

LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE
DEVRAIT-ELLE REFLÉTER FIDÈLEMENT LA CHARTE?

Donna Greschner

et

Mark Prescott

RÉSUMÉ

Le présent rapport conclut que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) ne devrait pas contenir de clause non limitative, c'est-à-dire une clause interdisant la discrimination fondée sur un motif autre que ceux spécifiquement énumérés dans la *Loi*. Une variante de la clause non limitative, la disposition concernant un « motif non justifiable », renouvelerait l'approche de la « distinction » en ce qui a trait aux questions d'égalité entre les sexes, avec toutes les retombées négatives connexes sur l'égalité des femmes. Une autre version encore aurait pour effet de modifier la LCDP afin qu'elle reflète fidèlement l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui entraînerait vraisemblablement l'assimilation de la LCDP aux motifs que les tribunaux lient par analogie à l'article 15. Le cas échéant, la *Loi* ne porterait pas effectivement sur les inégalités précises auxquelles les femmes sont confrontées, par exemple celles dues à la pauvreté. Elle pourrait même affirmer plusieurs aspects négatifs du régime actuel des droits de la personne au Canada, par exemple en valorisant l'approche des « motifs de distinction illicites », pour rectifier les inégalités dont les femmes font l'objet. Le rapport conclut donc qu'une énumération non limitative ne provoquerait pas de gains suffisants sur le plan de l'égalité des femmes pour justifier les efforts qu'il faudrait déployer pour obtenir qu'elle soit adoptée et pour mettre en place les lois qui en garantiraient l'exécution.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	4
1. SITUATION ACTUELLE	6
<i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i>	6
Article 15 de la Charte.....	8
Comparaison de la LCDP et de la Charte	10
2. CLAUSES NON LIMITATIVES DANS LES LOIS SUR LES DROITS DE LA PERSONNE.....	13
Possibilités en ce qui a trait à la LCDP	13
Disposition sur le motif non justifiable : l'expérience de la C.-B.	14
Approche de l'affiliation à un groupe : l'expérience du Manitoba	16
3. ANALYSE DE LA DISPOSITION SUR LES MOTIFS ANALOGUES DE LA LCDP.....	18
Réaction aux développements.....	18
Risque d'un écart inconstitutionnel	19
Affirmation de l'approche du motif illicite	21
Déviation des ressources du processus politique	22
Utilisation inefficace des ressources de la Commission	24
Risque que les dispositions législatives finissent par ressembler trop à la Constitution	25
4. ÉTUDE DE CAS : L'INÉGALITÉ DUE À LA PAUVRETÉ.....	28
5. CONCLUSION.....	30
BIBLIOGRAPHIE.....	31
ANNEXES	
A : DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES CHOISIES.....	34
B : FORMULATIONS POSSIBLES DE LA LCDP.....	35
C : L'EXPÉRIENCE DE LA C.-B. TOUCHANT UNE CLAUSE DE MOTIF NON JUSTIFIABLE.....	38
D : L'EXPÉRIENCE DU MANITOBA	45

SOMMAIRE

Depuis leur entrée en vigueur, les lois canadiennes sur les droits de la personne interdisent toute discrimination fondée sur des motifs explicitement cités, mis à part plusieurs exceptions. Les plaignantes et les plaignants doivent prouver qu'ils font l'objet de discrimination fondée sur l'un ou plusieurs de ces motifs de distinction illicites, par exemple le sexe ou la race. Onze motifs de distinction illicites sont énumérés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP).

Par contre, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit les droits à l'égalité qui sont accordés à tous en vertu de la Constitution, interdit toute discrimination en général puis énumère sept motifs de distinction illicites. Une interdiction générale est typiquement appelée une « clause non limitative » parce que les motifs de discrimination pouvant être contestés ne sont pas précisés. Dès lors, il faut définir des critères qui permettront de déterminer si une exclusion particulière ou un traitement négatif est visé par l'interdiction générale. Au regard de l'application de l'article 15, la Cour suprême a adopté une approche de « motif analogue », qui exige que tout motif de distinction soit analogue à un des motifs cités avant de pouvoir être considéré en vertu de la clause non limitative.

La question suivante est abordée dans le présent projet : est-ce que l'inclusion dans la LCDP d'une liste non limitative de motifs avancerait l'égalité des femmes plus efficacement que l'approche actuelle, celle d'une liste limitative de motifs. Les aspects saillants de la LCDP et de la Charte sont passés en revue dans la première partie du rapport. On rapproche ensuite les lois sur les droits de la personne et les termes constitutionnels avant de passer en revue et d'évaluer plusieurs versions de la clause non limitative qui pourraient être intégrées à la LCDP.

- La LCDP pourrait interdire la discrimination « non fondée sur un motif justifiable » en vertu d'une disposition générale qui interdirait toute distinction fondée sur un motif non justifiable, sans égard au fait que le traitement différent ou l'exclusion soit lié à un stéréotype ou à un préjudice tributaire de l'affiliation à un groupe. Une telle disposition générale était incluse dans les lois sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique de 1973 à 1984. Cette approche est rejetée dans le présent rapport, en partie parce qu'elle est fondée sur le postulat que toute distinction constitue une violation des droits à l'égalité, ce qui entraverait considérablement la lutte menée par les femmes pour affirmer leur égalité.
- La LCDP pourrait interdire toute discrimination fondée sur des stéréotypes touchant l'affiliation à un groupe, indépendamment du fait que le groupe satisfasse le critère « d'analogie » fixé par la Cour suprême. La loi en vigueur au Manitoba, qui contient une disposition sur « l'affiliation de groupe » à cet effet, est passée en revue dans le présent rapport, ce qui permet de conclure que cette alternative mènerait vraisemblablement à une approche de motif analogue.

- Conformément à l'approche adoptée par la Cour suprême pour appliquer l'article 15, la LCDP pourrait refléter fidèlement la Charte et interdire toute discrimination, qu'elle soit fondée sur un motif cité ou sur un motif analogue. Cette option est abordée en détail dans le présent rapport et six arguments, pour ou contre ce changement, sont pris en considération. L'inclusion fidèle dans la LCDP des termes de la Charte garantirait l'évolution de la LCDP en fonction des amendements apportés à la Charte, mais elle aurait aussi des conséquences négatives. En effet, elle affirmerait l'approche des motifs de distinction illicites pour aplanir les inégalités. Elle pourrait aussi détourner des ressources destinées à la démarche politique et constituerait vraisemblablement une utilisation inefficace des ressources administratives. De surcroît, elle se trouverait à limiter les dispositions législatives sur les droits de la personne, dont la LCDP constitue un élément important, pour l'astreindre aux limites plus spécifiques des droits à l'égalité garantis par la Constitution.

Le rapport conclut que l'ajout à la LCDP d'une clause non limitative ne comporte pas assez d'avantages pour qu'il soit justifié. Plus précisément, il ne donne pas lieu à un mécanisme efficace permettant d'éliminer les inégalités économiques auxquelles les femmes sont confrontées.

1. SITUATION ACTUELLE

Loi canadienne sur les droits de la personne

Promulguée en 1978, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) constitue à la fois un outil politique indispensable et un énoncé symbolique de l'engagement du Canada en matière d'égalité. Onze motifs de distinction illicites sont énoncés à l'article 3 de la *Loi* : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience et l'état de personne graciée. En ce qui a trait aux femmes dans l'ensemble du pays, la LCDP établit les normes en matière de droits de la personne au sein du gouvernement fédéral et de toutes les entreprises réglementées par les autorités fédérales, y compris les principaux employeurs dont les banques, les sociétés de chemin de fer et les sociétés de télécommunications. De plus, les termes et l'interprétation de la LCDP influencent les orientations provinciales en ce qui a trait à l'égalité des femmes.

La LCDP est un statut, ce qui signifie qu'elle peut être amendée par processus législatif ordinaire. Autrement dit, le Parlement peut amender la LCDP par simple vote majoritaire des députées et des députés. En revanche, depuis qu'elle est entrée en vigueur en 1978, la LCDP a rarement été modifiée. Bon nombre des changements qui ont été proposés ont fait l'objet de controverses et les gouvernements hésitent à attiser la controverse en adoptant des modifications. La réticence du gouvernement dans les années 1980 à ajouter l'orientation sexuelle à la liste des motifs de distinction illicites a retardé l'adoption d'autres modifications pressantes, comme l'incorporation explicite de l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour accommoder les besoins particuliers.

La Cour suprême du Canada a qualifié de « quasi constitutionnelles » la LCDP et les lois provinciales en matière de droits de la personne parce qu'elles énoncent des valeurs fondamentales et intègrent des buts sociaux élémentaires. Dès la première cause entendue en 1982, soit *Heerspink c. I.C.B.C.*, la Cour a donné une interprétation très générale et généreuse aux lois sur les droits de la personne, interprétation d'ailleurs conforme à sa fonction qui est d'accorder réparation aux victimes de discrimination et de faire office de « refuge final pour les personnes défavorisées et privées de leurs droits » (*Zurich Insurance Co. c. Ontario* 1992 : 339). Par contre, la Cour n'a pas appliqué uniformément ce principe d'interprétation et a rejeté les interprétations téléologiques élaborées par des commissions et des tribunaux pour rectifier l'exclusion systématique des familles gaies et lesbiennes du régime d'avantages sociaux (*Mossop c. P.G. Canada* 1993) et la suppression de la contribution des femmes à l'histoire de la nation (*Gould c. Yukon Order of Pioneers* 1996).

Pour porter un recours en vertu de la LCDP, les femmes victimes d'inégalités doivent satisfaire deux conditions préalables.

