA).

149. *Télé-direct (Publications) Inc c Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, 1997 CanLII 4688 (QC SAT); DTE 97T-393 (TA) (M^e Jean-Pierre Lussier, arbitre).

150. *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 2333 et Tembec inc.*, DTE 2000T-855 (TA) (M^e André Sylvestre, arbitre) [*Tembec*].

151. *Union des employés (ées) de service, section locale 298 c Ambulance du nord Inc*, 1996 CanLII 1226 (QC SAT).

152. *Tembec*, *supra* note 150.

153. Cette contrainte est légale, à la condition toutefois que l'employeur n'exige pas du travailleur qu'il déménage sa famille avec lui; une telle exigence est jugée discriminatoire sur le fondement de l'état civil. *Brasserie Labatt ltée c Villa*, 1994 CanLII 6270 à la p 5 (QC CA) :

Congédier l'intimé pour ne pas avoir respecté l'obligation contractuelle qui lui était faite de déménager sa famille et d'obliger celle-ci à résider à Montréal, est l'équivalent de le congédier parce qu'il est marié, la règle ne s'appliquant ni au divorcé, ni au séparé, ni apparemment à celui vivant en union libre.

154. *Godbout, CA*, *supra* note 110 aux pp 20-21.

la catégorie des services essentiels, comme c'est le cas des emplois de policier ou de pompier¹⁵⁵.

À titre de comparaison, on peut mentionner que la législation française prévoit qu'un employeur peut imposer à un salarié des restrictions au libre choix de son domicile à la condition que celles-ci soient justifiées par la nature des tâches à accomplir, d'une part, et proportionnées au but recherché, d'autre part¹⁵⁶. Ces restrictions sont cependant strictement contrôlées. Se référant à l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁵⁷, selon lequel toute personne a droit au « respect de son domicile », la Cour de cassation a déjà conclu que « le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit »¹⁵⁸. En d'autres termes, « la jurisprudence oppose désormais les libertés individuelles du salarié comme une limite naturelle au consensualisme »¹⁵⁹. Par principe, pour la Cour de cassation, le choix du domicile est libre¹⁶⁰.

Ainsi, des restrictions au droit de choisir son lieu de résidence sont toujours légalement possibles. Cependant, pour que l'obligation de résidence se justifie, elle doit renvoyer à « un intérêt social ou économique réel et prédominant » et répondre au critère de proportionnalité suivant la logique « de pondération des droits constitutionnels individuels et des intérêts opposés de l'État »¹⁶¹.

C. La pénurie de main-d'œuvre et la spécificité du travail domestique et agricole : des motifs inopérants

À notre connaissance, le gouvernement fédéral n'a jamais produit de rapport susceptible de fonder le besoin impérieux d'imposer l'obligation de résidence aux travailleurs agricoles temporaires et aux « aides

155. *Godbout*, *supra* note 24 au para 88.

156. *Code du travail*, RLRQ c C-27, art L.1121-1.

157. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *supra* note 134.

158. Cass soc, 12 janvier 1999, n° 96-40755, (1999) Bull civ V, 4, n° 7; (1999) Dr soc 287 (note J-E Ray).

159. Pascal Lagoutte et Arnaud Teissier, *Liberté contractuelle, liberté individuelle et intérêt de l'entreprise*, Paris, Juris-Classeur, 1999, chron 9, cité dans Marion Del Sol, « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail » (2006) 36 JCP S 1663.

160. Cass soc, 12 novembre 2008, n° 07-42.601; *F-D, Sté Partenord habitat, anciennement Office public d'aménagement et de construction du Nord c Chiheb*: JurisData n° 2008-046042. Commentaire de Bernard Bossu, « Le libre choix du domicile par le salarié » (2009) 11 JCP S 1111.

161. *Godbout*, *supra* note 24 au para 76.

familiaux résidants ». En 2009, il avançait encore l'argument de la pénurie de main-d'œuvre nationale prête à résider chez l'employeur pour justifier la mise en place du PAFR.