- Elles doivent être victimes d'une inégalité dans un domaine d'activité régi par la LCDP, par exemple un employeur ou un fournisseur de services assujetti à la réglementation fédérale.
- Elles doivent prouver que l'inégalité est conforme à la description d'un des motifs de distinction illicites. Ainsi, elles peuvent faire valoir que l'inégalité est fondée sur leur sexe ou leur race, en prouvant par exemple qu'un décideur a, en toute connaissance de cause, établi une distinction illicite en leur refusant un traitement égal (discrimination intentionnelle). Par ailleurs, les plaignantes peuvent prouver qu'une politique apparemment neutre a une incidence disproportionnée sur un groupe particulier qui fait l'objet d'une distinction illicite, comme le sexe ou la race (discrimination par suite d'un effet préjudiciable). La notion de discrimination a évolué de telle sorte que désormais, un lien de causalité entre l'inégalité et au moins un des motifs de distinction illicites cités doit ressortir de toutes les plaintes déposées en vertu de la LCDP.

Dans bien des cas, les motifs de distinction illicites mènent à différents motifs de plainte. Prenons l'exemple d'une organisation communautaire qui souhaite attaquer la politique adoptée par un propriétaire d'immeuble qui refuse de louer des appartements aux chefs de famille monoparentale. Dans un tel cas, la politique pourrait être mise en question parce qu'elle donne lieu à une discrimination fondée sur la situation de famille dans la mesure où les personnes qui ont des enfants sont désavantagées. On pourrait aussi faire valoir que cette politique provoque une discrimination fondée sur l'état matrimonial parce qu'elle interdit l'accès au logement aux parents qui ne vivent pas en relation matrimoniale, légitime ou de fait. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de discrimination intentionnelle. Par ailleurs, dans la mesure où la plupart des chefs de famille monoparentale sont des femmes, on pourrait aussi poser que l'effet disproportionné de cette politique sur les femmes constitue une discrimination fondée sur le sexe. De plus, selon les caractéristiques démographiques de l'endroit où la cause serait entendue, on pourrait aussi considérer que la politique a un effet disproportionné sur les femmes d'une origine ethnique ou ancestrale particulière.

Toutefois, dans bien d'autres cas d'inégalité, les motifs de distinction illicites ne permettent pas de déposer une plainte pour rectifier l'inégalité. En effet, il est parfois impossible d'associer le mauvais traitement systémique à un motif de distinction illicite. Les cas d'inégalités fondées sur des motifs systémiques multiples sont encore plus complexes, comme le traitement négatif des personnes sans abri ou l'inadmissibilité des travailleuses et des travailleurs à temps partiel aux avantages sociaux et à la sécurité d'emploi.

Même si les femmes satisfont les deux conditions préalables et portent un recours en vertu de la LCDP, de nombreux obstacles peuvent entraver l'obtention d'une réparation. Elles doivent d'abord déposer une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP). Lorsque la CCDP reçoit une plainte, terme d'ailleurs implicitement péjoratif, elle entame une enquête, quoique le cas soit souvent immédiatement renvoyé à un médiateur. Au terme de l'enquête, la CCDP décide de renvoyer ou non le cas à l'adjudication du Tribunal canadien des droits de la personne. La démarche est longue et souvent aliénante. Les ressources de la Commission n'ont pas augmenté au même rythme que la demande de services et il est rare qu'une enquête débute dès qu'une plainte est déposée. De plus, la

réduction du financement a provoqué des compressions importantes dans les bureaux régionaux, ce qui a distancé encore plus le personnel de la CCDP des organisations régionales et féminines. Alors que les bureaux régionaux se consacraient autrefois aux enquêtes et à la sensibilisation du public et entretenaient des rapports avec les organismes communautaires, ils sont aujourd'hui formés d'une ou de deux personnes qui sont incapables d'affirmer une présence efficace dans l'ensemble de la région desservie. De plus, les procédures se sont alourdies à mesure que les intimés ont attaqué le processus décisionnel dans les tribunaux fédéraux. Divers facteurs sont entrés en jeu, depuis l'augmentation en flèche du nombre de plaintes déposées par des particuliers à l'alourdissement des procédures judiciaires, et ont miné la capacité de la CCDP à régler efficacement les plaintes (Witelson 1999 : 160-175).

Le présent projet ne constitue pas une évaluation de l'efficacité générale de la structure actuelle de la Commission comme moyen de promouvoir l'égalité des femmes. En revanche, on peut dire que la LCDP a contribué à l'avancement général de la cause de l'égalité des femmes, même si les progrès n'ont pas été aussi rapides et profonds que de nombreuses femmes, et les organismes qui les représentent, l'auraient souhaité. La procédure relative aux plaintes déposées par un particulier ne se prête pas à la promotion d'un changement systémique. Quoiqu'elle mène parfois à un changement, comme dans la cause *Action Travail des Femmes c. C.N.R.* (1987), elle est habituellement limitée aux circonstances particulières d'une personne, ou d'un groupe de personnes, dans un milieu de travail. Lorsque la procédure relative aux plaintes touche véritablement un grand nombre de personnes ou met en cause des politiques générales, la portée et l'importance des questions soulevées ne tardent pas à l'enliser. Les plaintes concernant l'équité salariale, quoique exclues de la présente étude, constituent un excellent exemple de l'inefficacité de la procédure relative aux plaintes (Handman et Jensen 1999 : 73-81).

Article 15 de la Charte

L'article 15 de la Charte est la principale clause stipulant les droits à l'égalité garantis par la Constitution. Deux dispositions précises de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantissent aussi l'égalité des sexes; il s'agit de l'article 28 et du paragraphe 35(4). Toutefois, ces garanties ont été ignorées autant par les avocates et les avocats que par les tribunaux. Quoique l'immunité de l'article 28 par rapport à la clause dérogatoire stipulée à l'article 33, voire les limites raisonnables mentionnées à l'article 1, ait pu être invoquée pour affirmer que l'égalité des sexes est le plus important des buts souhaités de la Charte, cette interprétation n'est pas celle choisie par les tribunaux. Le paragraphe 35(4), qui a été ajouté à la Charte après la conférence constitutionnelle de 1983 sur les questions autochtones, se voulait un moyen d'éliminer la discrimination contre les femmes autochtones. Or, il a été pour ainsi dire ignoré. Par exemple, la Cour suprême n'en a pas fait mention dans la cause *Corbière c. Canada* (1999), même si la loi contestée avait une incidence beaucoup plus profonde pour les femmes, en raison de la discrimination fondée sur le sexe, que l'ancienne *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, l'article 15 demeure le principal mécanisme constitutionnel de promotion de l'égalité des femmes. L'article 15, ainsi que d'autres dispositions constitutionnelles importantes dans le cadre du présent rapport, est reproduit à l'annexe A.

Selon l'article 15, tous jouissent des mêmes droits à l'égalité, indépendamment de toute discrimination. Les sept motifs de distinction illicites sont ensuite cités : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et l'incapacité. L'article 1 de la Charte admet la violation des droits à l'égalité garantis par l'article 15 dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer. Au moment où la Charte a été adoptée, plusieurs commentateurs ont posé que comme l'article 15 ne limitait pas la distinction illicite aux motifs cités, il était violé par toute distinction énoncée dans une loi ou une politique gouvernementale, telle distinction devant donc être justifiée conformément à l'article 1 (Hogg 1985 : 800). Cette approche a été lourdement critiquée par ceux qui craignaient une invalidation massive des lois.

Comme pratiquement toutes les lois et politiques établissent des distinctions fondées sur un motif quelconque, si l'interprétation de la discrimination exigeait simplement une distinction, les tribunaux seraient inondés de contestations portant que toute loi enfreint l'article 15. Le pouvoir des tribunaux serait alors immense. De plus, cette interprétation est contraire à l'entendement que les lois sur les droits de la personne se veulent des recours contre les préjudices, les stéréotypes et le désavantage passé.

Lors de la première cause qu'elle a entendue au sujet de l'article 15, *Andrews c. Law Society of B.C.* (1989), la Cour suprême a fermement rejeté l'approche de la « distinction ». Préoccupée par l'effet potentiellement profond et négatif de cette approche, la Cour a restreint la clause non limitative aux motifs de distinction qui sont analogues aux motifs cités. Dans cette perspective, un tribunal étudie les motifs cités ou énumérés pour en cerner les aspects communs, puis les compare au motif avancé pour en dégager les aspects communs, le cas échéant. L'approche des motifs énumérés ou analogues limite énormément la portée potentiellement énorme de l'article 15, mais elle se rapproche davantage du but historique des lois sur les droits de la personne.

Depuis la cause *Andrews*, la Cour suprême a ajouté plusieurs motifs analogues dont certains sont dans l'intérêt de groupes particuliers de femmes. Ainsi, l'ajout de l'état matrimonial est issu de *Miron c. Trudel*, 1995, celui de l'orientation sexuelle, de *Egan c. Canada*, 1995, et celui du statut de membre de bande hors réserve, de *Corbière c. Canada*, 1999. Ce faisant, la Cour a précisé les facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si un motif est analogue. La décision la plus récente, l'arrêt *Corbière*, compte parmi trois causes sur l'égalité entendues en 1999 qui ont mené la Cour à affirmer et à préciser l'approche fondamentale adoptée dans la cause *Andrews*. Dans l'affaire *Corbière*, la majorité des membres de la Cour ont affirmé que la caractéristique principale d'un motif analogue est une caractéristique individuelle qui est immuable ou qui peut être changée seulement à un prix inacceptable sur le plan de l'identité individuelle. On considère que les facteurs comme la discrimination historique dont un groupe fait l'objet, ou sa discrétion et son insularité, découlent de cette notion fondamentale des caractéristiques immuables (*Corbière*, ¶13).

Le recours à l'approche des motifs analogues n'a pas été utile aux groupes définis par leur inégalité économique. Par exemple, les travailleuses et les travailleurs agricoles ne constituent

pas un groupe analogue parce qu'ils sont hétérogènes; leur situation professionnelle, à elle seule, ne suffit pas à former un groupe analogue (*Dunmore c. Ontario (P.-G.)* 1997). De même, les prestataires d'aide sociale sont trop disparates et hétérogènes pour satisfaire au critère de définition d'un groupe analogue (*Masse c. Ontario* 1996), en dépit d'un premier jugement qui affirmait le contraire (*Federated Anti-Poverty Groups of B.C. c. B.C. (A.-G.)*). Les prisonnières et les prisonniers pauvres ne forment pas non plus un groupe analogue car « la situation économique d'un groupe de personnes ne constitue pas un motif pouvant être associé à une caractéristique individuelle » (*Alcorn c. Canada* 1999 : ¶ 85).

Comparaison de la LCDP et de la Charte

Il existe plusieurs différences importantes entre la LCDP et l'article 15 de la Charte. Premièrement, la Charte est enchâssée dans un document constitutionnel alors que la LCDP est un statut. On ne peut trop insister sur cette distinction car elle a des conséquences profondes. Comme la Charte est enchâssée, il est beaucoup plus difficile de la modifier. Tout changement apporté à l'article 15 doit être approuvé non seulement par le Parlement, mais aussi par sept provinces sur dix représentant plus de 50 p. 100 de la population. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Charte entière a fait l'objet d'aucune modification, et encore moins l'article 15. C'est justement parce que la modification de la Charte est une démarche si complexe qu'une clause non limitative a été incluse à l'article 15. Ainsi, la modification judiciaire de la portée des droits à l'égalité demeure possible. À titre de comparaison, une modification à la LCDP est adoptée par simple vote majoritaire des députées et des députés.

De plus, comme la Charte est un instrument constitutionnel, elle fait partie des lois fondamentales du pays, ce qui signifie que toutes les autres lois doivent concorder avec ses dispositions. La LCDP, étant un simple statut, ne peut violer la Charte. Autrement dit, si le Parlement adoptait une loi qui enfreint directement la Charte, par exemple une loi imposant une religion d'État à tous les citoyens et les citoyennes, il se trouverait à agir anticonstitutionnellement. Quant à la LCDP, le Parlement ne peut adopter une modification qui viole les dispositions de l'article 15 ou tout autre droit ou liberté. Ainsi, une loi imposant un salaire minimum différent pour les hommes et pour les femmes serait manifestement à l'encontre des dispositions de la Charte sur les droits à l'égalité.

La Cour suprême a affirmé qu'une loi sur les droits de la personne peut enfreindre la Charte si elle exclut un motif inclus dans la liste des motifs cités à l'article 15 ou des motifs analogues. Avec la cause *Vriend c. Alberta* (1998), la Cour a ajouté « l'orientation sexuelle », qui fait partie des motifs analogues en vertu de l'article 15, à la liste des motifs illicites cités dans la loi sur les droits de la personne de l'Alberta. L'assemblée législative de l'Alberta n'a pas modifié la loi provinciale sur les droits de la personne pour ajouter l'orientation sexuelle à la liste des motifs illicites, même si la plupart des autres provinces avaient modifié leurs lois à cet égard et que la Cour avait déjà affirmé sa décision antérieure dans la cause *Egan*, à savoir que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue. Dans ce contexte, la Cour a décrété que l'exclusion des hommes homosexuels et des lesbiennes des garanties accordées par la loi

de l'Alberta violait l'article 15 et elle a ajouté « l'orientation sexuelle » à la liste des motifs illicites énoncés dans la loi.

La cause *Vriend* prouve que la modification des statuts sur les droits de la personne ne sera pas du ressort exclusif du Parlement. Les tribunaux peuvent exiger que la LCDP soit révisée pour qu'elle soit conforme aux impératifs constitutionnels. Quant à savoir si toutes les lois anti-discriminatoires, y compris la LCDP, doivent nécessairement contenir exactement les mêmes motifs analogues que ceux découlant de la Charte, la question est abordée au chapitre 3 du présent rapport.

Deuxièmement, la portée de la Charte est limitée aux domaines d'action publics, excluant le secteur privé. La distinction entre l'action publique et l'action privée soulève souvent la controverse, mais les tribunaux reconnaissent la différence et excluent de l'examen constitutionnel la discrimination exercée par des intervenants privés, comme les grandes sociétés commerciales. Cette position est à l'opposé de la LCDP laquelle, à l'instar des lois similaires imposées par les provinces, englobe une vaste gamme d'activités qui relèvent à la fois des gouvernements et des intérêts privés. Il incombe au Parlement de déterminer la portée de la LCDP, moyennant les limites imposées par le fédéralisme.

Troisièmement, les droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte sont assujettis à la clause limitative générale énoncée à l'article 1, qui admet une restriction par une règle de droit dans des limites raisonnables. Or, la LCDP ne contient pas de clause limitative générale qui permette de justifier chaque violation des droits statutaires. Elle prévoit plutôt certaines exemptions précises, des exceptions et des réserves concernant les interdictions associées à la discrimination. Par contre, aucun code statutaire ne contient de dispositions qui interdisent l'ajout d'une clause limitative générale. Ainsi, l'article 11.1 de l'*Alberta Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act* contient une justification générale des violations.

Quatrièmement, les tribunaux sont le principal organe d'exécution des droits garantis par la Charte. Selon les articles 24 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, toute personne victime de violation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la Charte peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir réparation. Quoique certains tribunaux administratifs aient le pouvoir d'affirmer les droits garantis par la Charte, les tribunaux judiciaires protègent jalousement leur pouvoir de protection des droits et de réparation et légifèrent la majorité des questions touchant la Charte. Là encore, la LCDP se distingue puisqu'elle stipule que la Commission canadienne et le Tribunal canadien des droits de la personne sont les premiers recours en cas de violation de la *Loi*. D'ailleurs, depuis la décision rendue par la Cour suprême dans la cause *Bhadauria c. Seneca College* (1981), les particuliers et les groupes ne peuvent intenter de poursuites judiciaires pour faire valoir leurs droits en vertu de la LCDP. La seule façon de faire valoir ses droits est de déposer une plainte à la Commission, plainte qui est entendue, en première instance, par un tribunal spécialisé, le Tribunal canadien des droits de la personne. Les tribunaux de droit commun interviennent dans l'adjudication des droits de la personne en vertu de la LCDP ou d'une loi provinciale uniquement lorsque ces lois permettent d'interjeter un pourvoi ou si les tribunaux exercent le pouvoir de révision judiciaire plus limité.

En revanche, l'autorité finale en matière d'interprétation de la LCDP relève des tribunaux. Lorsqu'ils entendent un pourvoi ou étudient une demande, ils rendent des interprétations des dispositions qui font autorité. Dans la mesure où leur interprétation est définitive, ils peuvent modifier la portée et la signification des dispositions statutaires. Ainsi, ils peuvent ne pas partager l'avis d'une commission quant à l'inclusion des familles gaies et lesbiennes dans la définition du motif de la situation de famille (*Mossop c. Canada* 1993). De même, ils peuvent affirmer les interprétations des commissions et des tribunaux, comme la décision statuant que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination fondée sur le sexe (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd*, 1989).

L'influence qu'ils exercent n'est toutefois pas à sens unique. Les termes des codes sur les droits de la personne et les principes d'interprétation élaborés par les commissions et les tribunaux ont influencé le contenu et l'interprétation de l'article 15 (*Andrews* 1989 : 175). La LCDP et d'autres codes ont guidé et inspiré la signification qui a été donnée à l'article 15. Par exemple, la Cour suprême vérifie si un motif est inclus dans les statuts sur les droits de la personne en vigueur partout au pays avant de décider s'il doit être considéré comme un motif analogue (*Egan c. Canada* 1995 : 675; *Miron c. Trudel* 1995 : 748).

Il ne faut pas oublier non plus que l'une des raisons qui a motivé la création de commissions et de tribunaux spécialisés est le fait que les tribunaux de droit commun voyaient d'un mauvais œil les allégations de discrimination. Les assemblées législatives ont créé des commissions et des tribunaux pour garantir une réparation plus efficace en cas de violation des droits. Elles ont aussi ouvert la marche en modifiant et en adoptant des lois favorables à l'égalité, en ajoutant des motifs à la liste des motifs de distinction illicite (comme l'orientation sexuelle) et, dans bien des provinces, en prévoyant des mesures d'aide publique. C'est aux organes créés par les assemblées législatives, comme les commissions menées par des organismes communautaires, les syndicats et les groupes de femmes, que l'on doit certaines des interprétations les plus progressives des lois sur les droits de la personne. À titre d'exemple, citons la reconnaissance du harcèlement sexuel et de la discrimination fondée sur la grossesse à titre de formes inadmissibles de discrimination sexuelle. Les tribunaux ont appuyé ces développements, mais ne les ont pas amorcés.

On part du principe, dans le présent rapport, que la Charte ne sera pas modifiée dans un avenir prévisible et que l'interprétation que la Cour donne à l'article 15 ne changera pas de façon dramatique. Quant à la LCDP, comme sa révision est la raison d'être de la présente recherche, on ne peut partir du principe que sa portée et sa structure administrative ne changeront pas. Par contre, il ne faut pas oublier que toute modification de la portée effective de la LCDP aura une incidence sur la Commission et sur le Tribunal.

2. CLAUSES NON LIMITATIVES DANS LES LOIS SUR LES DROITS DE LA PERSONNE

Possibilités en ce qui a trait à la LCDP

Pour évaluer la contribution vraisemblable d'une liste non limitative à l'égalité des femmes, les questions précises suivantes ont été posées.

- Est-ce que la proposition rehausserait la capacité d'intervention de la LCDP quant aux comportements discriminatoires qu'elle vise depuis son entrée en vigueur, comme le harcèlement sexuel en milieu de travail et la rémunération inéquitable?
- Est-ce que la proposition rehausserait la capacité d'intervention de la *Loi* quant aux inégalités persistantes qui ne sont pas visées par les lois anti-discriminatoires? La pauvreté a été retenue comme exemple d'une inégalité persistante. Plus précisément, une clause non limitative serait-elle utile aux femmes qui contestent les politiques et les décisions qui ont des conséquences négatives sur les femmes pauvres?
- Est-ce que la proposition multiplierait les recours dont peuvent se prévaloir les femmes, à titre individuel, ou certains groupes de femmes, pour obtenir réparation des inégalités qu'elles ont subies?