L'obligation de résider chez l'employeur est un élément essentiel du PAFR vu la pénurie continue d'aides familiaux au Canada disposés à habiter dans la maison des personnes auxquelles ils prodiguent des soins. Il y aurait peut-être suffisamment d'aides familiaux au Canada pour satisfaire aux besoins du marché du travail liés aux aides familiaux ne résidant pas chez l'employeur. Si l'obligation de résider chez l'employeur était supprimée, il ne serait probablement pas nécessaire d'embaucher un TET (travailleur étranger temporaire)¹⁶².

L'obligation de résidence des travailleurs agricoles étrangers est pour sa part plus directement défendue par les producteurs. En 2011, l'ancien responsable de la Fondation des entreprises en recrutement de main-d'œuvre agricole étrangère (FERME) affirmait que « beau temps, mauvais temps, le producteur sait qu'il peut compter sur ses travailleurs » étrangers¹⁶³, ce qui n'est pas le cas avec les travailleurs nationaux libres de résider où ils le souhaitent.

Dans un cas comme dans l'autre, c'est tout à la fois la pénurie de main-d'œuvre et la spécificité du travail, domestique et agricole, qui semblent fonder l'obligation ou l'assignation à résidence.

1. La pénurie de main-d'œuvre peut-elle justifier une atteinte au droit à la liberté?

Si la nécessité de répondre à la pénurie de main-d'œuvre était consacrée comme un « intérêt collectif réel et impérieux », alors les droits individuels à la liberté des travailleuses domestiques ou des travailleurs agricoles pourraient légalement se trouver restreints¹⁶⁴.

162. Parlement du Canada, *Les travailleurs temporaires*, supra note 46.

163. FERME, *Mémoire présenté dans le cadre de la Consultation générale sur le Livre vert pour une politique bioalimentaire : donner le goût du Québec*, CAPERN – 014M C.G. – Livre vert Politique bioalimentaire, Montréal, FERME, 2011 à la p 13.

164. Il n'y a pas si longtemps, à la fin du XVIII^e siècle encore, Emer de Vattel fondait le « droit d'enlever les femmes » sur le principe fondamental selon lequel une « nation ne peut se conserver et se perpétuer que par la propagation ». Par conséquent, « [u]n peuple d'homme est donc en droit de se procurer des femmes absolument nécessaires à sa conservation; et si ses voisins qui en ont de reste lui en refusent, il peut justement recourir à la force ». Emer de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, (1758), Paris, Pradier-Fodéré, Librairie de Guillaumin, 1863, Liv II, chap IX, §122 *Du droit d'enlever les femmes*.

Cependant, à ce jour, la pénurie de main-d'œuvre n'est même pas démontrée¹⁶⁵. Au contraire, selon le directeur parlementaire du budget, « peu de signes indiquent une pénurie nationale de main-d'œuvre » au Canada¹⁶⁶. Le gouvernement a lui-même admis qu'il n'existait « aucune donnée officielle sur l'évolution du nombre d'aides familiaux résidants »¹⁶⁷. En ce qui concerne les travailleurs agricoles migrants, Mathieu Arès et Yanick Noiseux estiment que le problème ne renvoie pas tant à une question de pénurie de main-d'œuvre, qu'à la « rareté » de travailleurs disponibles compte tenu des conditions de travail dans le secteur agricole¹⁶⁸. La pénurie ne porte donc pas sur la main-d'œuvre en tant que telle, mais sur la main-d'œuvre sur laquelle « le producteur sait qu'il peut compter »¹⁶⁹, celle des *travailleurs provinciaux* dont la Commission des droits de la personne et de la jeunesse affirme qu'elle est victime de discrimination systémique¹⁷⁰.

Par ailleurs, en admettant pour les besoins de l'exercice qu'une pénurie de main-d'œuvre nationale soit effectivement prouvée, elle ne suffirait pas en elle-même à autoriser légalement l'atteinte au droit à la liberté des travailleuses et travailleurs étrangers.