Il existe plusieurs méthodes que l'on pourrait employer pour ajouter une clause non limitative à la LCDP. Chacune d'elles permettrait d'augmenter considérablement le nombre de plaintes qui pourraient être déposées au titre de la LCDP. La première méthode est l'approche du motif analogue; elle constitue le moindre des changements envisagés. La deuxième méthode est une approche plus centrée. La troisième est celle d'une approche fondée sur un motif non justifiable; ce dernier changement est celui dont les ramifications seraient les plus générales, ouvrant la voie au plus grand nombre de recours qui pourraient éventuellement être mis en cause à titre de discrimination. Une ébauche de chaque option, rédigée en langage statutaire, est fournie à l'annexe B.

Approche du motif analogue

Dans ce cas, les termes de la LCDP seraient changés de façon à ce qu'ils reprennent fidèlement les termes de l'article 15 de la Charte. On pourrait parvenir à ce résultat en ajoutant les termes non limitatifs de la Charte aux articles pertinents d'une LCDP refondue. En admettant que la structure actuelle de la LCDP demeure, la liste des motifs illicites énoncés à l'article 3 pourrait être réécrite de façon à reprendre les termes de la Charte. Les dispositions fondamentales, comme l'article 7 qui interdit la discrimination dans le contexte de l'emploi, pourraient demeurer inchangées. L'alternative est de refondre entièrement la LCDP pour la formuler en langage positif garantissant à tous les droits à l'égalité, comme le modèle actuellement en vigueur en Ontario. L'affirmation des droits de tous pourrait être formulée comme l'article 15. Les deux versions sont présentées à l'annexe B.

Approche de l'affiliation à un groupe

Cette approche suppose une définition de la discrimination qui ne fait pas mention de motifs illicites, mais qui limite la discrimination à l'affiliation réelle ou présumée d'une personne à un groupe. Cette solution ne permettrait pas de recours en cas de traitement inégal individuel, mais sa portée serait plus large que celle de l'approche de motif analogue prévue à l'article 15. Cette approche fait partie, à l'heure actuelle, du *Code des droits de la personne du Manitoba*.

Approche du motif non justifiable

Dans ce cas, la discrimination serait définie comme toute distinction ou refus dont une personne ou une catégorie de personnes fait l'objet et qui ne peut être justifié par un motif raisonnable; de plus, certains motifs seraient exclus comme étant non justifiables, comme le sexe, la race et la religion. En somme, dans ce cas, toute distinction serait considérée comme une discrimination à moins qu'un motif justifiable puisse être invoqué. L'affiliation à un groupe, qui serait définie par une caractéristique individuelle ou par le fait de faire l'objet de stéréotypes ou d'un désavantage historique, ne constituerait pas une caractéristique indispensable. Cette approche a été employée en Colombie-Britannique de 1973 à 1984 et est semblable à l'approche fondée sur n'importe quelle distinction qui a été rejetée par la Cour suprême dans les cas de plaintes déposées en vertu de l'article 15.

Disposition sur le motif non justifiable : l'expérience de la Colombie-Britannique

De 1973 à 1984, les lois sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique interdisaient la discrimination non fondée sur un « motif justifiable ». L'expérience de la Colombie-Britannique est décrite à l'annexe C. Cette expérience est survenue principalement avant l'entrée en vigueur de la Charte et entièrement avant l'entrée en vigueur de l'article 15, en 1985. Par conséquent, l'utilisation de la disposition par la Commission n'a pas été influencée par l'approche du motif analogue mise au point par les tribunaux au titre de l'article 15.

Au début, la Commission de la Colombie-Britannique a prêté une interprétation très générale à la disposition concernant l'absence de motif justifiable et ne l'a pas limitée aux motifs analogues aux motifs cités dans le Code. Toutefois, avec le temps, la Commission et les comités d'enquête qui entendaient les plaintes ont fini par élaborer une approche de motif analogue.

L'histoire révèle que la controverse soulevée par l'exécution de la clause non limitative par la Commission a provoqué un contrecoup politique et a contribué à la dissolution de la Commission et à l'abrogation du Code. L'assemblée législative de la Colombie-Britannique a aboli la Commission en 1984 et a remplacé le Code par une loi modérée sur les droits de la personne (*Human Rights Act*, 1984) qui excluait la disposition concernant l'absence de motif justifiable.

L'expérience de la Colombie-Britannique est révélatrice à bien des points de vue pour ceux qui étudient la formulation future de la liste des motifs énoncés dans la LCDP.

- La disposition a constitué, pour la Commission et les comités d'enquête, un outil puissant pour avancer le développement des lois sur les droits de la personne. Bien avant qu'ils ne figurent dans les listes limitatives des lois sur les droits de la personne adoptées par d'autres instances, les motifs comme l'orientation sexuelle, l'accusation au criminel, la grossesse et la déficience, étaient visés par la disposition concernant l'absence de motif justifiable.
- La disposition a permis de présenter des cas de discrimination qui, même aujourd'hui, seraient exclus de la protection garantie par les dispositions comprenant des listes limitatives. Par exemple, en dépit du fait qu'on avait refusé de les servir à cause d'un stéréotype, les plaignants dans la cause *Oram et MacLaren* (1975) auraient de la difficulté à prouver, aujourd'hui, que leur apparence est visée par un des motifs énumérés.

Par contre, l'expérience de la C.-B. fait ressortir que l'approche du motif non justifiable comporte aussi des lacunes graves.

- Un des problèmes qui s'est manifesté très rapidement était que la disposition pouvait facilement se transformer en disposition générale invoquée dans les cas d'injustice générale, ce qui susciterait un nombre très élevé de poursuites, dont bon nombre ne seraient que très peu pertinentes. Par exemple, l'affaire *Lopetrone* (1976), où il était question de déterminer si l'employeur avait correctement évalué le mérite individuel, a repoussé les limites de ce qui pouvait raisonnablement être protégé par les lois anti-discriminatoires et a failli entraîner la Commission dans l'adjudication de l'impartialité du processus décisionnel de l'employeur. Cependant, la Commission et les comités d'enquête ont reconnu les conséquences indésirables que pourrait avoir cette approche, ce qui a mené, avec l'affaire *Jefferson c. Baldwin et B.C. Ferries* (1976), à la création de « catégories » ou d'un raisonnement similaire à l'approche du motif analogue, ce qui a éliminé de nombreux recours.
- La disposition concernant l'absence de motif justifiable a été de peu d'utilité aux personnes victimes de discrimination fondée sur les motifs subsumés par l'expression « condition sociale ». Peu de plaintes fondées sur la source de revenu, la situation de famille, la situation financière et la scolarité exigée ont été déposées à la Commission et aucune d'entre elles n'a été renvoyée à un comité d'enquête. On en ignore la raison. On peut penser que la Commission était inondée de tant de plaintes fondées sur d'autres motifs que celles fondées sur la condition sociale n'étaient pas considérées comme particulièrement prioritaires. Il se pourrait aussi que la Commission, suivant le courant de pensée de l'époque, ne considérait pas que la condition sociale constituait un motif valable. Toutefois, il s'agit là de conjecture. On ne peut qu'affirmer que dans ce cas particulier, la clause non limitative excluait la condition sociale.
- Même s'il semble logique de conclure que la disposition concernant la distinction fondée sur un motif non justifiable inciterait les comités et les tribunaux à considérer de

nombreux motifs et leur recoupement en matière d'adjudication des plaintes, rien ne montre que c'est bel et bien ce qui s'est produit.

- Quoique la disposition concernant l'absence de motif justifiable ait encouragé le développement progressif des lois sur les droits de la personne, certains développements étaient si progressifs que l'appui communautaire requis pour les concrétiser n'existait pas encore. S'il peut être tentant de considérer l'abrogation du Code et la dissolution de la Commission comme étant des gestes isolés posés par un gouvernement de droite particulièrement hostile, il demeure qu'une proportion importante de la population de la Colombie-Britannique a appuyé ces actions. Il en a résulté un retour en arrière, c'est-à-dire que certains groupes faisant l'objet de discrimination ont cessé d'être protégés et ne le seraient pas de nouveau avant près de 10 ans.
- Même si bon nombre des motifs considérés par la Commission de la C.-B. comptent aujourd'hui parmi les motifs énumérés, on peut vraisemblablement supposer que si une disposition concernant un motif non justifiable était ajoutée à la LCDP, la CCDP serait inondée de plaintes. Un nombre important de personnes lésées déposeraient des plaintes à la Commission parce qu'il n'existe pas de bureau de l'ombudsman à l'échelon fédéral pour intervenir dans les cas où le gouvernement réserve à des particuliers un traitement inégal.

Nous concluons donc que l'ajout d'un tel motif à la LCDP n'est pas désirable. Telle action serait semblable à l'approche fondée sur « n'importe quelle distinction » qui découle de l'article 15 de la Charte, ce qui mènerait donc à l'issue semblable, c'est-à-dire d'exiger une justification raisonnable de toute action ou décision survenue dans le secteur public ou le secteur privé. Si l'exigence d'un motif justifiable peut sembler inoffensive dans le domaine de l'abstrait, dans les faits, elle donne lieu à une foule de difficultés. Vraisemblablement, elle ne ferait rien pour rectifier les inégalités persistantes et détournerait les ressources et l'attention des questions importantes. De plus, le régime actuel serait encore plus inaccessible, principalement à cause de l'avalanche de plaintes que l'on pourrait escompter. Cette solution ne convient donc pas compte tenu de chacun des critères retenus pour évaluer l'efficacité d'une proposition visant à rectifier les inégalités dont les femmes sont victimes.

Approche de l'affiliation à un groupe : l'expérience du Manitoba

La définition de la discrimination figurant dans le *Code des droits de la personne du Manitoba* est non limitative. La disposition statutaire, l'alinéa 9(1)a), est reproduit à l'annexe D, avec un compte rendu détaillé de l'expérience manitobaine. Le nombre de plaintes déposées au Manitoba a toujours été très bas et au cours des dernières années, la plupart des plaintes déposées faisaient état d'une distinction fondée sur le casier judiciaire. Apparemment, la Commission ne fait pas de publicité au sujet de la disposition et de ses utilisations éventuelles.

La Commission du Manitoba aborde avec circonspection la disposition concernant un motif non énuméré. Selon un des membres, la Commission ne se considère pas comme une « commission sur l'injustice » qui s'intéresserait à toutes les formes d'injustice possibles. Elle

consacre ses ressources au règlement des cas de discrimination fondée sur les motifs énumérés. Toutefois, son approche n'est pas tout à fait aussi limitative que l'approche du motif analogue qui découle de la Charte. Pour obtenir la reconnaissance d'un « motif non énuméré », il suffit à une personne de prouver qu'elle a fait l'objet d'un « traitement différent fondé sur une perception stéréotypée d'un groupe de personnes » (Commission des droits de la personne du Manitoba 1987). À titre de comparaison, l'approche de la Cour suprême au titre de l'article 15 considère les stéréotypes uniquement comme un facteur, et non comme le déterminant critique, pour décider si un motif non énuméré deviendra un motif analogue (*Corbière c. Canada*, 1999 : ¶ 59-62).

Si une version de l'alinéa 9(1)a était ajoutée à la LCDP, l'expérience du Manitoba serait vraisemblablement répétée à l'échelon fédéral. D'abord, la CCDP subirait probablement une pression énorme exercée par les grandes sociétés commerciales pour l'inciter à avoir recours dès le début au raisonnement fondé sur les motifs analogues. La Commission du Manitoba a adopté sa politique avant que la Cour suprême ne fixe les critères régissant les motifs analogues admissibles en vertu de l'article 15. De plus, la CCDP recevrait probablement plus de plaintes que son homologue manitobaine, qui n'annonce pas la disponibilité d'un motif non énuméré. Le simple fait d'ajouter une clause non limitative à la LCDP engendrerait une publicité considérable. Même si cela ne se produisait pas, les organisations nationales et les syndicaux seraient conscients de l'existence du motif non énuméré et en testeraient le contenu et les limites en déposant des plaintes. Compte tenu de la tendance qu'ont plusieurs employeurs réglementés par le gouvernement fédéral à demander un examen judiciaire des décisions rendues par une commission, on pourrait raisonnablement s'attendre à des litiges. La conjugaison du nombre élevé de plaintes, des litiges et des examens judiciaires aboutirait sans doute à la création de critères comparables à l'approche du motif analogue adoptée par la Cour, ne serait-ce que pour donner une certitude quelconque au secteur privé.

Si cette supposition est juste et qu'une disposition semblable à la disposition manitobaine devenait une version non constitutionnelle du motif analogue, alors les arguments exposés au chapitre 3 du présent rapport s'appliqueraient. Si, en revanche, la disposition demeure plus générale que l'approche du motif analogue, alors elle pourrait être invoquée pour avancer la cause de l'égalité des femmes au-delà des limites de la définition constitutionnelle de l'égalité. Par exemple, la Commission et le Tribunal pourraient reconnaître que le traitement négatif des travailleuses et des travailleurs à temps partiel constitue une forme proscrite de discrimination à l'égard d'un groupe. En revanche, bien d'autres problèmes demeureraient, par exemple l'incertitude des employeurs quant à l'étendue de leurs obligations, question qui ne peut être réglée simplement dans les énoncés de politique.

3. ANALYSE DE LA DISPOSITION SUR LES MOTIFS ANALOGUES DE LA LCDP

Deux des trois options possibles ont été abordées dans les deux premiers chapitres. L'approche du motif non justifiable a été rejetée en raison de son utilité limitée pour aborder la question de l'inégalité des femmes. L'approche de l'affiliation à un groupe semble plus prometteuse, mais elle pourrait mener à une approche de motif analogue. La seule option qui demeure est donc celle de l'approche de motif analogue, où la LCDP se trouverait à reproduire les termes non limitatifs de la Charte. Toutefois, la simple inclusion à la LCDP des termes de l'article 15 ne suffirait pas, à elle seule, à reproduire les critères élaborés par la Cour suprême pour trancher les causes constitutionnelles. À moins que la modification ne précise spécifiquement l'intention manifeste d'intégrer la jurisprudence liée à l'article 15, la Commission et le Tribunal auraient la possibilité d'étendre la protection garantie au-delà des limites fixées par l'article 15, simplement parce que les différences entre la Charte et la LCDP suffiraient à justifier l'existence de critères différents. Le fait de délaisser les critères basés sur l'interprétation de l'article 15 pourrait donner les mêmes résultats que l'approche de l'affiliation à un groupe dont il a été question plus haut.

Ce chapitre est consacré aux avantages et aux inconvénients de l'inclusion d'une clause non limitative dans la LCDP, qu'il s'agisse d'une clause qui reproduit exactement les critères constitutionnels sur lesquels sont basés les motifs analogues ou d'une clause légèrement différente. De plus, on évalue la probabilité que l'interprétation d'une disposition sosie soit différente de l'interprétation de l'article 15 faite par la Cour.

Réaction aux développements

Les dispositions non limitatives sont souvent préconisées parce qu'elles permettent une évolution en fonction des développements qui se produisent. Au cours des négociations constitutionnelles qui ont précédé l'adoption de la Charte, le principal argument présenté pour justifier l'inclusion d'une clause non limitative dans l'article était le besoin de prévoir des garanties d'égalité qui évolueraient en fonction de la situation. Les constitutions demeurent en vigueur pendant longtemps et il n'est pas aisé de les modifier. La clause non limitative était donc le moyen d'enchâsser dans la constitution des droits à l'égalité garantis correspondant à des injustices inconnues en 1982. Cet argument peut être repris pour justifier l'inclusion d'une clause non limitative dans la LCDP. Si la *Loi* contenait une disposition concernant le motif analogue, les commissions et les tribunaux pourraient intégrer les développements dans la protection des droits de la personne sans devoir la modifier. Même si la modification de la LCDP se fait par procédure législative ordinaire, les programmes législatifs chargés et d'autres circonstances se combinent de sorte que la modification de la LCDP est rare.

L'ajout d'une clause non limitative tairait à jamais l'argument selon lequel le Parlement ne compte pas permettre aux commissions et aux tribunaux d'interpréter de manière générale la LCDP, de façon à tenir compte de l'interprétation faite de la notion d'égalité. En fait,

l'argument serait alors opposé. En ajoutant une clause non limitative, le Parlement veut en fait que les commissions et les tribunaux règlent les injustices qui se manifestent de façons nouvelles, celles que le Parlement n'avait pas prises en considération au moment d'adopter la *Loi*.

Si la *Loi* contenait une disposition sur le motif analogue, la CCDP pourrait alors retrouver sa fonction première d'agent de changement social. Elle pourrait se pencher sur les problèmes nouveaux et, comme le montre l'expérience de la C.-B., faire office de catalyseur sur le plan de la justice sociale. En revanche, l'expérience du Manitoba montre que rien ne garantit que la situation évoluerait ainsi. Bien des choses dépendent des ressources de la CCDP et de l'appui politique qui est consenti aux efforts qu'elle déploie. De surcroît, si la Commission adopte les critères associés à l'article 15 en matière de motifs analogues, sa capacité à intervenir dans les cas d'injustices nouvelles serait limitée, du moins en partie ou au début, par la jurisprudence de la Cour suprême.

La mesure de souplesse et d'innovation qui découlerait de l'inclusion dans la LCDP d'une disposition concernant le motif analogue dépend en grande partie du recours éventuel à cette disposition, par les commissions et les tribunaux, pour faire valoir des motifs analogues qui *n'étaient pas* visés par la Charte. Si les commissions et les tribunaux y avaient recours, alors la disposition concernant le motif analogue de la LCDP pourrait interdire différentes formes de discrimination. Ces nouveaux motifs pourraient être ajoutés peu à peu à la Charte, ce qui entretiendrait le rapport symbiotique entre les codes statutaires et l'article 15. Autrement, la LCDP ne serait rien de plus qu'un autre article 15, interprété et contrôlé par les tribunaux, mais sans application dans le secteur privé.

Par ailleurs, les femmes, en plus de se préoccuper de la mesure dans laquelle une disposition sur le motif analogue évoluerait en fonction des développements, doivent aussi s'interroger sur l'incidence d'une telle disposition sur les injustices existantes et persistantes. Une disposition sur le motif analogue dans la LCDP ne semble pas avoir beaucoup d'utilité pour les femmes pauvres, du moins pas dans l'immédiat. Si l'état de prestataire d'aide sociale ne constitue par un motif analogue en vertu de la Charte, alors la bataille qu'il faudra livrer pour obtenir la reconnaissance de la pauvreté à titre de motif analogue en vertu de la LCDP sera longue, coûteuse et risquée.

Risque d'un écart inconstitutionnel

Un argument en faveur de l'inclusion d'une disposition sosie dans la LCDP est le fait que la Charte même tend à cette fin. Comme la LCDP ne peut violer la Charte, tout écart entre les garanties prévues par la Charte et celles prévues par la LCDP serait automatiquement inconstitutionnel, et les tribunaux percevraient dans la LCDP le motif absent, comme ce fut le cas du motif de l'orientation sexuelle dans la cause *Vriend c. Alberta* (1998). Comme avec le temps, la LCDP finirait par refléter fidèlement la Charte de toute façon, il est plus logique de le faire immédiatement et d'éviter des litiges coûteux. L'ajout d'une disposition non limitative à la LCDP garantit que l'ajout de tout motif analogue nouveau à la Charte sera

automatiquement intégré à la LCDP, sans qu'il soit nécessaire d'entreprendre des litiges coûteux.