2. La spécificité du travail domestique ou agricole peut-elle justifier la privation de liberté?

Dans l'affaire *Godbout*, la municipalité de Longueuil convoquait notamment l'argument de la spécificité du travail de préposée aux télécommunications du service de police pour justifier l'obligation de résidence sur le territoire de la municipalité¹⁷¹. Si l'argument fut rejeté

165. Voir notamment : Canada, Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 29 à la p 36; Gross, *supra* note 29.

166. *Évaluation de la situation du marché du travail au Canada — 2014*, p iii, en ligne : Bureau du directeur parlementaire du budget <http://www.pbo-dpb.gc.ca/files/files/Labour_Note_FR.pdf>.

167. Gouvernement du Canada, « Textes de la profession 6471. Aides familiaux/aides familiales aides de maintien à domicile et personnel assimilé » (6 juillet 2012), en ligne : Service Canada <http://www.servicecanada.gc.ca/fra/qc/emploi_avenir/statistiques/6471.shtml>.

168. Arès et Noiseux, *supra* note 29 à la p 3.

169. FERME, *supra* note 163 à la p 13.

170. Carpentier, *supra* note 5.

171. Dans l'affaire *Godbout*, *supra* note 24, la Ville de Longueuil avançait trois arguments d'« intérêt public » pour justifier l'obligation de résidence. Les deux premiers arguments portaient sur les avantages pour la municipalité d'obliger ses employés à résider et à se maintenir sur son territoire : un service de meilleure qualité, les employés résidants étant plus au fait des besoins de leurs concitoyens; une plus-value fiscale, les employés résidants étant amenés à dépenser localement et à payer leurs impôts à la municipalité. Le juge La Forest rejette rapidement ces

par la Cour suprême au motif que la nature du travail en question ne justifiait pas une telle atteinte au droit à la liberté, l'argument était néanmoins fondé sur un principe bel et bien recevable, en ce sens que le type de travail, les fonctions des employés concernés peuvent, dans certains cas, justifier une atteinte au libre choix de domicile. La jurisprudence canadienne ne permet cependant pas d'aller plus loin sur ce point.

En France, en revanche, la Cour de cassation a récemment eu l'occasion de se prononcer sur la légalité de l'obligation de résidence d'« employés d'immeuble » et de « gouvernantes », et ces arrêts sont particulièrement éclairants pour remettre en question la légalité de la contrainte ou de l'obligation de résidence. Dans le premier cas, les travailleurs avaient été embauchés en qualité d'employés d'immeubles. Ils étaient chargés « d'assurer l'entretien des espaces verts, des espaces libres et des parties communes, du service des ordures ménagères, de l'exécution de petites réparations, de la surveillance générale des ensembles immobiliers et des installations de chauffage et de tâches administratives à raison de 42 heures par semaine ». Ils contestaient la clause de leur contrat de travail qui prévoyait que, pour l'exécution de ces fonctions, ils devaient obligatoirement résider dans l'ensemble immobilier. En 2003, la Cour d'appel de Versailles a prononcé la nullité de la clause, au motif que l'obligation de résidence impose aux travailleurs « de poursuivre postérieurement aux horaires de travail la surveillance générale des ensembles immobiliers dans le but de garantir la sécurité et la convivialité des lieux mis à la disposition des locataires, sans pour autant accorder à ces salariés des avantages complémentaires »¹⁷². Deux ans plus tard, la Cour de cassation a confirmé la première décision et la nullité de l'obligation de résidence sur le fondement que « les salariés pouvaient exécuter les tâches qui leur étaient confiées, tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail »¹⁷³. En 2008, la Cour de cassation a confirmé son interprétation dans une affaire similaire¹⁷⁴.

deux arguments : ils ne sauraient constituer des motifs suffisamment impérieux pour l'emporter sur le droit des employés de décider où résider.

172. CA, Versailles, Cass soc, 17 du 27 mars 2003, RG: 2001-3381.

173. Cass soc, 13 avril 2005, n° 03-42965, (2005) Bull civ V, 115, n° 134; (2005) RJS, n° 708; (2005) Dr soc 909 (note J Savatier); Cass soc, 12 novembre 2008, *supra* note 160.