Cet argument a récemment été avancé pour justifier la modification d'une loi provinciale sur les droits de la personne. Dans son rapport de 1994 sur les lois en matière de droits de la personne de la Colombie-Britannique, le professeur Bill Black fait valoir qu'un code des droits de la personne devrait inclure les motifs analogues pour en assurer la conformité à l'article 15 de la Charte (*Report on Human Rights in British Columbia*, 1994 : 163). Il souligne que personne ne peut prévoir avec exactitude les motifs que les tribunaux ajouteront, à titre de motifs analogues, à l'article 15 de la Charte. En se basant sur cette évidence, il pose que :

Le moyen le plus sûr d'éviter un écart anticonstitutionnel dans le Code des droits de la personne est de formuler les termes du Code de façon à ce que les motifs analogues soient reconnus. Le Tribunal des droits de la personne, se fondant sur les jugements rendus par les tribunaux, pourrait alors prêter au Code une interprétation qui sera conforme aux garanties d'égalité stipulées dans la Charte. [*traduction*]

Black recommande que le statut soit formulé exactement dans les mêmes termes afin de « signaler aux tribunaux l'intention d'adopter l'approche inspirée de la Charte ». Dès lors, on peut supposer que lorsque les tribunaux admettront un motif analogue, celui-ci sera intégré du même coup à la LCDP et s'appliquera au secteur privé. Le cas échéant, un fournisseur privé ne pourra plus faire valoir la citoyenneté ou la résidence en dehors d'une réserve pour justifier le traitement différent de sa clientèle. Même si le Parlement tardait à modifier la LCDP en fonction des développements touchant les droits de la personne, à tout le moins, la disposition sur le motif analogue concorderait avec les normes découlant de la Charte.

Pour évaluer le mérite de cet argument, il faut en examiner attentivement les postulats fondamentaux. D'abord, l'argument suppose que l'omission du motif analogue dans un code (ou, dans ce cas, dans la LCDP) est inconstitutionnelle. Or, tel n'est pas systématiquement, ni même souvent, le cas. En fait, il n'y a eu qu'un seul cas dans lequel la Cour suprême a statué que l'omission dans une loi sur les droits de la personne d'un motif analogue — l'orientation sexuelle — violait l'article 15 de la Charte (*Vriend c. Alberta*, 1998). La Cour a explicitement rejeté l'argument voulant que les lois sur les droits de la personne doivent forcément reprendre fidèlement la Charte. « Il faut déterminer individuellement, dans chaque cas, si l'omission [dans un code sur les droits de la personne] est inconstitutionnelle, compte tenu de la nature de l'exclusion, du type de législation et du contexte dans lequel celle-ci est entrée en vigueur » (1998 : ¶ 106). L'inconstitutionnalité n'est pas une détermination mécanique qui se résume simplement à la comparaison des termes d'un statut et de la Charte pour en contrôler la fidélité; elle dépend de nombreux facteurs.

Au moment d'évaluer l'inconstitutionnalité, les tribunaux doivent tenir compte du fait que la Charte vise un contexte d'action gouvernementale, tandis que les lois sur les droits de la personne visent les secteurs privé et public. L'inclusion de nouveaux motifs analogues dans

les codes sur les droits de la personne pourrait avoir des conséquences énormes dans le secteur privé. L'article 1 est à la disposition du gouvernement, mais il n'existe pas à l'heure actuelle de disposition équivalente dans la LCDP. On pourrait penser que si la LCDP contenait une disposition sosie, un article 1 devrait aussi y être intégré, éventuellement une disposition semblable à l'infraction « raisonnable et justifiable » dont fait mention l'article 11.1 de la loi de l'Alberta.

On peut raisonnablement prévoir que les tribunaux seront extrêmement prudents quant à exiger que tout nouveau motif analogue ajouté à l'article 15 le soit également à la LCDP. Le cas échéant, les droits à l'égalité garantis par l'article 15 ne seraient plus limités au secteur public, comme l'a généralement affirmé la Cour dans le cas de la Charte. En fait, toutes les dispositions de l'article 15 s'appliqueraient, par voie de la LCDP, au secteur privé. Bien sûr, le Parlement peut étendre les obligations de chacun envers autrui dans le secteur privé. Cependant, la Cour n'appliquera pas légèrement les normes constitutionnelles aux intervenants privés. De fait, si la LCDP contenait une disposition sosie, les tribunaux seraient peut-être encore plus prudents lorsqu'ils reconnaissent des motifs analogues en vertu de l'article 15, de crainte que ceux-ci ne soient automatiquement transférés au secteur privé.

Affirmation de l'approche du motif illicite

L'existence d'une liste non limitative pourrait confirmer la conviction que l'approche du motif illicite est la meilleure façon de corriger les injustices. Le simple fait qu'une disposition non limitative existe pourrait servir à circonscrire les problèmes d'inégalité dans le langage des motifs illicites. Par exemple, on pourrait faire valoir que le statut d'employée ou d'employé à temps partiel constitue un motif illicite et déposer une plainte à l'effet que le traitement différent que les sociétés commerciales réservent aux travailleuses et aux travailleurs à temps partiel constitue une infraction à la LCDP.

En réalité, le dépôt d'une plainte n'est presque assurément pas le meilleur moyen de corriger les inégalités dont sont victimes les travailleuses et les travailleurs à temps partiel. La modification réglementaire des normes législatives qui régissent le travail serait plus efficace, et beaucoup plus rapide. Dans l'ensemble, le modèle réglementaire comporte bien plus d'avantages que le dépôt d'une plainte en ce qui a trait à la promotion de l'égalité des femmes. Par sa nature même, le modèle réglementaire est un moyen d'imposer des obligations positives aux employeurs et aux fournisseurs de services afin de les inciter à prendre certaines mesures ou à adopter un comportement particulier. Un exemple probant du succès de l'approche réglementaire en matière d'égalité est celui de la norme d'uniformité sur l'accès aux bâtiments. Les permis de construction sont délivrés exclusivement aux entrepreneurs en bâtiment qui respectent les normes d'accessibilité. Quoique la norme ne soit pas générale et qu'elle n'ait pas été parfaitement imposée, elle a eu un effet beaucoup plus rapide et profond sur l'accessibilité aux bâtiments que même la plus efficace des procédures de plainte ne l'aurait fait. Il existe d'autres exemples de modèles réglementaires efficaces, dont la *Loi fédérale sur l'équité en matière d'emploi*, qui contraint tous les grands employeurs réglementés par le gouvernement fédéral à élaborer des plans sur l'équité en

matière d'emploi, et la *Loi sur l'équité salariale* de l'Ontario, qui exige que tous les employeurs respectent les dispositions sur l'équité salariale.

Bien entendu, l'adoption d'une disposition sur le motif analogue n'exclurait pas la création de moyens réglementaires pour lutter contre les injustices systémiques. Cependant, ce qui est inquiétant, c'est qu'une clause non limitative privilégierait cette approche comme moyen d'aborder les injustices alors qu'elle ne le mérite pas. Les moyens réglementaires permettent d'aborder le problème des inégalités attribuables à plusieurs causes. Une limite importante de l'approche du motif illicite est qu'elle exige qu'une intervenante ou un intervenant soit nommé – il faut absolument que la personne qui a eu un comportement discriminatoire soit identifiée. Or, de nombreuses inégalités résultent des actions ou des omissions combinées de nombreux établissements et individus.

L'affirmation de l'approche du motif illicite pourrait servir à exacerber la tendance profondément ancrée des tribunaux et des commissions à diminuer l'importance du phénomène des motifs qui se recourent. Iyer a fait remarquer comment l'approche des motifs énumérés a tendance à obliger les femmes à catégoriser leurs expériences à titre de discrimination raciale, de discrimination sexuelle ou d'une autre forme de discrimination. Cette approche ne permet pas aux femmes qui font l'objet de discrimination simultanée fondée sur plusieurs motifs d'obtenir que leur expérience soit reflétée par la jurisprudence ou par les méthodes d'analyse (Iyer 1993).

On pourrait penser qu'une clause non limitative serait utile aux femmes qui sont victimes d'injustices fondées sur plusieurs motifs. Elles ne seraient pas contraintes de classer leurs expériences dans une seule catégorie, mais pourraient simplement faire valoir qu'elles font l'objet de discrimination. Cependant, l'existence même d'une liste de motifs illicites semble pousser les commissions et les tribunaux à mettre l'accent sur une caractéristique unique, plutôt que sur plusieurs d'entre elles ou sur les conséquences de la combinaison de plusieurs caractéristiques. Ainsi, la Commission du Manitoba et l'expérience de la C.-B. montrent que la clause non limitative n'a jamais été interprétée à cette fin et que l'accent a plutôt été mis sur une caractéristique (singulier) de groupe et non sur des caractéristiques (pluriel).

Déviations des ressources du processus politique

La disponibilité éventuelle de nouveaux motifs en vertu d'une disposition sur le motif analogue pourrait faire dévier du cadre politique les efforts déployés par les femmes pour obtenir une réforme de la politique sociale et économique, cadre dans lequel le succès donne généralement lieu à des changements structuraux et plus profonds. Comparativement, le recours au dépôt d'une plainte, même si le champ d'action est légèrement plus vaste en raison de l'approche du motif analogue, mène habituellement à des changements *ad hoc* à des politiques précises. Avec le temps, le processus de plainte peut avoir un effet systémique, mais il prend systématiquement plus longtemps avant de provoquer un changement général. Il suffit de considérer l'exemple de l'élimination de la discrimination contre les femmes dans les pratiques de recrutement et de promotion. Les lois sur l'équité en matière d'emploi

parviennent à éliminer les injustices beaucoup plus rapidement que même le plus efficace des processus de plainte.

Le pouvoir des assemblées législatives ne se limite pas à l'adoption de modalités réglementaires visant à créer l'égalité. Elles peuvent aussi veiller à ce que la LCDP soit mise à jour. Historiquement, dans l'ensemble, le processus politique s'est avéré plus progressif que les tribunaux. Ainsi, ce ne sont pas les tribunaux qui ont d'abord reconnu l'orientation sexuelle à titre de motif illicite, mais l'Assemblée nationale du Québec, qui a intégré en 1977 l'orientation sexuelle à titre de motif illicite à sa loi sur les droits de la personne (*Charte des droits et libertés de la personne*). Les commissions ont entendu les plaintes concernant l'orientation sexuelle et ont signalé au public l'injustice de cette forme de discrimination. Il ne faut cependant pas en conclure que les assemblées législatives ont toujours mené la marche en ce qui a trait à l'avancement des droits de la personne. Il suffit de se rappeler que le gouvernement de l'Alberta a obstinément refusé d'intégrer l'orientation sexuelle à sa loi sur les droits de la personne. Ces exemples fortement publicisés détournent l'attention du tableau d'ensemble — les changements survenus en matière de droits de la personne ont été amorcés par les assemblées législatives, et non par les tribunaux.

Ces préoccupations reprennent celles avancées par de nombreux groupes de femmes au moment de l'adoption de la Charte en 1982.

L'existence d'une clause non limitative pourrait rendre le Parlement encore moins enclin à apporter des changements à la LCDP. Les législatrices et les législateurs qui ne veulent pas répondre aux demandes provenant de groupes communautaires pourraient bien affirmer que le changement doit émaner du processus judiciaire, du cas d'un groupe qui affirmerait être victime de discrimination fondée sur un motif découlant de la clause non limitative. Le Parlement pourrait réagir aux décisions négatives rendues par les tribunaux (comme il l'a fait dans le cas de la disposition sur la multiplicité des motifs, l'article 3.1 de la LCDP invoqué dans la cause *Mossop*), mais il pourrait être plus réticent à jouer un rôle proactif pour changer l'orientation de l'évolution des lois sur les droits de la personne. Les députées et les députés peuvent se décharger de la responsabilité d'amorcer un changement en invoquant la clause non limitative et en répondant éventuellement aux personnes qu'elles doivent « faire valoir leur argument devant les commissions et les tribunaux ».

Même si le Parlement désire modifier la LCDP ou présenter une nouvelle loi visant à rectifier des inégalités, l'existence d'une disposition sosie dans la LCDP pourrait l'amener à croire que seuls les changements qui sont conformes à l'approche du motif analogue adoptée par les tribunaux sont possibles. Par exemple, on pourrait justifier la décision de ne pas prendre de mesures pour protéger les sans-abri en avançant que ces personnes ne constituent pas un groupe analogue. L'argument serait que ces personnes ne forment pas un des groupes traditionnellement protégés par les lois sur les droits de la personne, y compris l'article 15. Il existe un risque général que plus la LCDP ressemblera à la Charte, moins il sera aisé d'y apporter des interprétations et des modifications progressives. Elle deviendra un Saint-Graal, intouchable et immuable.

Les changements législatifs ne sont jamais faciles. Ils supposent une volonté politique et un vent de changement qu'il faut attiser par de longues campagnes politiques qui font intervenir la sensibilisation publique, les relations avec les médias et la négociation. Lorsqu'une modification est enfin adoptée, souvent avec une opposition forte et articulée, le gouvernement et d'autres intervenantes et intervenants clés ne sont pas toujours bien décidés à faire tout le nécessaire pour en obtenir la pleine exécution. De plus, la nouvelle loi peut tomber en défaveur (comme dans le cas de la disposition sur l'absence de motif justifiable anciennement en vigueur en C.-B.) et finir par être abrogée. De surcroît, on peut considérer que le fait d'affirmer le rôle des assemblées législatives sur le plan de la protection des droits va à l'encontre du principe fondamental des droits de la personne, en l'occurrence la protection des minorités contre le traitement oppressif que leur réservent les majorités. Après tout, les droits sont enchâssés et transcendent les aléas politiques justement pour atténuer l'influence de la politique sur les valeurs fondamentales. Les décisions rendues par les tribunaux peuvent être généralement reconnues et contribuer à la création d'un consensus. Il demeure que ces faits ne diminuent aucunement les deux questions débattues plus haut. D'abord, les assemblées législatives ont contribué plus que les tribunaux à la promotion de la justice sociale et de l'égalité des femmes. Ensuite, l'ajout d'une disposition sur le motif analogue aura des retombées politiques, retombées que les femmes doivent prendre en considération avant de décider si elles vont ou non exercer des pressions pour obtenir l'adoption d'une telle disposition.

Utilisation inefficace des ressources de la Commission

L'ampleur éventuelle de l'ajout d'une disposition s'ajoute à la LCDP sur l'affectation des ressources de la CCDP dépend en grande partie des politiques de la Commission quant aux types de plaintes qu'elle est prête à accepter et à présenter devant un tribunal. Si elle décide de prêter une interprétation large à la disposition et de se détacher des critères limités visant les motifs analogues fixés par la Cour, la CCDP devra consacrer ses ressources à un nombre élevé de plaintes. De plus, les plaintes déposées au titre de la disposition sur le motif analogue ne porteront pas forcément toutes sur des questions touchant l'égalité des femmes. Les ressources seront aussi consacrées à d'autres motifs ou injustices qui ne touchent pas directement les femmes ou qui sont dans l'intérêt de groupes sociaux plus avantagés. De plus, il faudra certainement consacrer des ressources aux litiges car, dans le cas de questions importantes, le nouveau motif découlant de la disposition non limitative ira finalement jusqu'à la Cour suprême. Au bout du compte, les ressources consacrées aux inégalités existantes qui ont toujours été abordées par la LCDP, comme le harcèlement sexuel en milieu de travail et la discrimination fondée sur la grossesse, seront moindres.

Il ne suffit pas, pour parer à cette difficulté, d'affirmer que le budget de la Commission doit être augmenté. Les ressources de la CCDP seront toujours limitées et la procédure de plaintes croîtra toujours pour absorber les ressources disponibles. Chaque commission décide de ses priorités quant au traitement des plaintes. Une disposition sur le motif analogue absorbera une partie des ressources de la Commission. Pour les femmes, il s'agit de savoir si la dépense justifie les issues.

Le problème de l'éparpillement des ressources et de la création possible de nombreux litiges est énormément aggravé si la CCDP perd son pouvoir exclusif de renvoi des plaintes à un tribunal. La Commission du Manitoba parvient à maîtriser étroitement les conséquences de l'existence d'une disposition non limitative parce qu'elle contrôle la protection des droits enchâssés dans le code provincial. Advenant la modification de cet aspect du pouvoir de la CCDP, la clause non limitative risque alors d'avoir une foule de conséquences incertaines et négatives. Une clause non limitative, dans les mains d'un tribunal ou d'un juge non conformiste, qu'il soit affilié à la gauche ou à la droite du spectre politique, pourrait soulever une controverse politique énorme et entraîner des litiges coûteux. Les groupes de femmes pourraient se retrouver devant les tribunaux pour opposer des interprétations régressives de la disposition non limitative de la LCDP, tout comme ils le sont actuellement pour défendre les lois et les politiques en vigueur remises en question par les contestations soulevées contre la Charte. Même si la CCDP continue de garder l'accès au processus de plainte, il demeure que ses décisions concernant la clause non limitative feraient l'objet d'une révision judiciaire.

Une clause non limitative, doublée de l'élimination du rôle de gardien de la CCDP, produirait une incertitude considérable au niveau des lois sur les droits de la personne. Il est difficile d'imaginer que les entreprises et les employeurs verraient favorablement une telle incertitude. De surcroît, plus l'incertitude concernant la portée de la LCDP est profonde, plus il est probable que la *Loi* sera opposée.

Un des messages symboliques de la disposition non limitative est que les motifs non énumérés sont aussi graves que les motifs illicites. La LCDP et l'article 15 signifient implicitement que les motifs illicites sont à l'origine d'autant de mal, et du même mal, que les motifs non énumérés. Une clause limitative ferait donc aussi savoir que les autres motifs non énumérés sont d'égale importance. Bien que cela puisse être faux, la Commission pourrait difficilement justifier de ne pas consacrer de ressources à ces motifs.

Risque que les dispositions législatives finissent par ressembler trop à la Constitution

Si la LCDP reprenait les termes de l'article 15, les commissions et les tribunaux, de même que le Parlement, pourraient décider de définir la discrimination de la même façon que les tribunaux de droit commun l'ont fait en vertu de la Charte. On constate déjà que la définition de la discrimination, au sens de la Charte, commence à dominer l'interprétation judiciaire des codes statutaires. Ainsi, de nombreux tribunaux citent et appliquent régulièrement la définition de la discrimination établie dans la cause *Andrews*. Si les termes de la LCDP reprennent fidèlement ceux de la Charte, cette tendance malheureuse serait exacerbée.

Pourquoi cette tendance serait-elle malheureuse? Parce que les commissions et le Parlement ne sont pas astreints à la théorie ou aux précédents pour cerner un problème ou sa solution. Ils ne sont pas contraints d'établir leur définition de la discrimination ou de l'injustice en fonction d'un modèle d'égalité établi au préalable (l'approche de la discrimination) ou d'un précédent. Ils peuvent innover. Ils peuvent définir les inégalités, par exemple, comme n'exigeant pas de comparaison; ils peuvent définir l'oppression ou les mauvais traitements, ou l'exclusion, même en l'absence d'un groupe comparatif (comme dans le cas de la

discrimination fondée sur la grossesse). Ils peuvent intervenir dans les cas d'injustice systémique comme ils se présentent dans une société post-industrielle complexe. Par contre, en vertu de la Charte, les tribunaux entendent des allégations, non d'injustice, mais d'inconstitutionnalité, et leurs décisions doivent tenir compte des précédents et de la tradition. Par conséquent, si la LCDP reflète fidèlement la Charte, il y a risque que les tribunaux et les législatrices et les législateurs pensent qu'ils tranchent uniquement sur un autre type de droit garanti par la Charte et ils pourraient donc détester avoir à prendre les mesures innovatrices nécessaires pour affirmer la justice sociale.

Si la LCDP reflète fidèlement la Charte, l'imposition de la *Loi* à titre de document quasi constitutionnel pourrait progresser. La LCDP serait alors plus imperméable aux changements législatifs et ferait l'objet d'un contrôle et d'une interprétation judiciaire plus rigoureux. Pour l'instant, la LCDP est quasi constitutionnelle parce qu'elle proclame des valeurs fondamentales et astreint le gouvernement à sa fonction de législateur, mais elle n'est pas réellement de valeur constitutionnelle parce qu'elle peut être modifiée selon la procédure usuelle. Si la LCDP vient à être considérée davantage comme la Charte, elle relèvera alors davantage du contrôle des juges, et non des commissions et des parlementaires.