174. *Ibid.*

En 2012, au sujet d'une obligation de résidence imposée cette fois-ci à une « gouvernante », la Cour de cassation « persiste et signe »¹⁷⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Reims avait validé l'obligation imposée à une gouvernante¹⁷⁶ d'habiter dans un rayon de 200 mètres du domicile des personnes dont elle avait la charge, en insistant sur la spécificité du travail de soin :

[L]a nature même de l'association [l'employeur] est d'assurer aux personnes protégées, par définition fragiles, une proximité physique et psychologique par l'intermédiaire des gouvernants (es); [que] cette proximité permet de les rassurer et de les aider dans les tâches de la vie quotidienne; [que l']obligation de résider à proximité n'emporte pas celle de demeurer en permanence à son domicile pour répondre à tout appel, à tout instant d'une personne protégée et [que] si M^{me} X... n'était soumise à aucune astreinte, elle pouvait dans le cadre de sa mission être appelée à intervenir en urgence, même de façon exceptionnelle; que ces situations urgentes correspondaient aux « heures volantes » prévues au contrat de travail; [que] cette obligation faite à la salariée est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'association et des personnes auprès desquelles elle a pour objet d'intervenir et [qu']elle est proportionnée, compte tenu de la nature de l'emploi occupé, au but recherché¹⁷⁷.

Par opposition, pour annuler cet arrêt, la Cour de cassation rappelait d'abord que les fonctions de gouvernante (faire les courses, préparer les repas, le ménage, assurer le respect des traitements médicaux, participer aux rencontres médicales...) « pouvaient être correctement exécutées indépendamment du point de savoir où se trouve le domicile du salarié »¹⁷⁸. La Cour dénonçait ensuite les « heures volantes » insérées dans le contrat de travail, celles-là mêmes qui permettent

175. Christelle Varin, « Clause de résidence : la Cour de cassation persiste et signe – Soc. 28 février 2012, n° 0-19.308 » (2012) 4 RDT 225.

176. CA, Reims, 31 mars 2010, n° 09/00874 :

Le (la) gouvernant(e) veille au confort physique et moral des personnes dont il (elle) a la charge, notamment en effectuant les achats, en préparant les repas, en entretenant l'appartement et les vêtements, en gérant le budget domestique, en veillant à l'hygiène corporelle et à la prise des traitements médicaux, en les accompagnant dans les démarches administratives et médicales et en s'efforçant d'animer leurs loisirs.

177. Cass soc, 28 février 2012, n° 10-18.308, (2012) Bull civ V, 79, n° 78; Grégoire Loiseau, « Le démantèlement des obligations de résidence » (2012) 23 JCP S 1244.

178. *Ibid.*

aux employeurs de disposer des travailleuses domestiques ou des travailleurs agricoles résidants à toute heure, « beau temps, mauvais temps »¹⁷⁹. À la suite de l'analyse de cet arrêt, Christelle Varin se demande finalement « pour quel type d'emploi et pour quel type d'entreprise une obligation de résidence serait licite » et conclut qu'« en pratique, ces cas seront extrêmement rares »¹⁸⁰.

Dans le cadre des programmes d'immigration canadiens (l'ancien PAFR, le PTAS et le PTET), c'est également la spécificité des travaux de soin (*care*) et de production agricole, soit la disponibilité qu'ils exigent, qui semble légitimer dans les discours officiels la résidence chez l'employeur. Or, l'argumentation est boiteuse, comme nous allons tenter de le montrer maintenant. En effet, l'obligation de résidence va à l'encontre des principes de justice naturelle, car « les moyens mis en œuvre par l'État pour atteindre son objectif comportent une faille fondamentale en ce qu'ils sont arbitraires ou ont une portée trop générale, ou encore, ont des effets totalement disproportionnés à l'objectif législatif »¹⁸¹. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser la portée de ces principes de la manière suivante :

La jurisprudence relative au caractère arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale s'attache à deux failles. La première **est l'absence de lien entre l'atteinte aux droits** et l'objectif de la disposition — lorsque l'atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'a aucun lien avec l'objet de la loi. Ce sont alors les principes liés au caractère arbitraire et à la portée excessive (l'absence de lien entre l'objet de la disposition et l'atteinte au droit garanti par l'article 7) qui sont en cause; [l]a seconde faille se présente lorsqu'une disposition prive une personne du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière **totalement disproportionnée à son objectif**. L'incidence sur le droit garanti à l'article 7 a un lien avec l'objet, mais elle est si importante qu'elle viole nos normes fondamentales [nos caractères gras]¹⁸².

Aussi, conformément à ces principes, nous soutenons, d'une part, qu'il n'y a pas de lien entre l'obligation de résidence et la récolte des

179. FERME, *supra* note 163 à la p 13.

180. Varin, *supra* note 175 à la p 225.

181. *Canada (PG) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 105, [2013] 3 RCS 1101 [*Bedford*].

182. *Ibid* aux para 108-09.

champs ou le travail de soin et, d'autre part, que cette obligation est totalement disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis.

En ce qui concerne, dans un premier temps, l'absence de lien entre la disposition et l'objectif poursuivi, force est de constater que la disponibilité d'une main-d'œuvre domestique et agricole n'implique pas nécessairement l'obligation de résidence. Pour preuve, le nouveau programme d'immigration des travailleuses domestiques n'impose pas une telle obligation. De même, le programme d'immigration fédéral — Volet agricole¹⁸³ qui, à l'image du PTAS, vise à fournir des travailleurs migrants pour les activités d'agriculture primaire, et le PTAS spécifique à la Colombie-Britannique n'obligent pas les participants à résider dans le lieu désigné par l'employeur. Le lien rationnel entre l'obligation de résidence et l'objet des programmes — prodiguer des soins, produire des fruits et légumes¹⁸⁴ — ne va donc pas de soi, au point de paraître *arbitraire*¹⁸⁵. De surcroît, le lien qu'établit le programme entre la catégorie « des étrangers », d'une part, et l'obligation de résidence, d'autre part, est juridiquement discriminatoire au regard des jugements de la Cour suprême. En 2002, celle-ci a rappelé ce qui suit :

Les immigrants arrivant au Canada s'attendent à bénéficier des mêmes possibilités fondamentales que les citoyens et à participer pleinement et librement à la société canadienne. La liberté de choix du travail et l'emploi sont des aspects fondamentaux de cette société et, contrairement peut-être au droit de vote et aux autres activités politiques, devraient, aux yeux

183. Québec, Ministère de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion, *Travailleur agricole relevant du Volet agricole* (Pays visés : Guatemala, Honduras, El Salvador), en ligne : Immigration Québec <<http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/immigrer-installer/travailleurs-temporaires/obtenir-autorisations/travailleur-agricole/travailleur-volet-agricole.html>>.

184. *Heywood*, *supra* note 67. Dans cette affaire, l'accusé contestait une disposition sur le vagabondage, qui interdisait aux délinquants reconnus coupables de l'une des infractions énumérées de « flâner » dans les parcs publics. Les juges majoritaires de la Cour concluent que la portée de la disposition, dont l'objet était de protéger les enfants contre les prédateurs sexuels, est trop grande.

185. La Cour suprême qualifie d'« arbitraire » la disposition dont l'effet n'a aucun lien avec son objet. *Bedford*, *supra* note 181 au para 98. C'est notamment le cas de la disposition qui exige que l'avortement soit approuvé par le comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital agréé (*Morgentaler*, *supra* note 70), de l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée pour l'obtention de services offerts dans le réseau public, car cette interdiction n'a, selon la Cour, aucun rapport avec l'objectif de protéger le système de santé public (*Chaoulli*, *supra* note 78), ou encore du refus du ministre de prolonger l'exemption dont bénéficiait un centre d'injection supervisée relativement à l'application des dispositions sur la possession de drogue, *Canada (PG) c PHS Community Service Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134.

d'un immigrant, lui être tout aussi accessibles qu'à un citoyen canadien. La discrimination dans ces domaines peut aboutir à exclure les immigrants du tissu social canadien, et accentuer un désavantage existant sur le marché du travail au Canada¹⁸⁶.

Ensuite, même en admettant une certaine rationalité entre l'obligation de résidence par rapport aux objectifs par une telle mesure, sa *portée excessive* est sans ambiguïté¹⁸⁷. En effet, il existe une différence de taille entre l'obligation de résider à une certaine distance du lieu de travail (qui peut s'appliquer pour des policiers ou des ambulanciers) et celle de résider chez l'employeur lui-même ou dans un logement fourni par lui. Le besoin des employeurs agricoles de disposer d'une main-d'œuvre qui puisse répondre rapidement à l'urgence des saisons ne peut aucunement suffire à justifier l'obligation de résider au sein même de l'exploitation agricole. Dans le cas des aides familiales, à première vue, la situation pourrait sembler davantage problématique, compte tenu de la spécificité du travail de soin; la prise en charge d'enfants, d'une personne âgée ou d'une personne souffrant d'un handicap nécessite souvent une présence continue. Et pourtant, cette présence continue s'organise dans un hôpital où les infirmières, les aides-soignants et les médecins ne sont pas soumis à l'obligation de résidence sur place. Le droit du travail reconnaît au contraire que le travail de nuit comme les heures d'astreinte constituent des contraintes spécifiques qui doivent être prises en compte, soit par l'octroi de primes, soit par l'aménagement du temps de travail. Dans le cas des aides familiales résidentes, les heures passées au travail ne sont comptabilisées comme des heures de travail que lorsqu'elles sont reconnues comme telles par l'employeur. L'obligation de résidence imposée aux travailleurs et travailleuses migrants étrangers a donc une *portée excessive* par rapport à l'objectif poursuivi. Bref, il nous semble que l'on puisse défendre l'idée qu'il n'y a aucun lien entre la privation du droit à la liberté exigée des travailleuses et travailleurs et la fourniture d'une main-d'œuvre agricole ou assignée aux soins.

En second lieu, et finalement, les effets de l'obligation de résidence sur les travailleurs et travailleuses qui y sont assujettis apparaissent

186. *Lavoie c Canada*, 2002 CSC 23 au para 52, [2002] 1 RCS 769.

187. Dans *Bedford*, *supra* note 181 au para 113, la Cour précise que « l'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres ».

totalemment disproportionnés au regard des objectifs de la mesure¹⁸⁸. Dans les arrêts de la Cour de cassation française mentionnés précédemment, les employeurs soutenaient que les travailleurs (gouvernantes ou employés d'immeubles) bénéficiaient d'avantages spécifiques (prime de permanence, prime annuelle, loyers réduits) en contrepartie de la privation de liberté. Cette dernière était donc défendue au motif qu'elle était proportionnelle aux avantages consentis. La Cour de cassation a justement rejeté l'argumentaire en constatant l'absence de « contrepartie sérieuse »¹⁸⁹. Dans le cas des programmes d'immigration canadiens, les employeurs rappellent régulièrement que les travailleurs et travailleuses résidents bénéficient de la gratuité de leur logement. En théorie, on pourrait soutenir qu'il s'agit là d'une « contrepartie sérieuse » à la privation du droit de choisir son lieu de résidence. En admettant que cette contrepartie puisse être qualifiée de « sérieuse », ce qui reviendrait à faire fi des conditions réelles de logement et de travail, encore faudrait-il qu'elle passe le test de la proportionnalité¹⁹⁰. Or, non seulement l'obligation de résidence

188. *Ibid* au para 120. La Cour a défini cette notion dans l'arrêt *Bedford*, en soulignant que l'on est en présence d'une *disproportion totale* quand les effets de la disposition contestée sur la liberté de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle :

La règle qui exclut la disproportion totale ne s'applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif de la mesure. Pour illustrer cette idée, prenons l'hypothèse d'une loi qui, dans le but d'assurer la propreté des rues, infligerait une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque cracherait sur le trottoir. Le lien entre les répercussions draconiennes et l'objet doit déborder complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique.

189. Bossu, *supra* note 160 à la p 1111 :

Mais même si cette dernière [la contrepartie sérieuse] avait été caractérisée, l'existence de la proportionnalité était toujours discutable dans l'espèce commentée. L'application de la règle de proportionnalité implique en effet un triple examen. En premier lieu, le moyen choisi doit être propre à atteindre le but visé. On parle d'un critère de pertinence. En second lieu, on doit s'assurer du caractère indispensable des mesures prises ou envisagées. Il s'agit de vérifier si on ne peut pas atteindre le même objectif avec un moyen plus respectueux de la liberté. On parle cette fois du critère de nécessité. En dernier lieu, il faut s'assurer que la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation des salariés n'est pas disproportionnée par rapport au résultat escompté. À l'évidence on peut douter que ces conditions soient réunies dans l'arrêt du 12 novembre 2008.

190. À titre d'exemple, en ce qui concerne les travailleurs agricoles : Veena Verma, *The Mexican and Caribbean Seasonal Agricultural Workers Program: Regulatory and Policy Framework, Farm Industry Level Employment Practices, and the Future of the Program Under Unionization*, The North-South Institute, 2003; Aguiar, Tomic et Trumper, *supra* note 28; Gallié et Bourbeau, *supra* note 27. Toujours à titre d'exemple en ce qui concerne les travailleuses domestiques : Audrey Macklin, « Foreign Domestic Workers: Surrogate Housewife or Mail Order Servant? » (1992) 37 McGill LJ 681; Abigail Bess Bakan et Daiva K Stasiulis, dir, *Not One of the Family: Foreign Domestic Workers in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1997; Marie-Claire Belleau et Louise Langevin,

n'est pas rationnellement contenue dans la description de tâche, mais il est de surcroît parfaitement possible d'assurer les fonctions d'aide familiale et de travailleur agricole sans résider chez l'employeur ou dans un logement fourni par lui. Enfin, les effets de la mesure apparaissent totalement disproportionnés par rapport aux résultats escomptés. La Commission des droits de la personne et de la jeunesse (CDPDJ) considère par exemple que l'obligation de résidence est susceptible de compromettre tout à la fois le droit à la liberté de circulation, à la liberté d'association, à la vie privée, à une vie familiale¹⁹¹, et au salaire, est-on tenté d'ajouter dans le cas des travailleuses domestiques, compte tenu du volume de travail non payé qu'elles sont amenées à réaliser, dans les faits. De l'aveu même du gouvernement canadien, quand il justifie le nouveau Programme des aides familiales, « [l']abolition de cette obligation [...] réduira la vulnérabilité des aides familiaux en milieu de travail et augmentera leurs possibilités d'obtenir de meilleurs emplois et de meilleurs salaires »¹⁹².

CONCLUSION

En 1980, au sujet des conditions d'hébergement des travailleurs migrants en France, Abdelmalek Sayad écrivait :

Ce qui fait, sans doute, la spécificité du logement des travailleurs immigrés, c'est qu'il trahit la représentation qu'on se fait de la condition d'immigré. À la manière d'un test projectif, le logement de l'immigré, véritable projection des catégories par lesquelles on définit l'immigré et par lesquelles on délimite son espace social, révèle l'idée que l'on se fait de l'immigré et qui contribue à faire l'immigré. Le logement de l'immigré ne peut être que ce qu'est l'immigré : un logement exceptionnel comme est « exceptionnelle » la présence de l'immigré¹⁹³.

Le trafic des femmes au Canada : une analyse critique du cadre juridique de l'embauche d'aides familiales immigrantes résidentes et de la pratique des promesses par correspondance, Ottawa, Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada, 2000; Galerand et Gallié, *supra* note 3; Galerand, Gallié et Ollivier-Gobeil, *supra* note 44.

191. Carpentier, *supra* note 5 aux pp 63-68.

192. CIC, *Améliorations au Programme des aides familiaux du Canada*, novembre 2014, en ligne: CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/aides/ameliorations.asp>>.

193. Abdelmalek Sayad, « Le foyer des sans-famille » (1980) 32:33 *Actes de la recherche en sciences sociales* 89 à la p 90.

L'assignation ou l'obligation de résidence, disposition « exceptionnelle » et dérogoratoire au droit commun canadien, constitue un enjeu de lutte fondamental pour les travailleurs agricoles saisonniers, mais également pour les aides familiales. Ces dernières soulignent notamment que le choix désormais laissé à la travailleuse reste largement fictif. La Commission des droits de la personne dénonce cette obligation qui crée une situation de discrimination systémique et qui contrevient aux droits de la personne consacrés comme étant fondamentaux¹⁹⁴. L'OIT s'oppose à l'obligation de résidence au nom du « travail décent » (*Convention 189*, 2011). L'Organisation des Femmes Philippines du Québec (PINAY) dénonce une situation d'esclavage¹⁹⁵; les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (TUAC) condamnent l'insalubrité et la dangerosité des campements. Ailleurs, on parle de nouvelles formes de servitude ou de salariat bridé¹⁹⁶, ou encore de travail non libre pour exprimer l'exploitation particulière que subissent les travailleuses et travailleurs étrangers soumis à des systèmes d'exploitation « associant travail et privation de liberté, comme ce fut le cas pour l'esclavage, la servitude sous contrat ou le travail forcé dans les colonies »¹⁹⁷.

Partant de ces constats, le présent article voulait interroger la portée de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en matière de protection des travailleurs dépendants qui sont assignés à des formes de travail non libre. Si, *a priori*, le droit à la liberté de sa personne ne semble pas inclure la liberté de disposer librement de sa propre force de travail, et s'il est précisément dissocié du droit *au* travail considéré comme un droit de nature essentiellement économique dans la jurisprudence constante de la Cour suprême du Canada, nous avons tenté de montrer que le droit à la liberté de sa personne n'excluait pourtant pas le droit de ne pas être soumis au travail forcé, de quitter un emploi, un employeur, d'être rémunéré pour toutes les heures travaillées, de bénéficier des mécanismes de protection sociale qui s'appliquent dans un contrat de travail normal, de ne pas victime de discrimination, de

194. Carpentier, *supra* note 5 aux pp 63-68.

195. PINAY, « Summary: Pinay Submission for the Universal Periodic Review on Canada », 3 novembre 2012, en ligne: PINAY <<http://pinayquebec.blogspot.ca>>.

196. Yann Moulier Boutang, *De l'esclavage au salariat. Économie politique du salariat bridé*, coll « Actuel Marx », Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

197. Evelyn Nakano Glenn, « Le travail forcé: citoyenneté, obligation statutaire et assignation des femmes au *care* » dans Pascale Molinier, Sandra Laugier et Patricia Paperman, *Qu'est-ce que le care?: souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Paris, éditions Payot & Rivages, 2009, 115.

se syndiquer et de négocier collectivement ses conditions de travail. Nous l'avons vu, les juges restent plus précisément divisés sur ce point.

Finalement, au vu des débats que cette question suscite et de l'état actuel du droit, nous soutenons qu'il est possible d'affirmer que la liberté de choisir son lieu de résidence appartient à la catégorie limitée des libertés garanties constitutionnellement. Suivant cette interprétation, l'obligation de vivre dans les lieux de travail, à laquelle sont assujettis les travailleuses domestiques et les travailleurs agricoles en vertu du PAFR et du PTAS, constitue une atteinte au droit à la liberté, et cette atteinte est à la fois arbitraire, à portée excessive et disproportionnée au regard des objectifs poursuivis par l'État canadien.