Le fait d'affirmer qu'il serait bon que la LCDP ressemble davantage à la Charte dépend de l'opinion de chacun quant aux bienfaits qui ont découlé de la Charte pour la cause de l'égalité des femmes. À tout le moins, les résultats sont inégaux. Day et Brodsky (1989) ont conclu qu'entre 1985 et 1989, chaque progrès associé à la Charte a entraîné un recul pour les femmes. Manifestement, la défense des lois et des politiques bénéfiques découlant des contestations fondées sur la Charte, comme les dispositions sur la protection des victimes de viol qui ont été intégrées au *Code criminel*, a exigé beaucoup d'énergie et n'a pas toujours porté fruit (Razack 1991 : 109-120).

Dans une perspective plus générale, le fait de modifier la LCDP pour qu'elle soit identique à l'article 15 enchâsse la vision particulière découlant de la Charte dans le droit canadien. Comme le fait valoir Bakan (1997 : 45-62), l'article 15 ne peut répondre adéquatement aux injustices sociales et économiques en raison de la structure et de l'idéologie intrinsèques des droits libéraux. Par exemple, les droits ont une orientation négative : ils imposent aux acteurs — gouvernements ou autres — ce qu'ils ne peuvent faire. De plus, ils ont une structure dyadique. Ils font intervenir deux acteurs — la partie plaignante et la partie intimée — ce qui exclut les relations multipartites et les processus en cours auxquels participent de nombreux particuliers et organisations. Quoique la LCDP soit essentiellement un document libéral, il n'est pas justifié d'entreprendre d'en affirmer les aspects libéraux si les avantages résultant ne sont pas évidents.

Seuls les tribunaux de droit peuvent ajouter des motifs analogues à la Charte. Si les tribunaux et les commissions spécialisés s'en remettent aux motifs analogues découlant de la Charte, cela signifie qu'ils s'en remettent aux tribunaux de droit commun et aux interprétations judiciaires de la notion d'égalité. Or, l'histoire a montré qu'en général, les juges ne sont pas progressifs quant à leur compréhension des droits et à leur sensibilité aux problèmes d'égalité. D'ailleurs, comme on l'a déjà signalé dans le présent rapport, c'est le manque de

sensibilité de l'appareil judiciaire qui a justifié la création de commissions et de tribunaux spécialisés. Même si l'entrée en vigueur de la Charte en 1982 a éventuellement modifié la façon dont les tribunaux abordent les droits de la personne, rien ne montre que les juges sont désormais plus sensibles aux inégalités. Le fait que certains juges se considèrent comme des gardiens des droits est le message qui est ressorti de la cause *Cooper* et du contrôle étroit que les juges ont décidé d'exercer sur les commissions et les tribunaux spécialisés (*Cooper c. Canada* 1996). En revanche, rien n'indique que les juges ont aujourd'hui un *meilleur* entendement des injustices, ce qui convaincrerait les femmes de s'en remettre davantage aux juges, et non aux législatrices, aux législateurs et aux administrateurs.

4. ÉTUDE DE CAS : L'INÉGALITÉ DUE À LA PAUVRETÉ

Reprenons maintenant les arguments susmentionnés dans le contexte des injustices que vivent les femmes pauvres. Est-ce qu'une disposition sur les motifs analogues aiderait ces femmes à lutter contre la discrimination? Dans un premier temps, ces dernières devraient montrer que l'inégalité dont elles font l'objet relève du domaine fédéral et est admissible, au moins *prima facie*, au titre de la LCDP. À ce stade, il faut être précis quant au problème particulier que la LCDP doit régler. S'agit-il de l'impossibilité d'obtenir des services bancaires? S'agit-il d'un salaire minimum insuffisant? Admettons qu'il s'agisse de ce second cas, puisqu'une contestation ferait alors intervenir une loi fédérale et semble donc, du moins de prime abord, éliminer les problèmes complexes qui surgissent dans le secteur privé. Certaines femmes pauvres gagnent un salaire minimum en travaillant dans des entreprises réglementées par le gouvernement fédéral. Le salaire qu'elles gagnent est si bas qu'elles doivent travailler à plusieurs endroits, avoir recours aux banques d'alimentation et, si possible, compter sur d'autres moyens pour parvenir à se nourrir et à se loger avec leurs familles. Ces femmes pourraient-elles avoir recours à la nouvelle LCDP, stipulant une disposition concernant les motifs analogues, pour contester le salaire minimum faible qu'elles gagnent? Comme la contestation touche une loi fédérale, et non les actions d'une société privée comme une banque, elle pourrait aussi être présentée en vertu de l'article 15 de la Charte. L'avantage découlant de la disposition concernant les motifs analogues de la LCDP est que les femmes pourraient déposer une plainte auprès de la CCDP sans avoir à assumer directement le coût élevé d'une action en justice. Une fois que la Commission accepte une plainte, elle assume le coût de la procédure, ce qui représente un avantage considérable pour les femmes pauvres.

Les femmes doivent convaincre la CCDP que toutes les personnes qui gagnent le salaire minimum imposé par le gouvernement fédéral forment un groupe analogue. Alternativement, elles pourraient faire valoir que toutes les personnes pauvres forment un groupe analogue. Si la Commission admet l'un ou l'autre de ces arguments, elle devra convaincre un tribunal que le salaire minimum bas constitue une discrimination fondée sur un motif visé par la clause non limitative de la LCDP. Si cette clause est interprétée comme exigeant les mêmes critères de motifs analogues établis par l'article 15, la Commission aura bien des obstacles à surmonter. Logiquement, si les prestataires d'aide sociale ne sont pas suffisamment homogènes pour constituer un groupe analogue, les personnes rémunérées au salaire minimum ne le sont pas non plus.

Lorsque la pauvreté est présentée comme un motif analogue, cela crée le problème qu'elle devient alors une caractéristique personnelle, puisqu'il s'agit là de l'élément déterminant d'un motif analogue. Cette association contribue à affirmer que la pauvreté est une condition intrinsèque, propre à l'individu et non attribuable à des circonstances économiques et structurelles.

En admettant que le problème de la conformité aux critères associés à la clause non limitative est éliminé, le tribunal doit alors admettre que le salaire minimum constitue une discrimination. Il ne fait aucun doute que le salaire minimum ne permet pas aux gens de

mener une vie décente et digne. Cela suffit-il à prouver qu'il y a discrimination? Quel groupe conviendrait à des fins de comparaison? Le cas échéant, quel groupe serait retenu à ces fins de comparaison? Les personnes qui gagnent le salaire minimum fixé par les provinces? Un autre groupe?

Si les femmes surmontent ces difficultés et prouvent qu'elles sont victimes de discrimination, la réparation qu'elles demandent serait l'augmentation du salaire minimum. Toutefois, en vertu de l'article 15, les tribunaux n'ont pas imposé aux gouvernements l'obligation positive d'établir l'égalité, avec l'exception éventuelle de la cause *Eldridge*, dans laquelle le coût de l'égalité était très bas (*Eldridge c. B.C. (Attorney General)* 1997). Le problème ne s'arrête pas là. Le coût ne serait pas imputé strictement aux contribuables, comme dans *Eldridge*, mais aussi aux entreprises réglementées par le gouvernement fédéral qui seraient alors contraintes d'augmenter le salaire minimum. Compte tenu du fait que même dans des circonstances idéales (*Masse*), les tribunaux détestent intervenir dans la politique économique, il est peu probable qu'ils ordonneraient au gouvernement fédéral d'augmenter le salaire minimum alors que tel ordre toucherait des milliers de sociétés et d'entreprises dans tout le pays. La viabilité de l'augmentation du salaire minimum est une décision économique que les tribunaux laisseraient au soin des législatrices et des législateurs.

Nous ne voyons pas comment l'ajout d'une disposition concernant les motifs analogues parviendrait à éliminer la soumission traditionnelle des tribunaux aux législatrices et aux législateurs en ce qui a trait aux questions économiques. Les femmes pourraient peut-être déposer une plainte, mais la probabilité qu'elles obtiennent gain de cause est minime. Il faut se demander si le temps et l'énergie de la CCDP seraient judicieusement dépensés, compte tenu de la faible probabilité d'une victoire.

Cette analyse sommaire est incomplète et éventuellement trop négative. En revanche, elle se veut un moyen de démontrer que l'ajout à la LCDP d'une disposition concernant les motifs analogues n'est pas la solution miracle à tous les problèmes sociaux. N'importe quelle approche fondée sur un motif illicite est d'une utilité limitée pour aborder les problèmes systémiques et, lorsqu'un problème est attribuable à des inégalités économiques, une clause limitative ne fera pas grand-chose pour changer la situation.

5. CONCLUSION

Le présent rapport aboutit à la conclusion suivante : dans l'ensemble, l'ajout d'une clause non limitative à la LCDP comporte peu d'avantages, mais des risques importants, par exemple celui d'éparpiller les ressources et l'énergie et d'affirmer encore plus le pouvoir des tribunaux et leur perspective en matière d'égalité. Toutefois, supposons que les risques et les dangers ont été grossièrement exagérés et qu'en fait, les avantages sont supérieurs aux risques. La conclusion serait que les avantages ne sont pas suffisants pour justifier que les groupes de femmes exercent des pressions pour obtenir l'ajout d'une clause non limitative. D'autres changements nettement plus fondamentaux, comme l'adoption d'une approche réglementaire pour parer à certaines inégalités et la réforme de la procédure de dépôt des plaintes, auraient une incidence plus profonde sur la vie des femmes.

La question sur laquelle est fondée la recherche présentée dans ce rapport peut sembler élémentaire et évidente. Toutefois, si cette question a été retenue, c'est justement parce qu'elle démontre l'énormité potentielle des conséquences qu'un changement relativement anodin — l'ajout de quelques mots qui figurent déjà dans la Charte — pourrait avoir sur la pratique des droits de la personne, pas seulement sur la loi. L'accent d'une révision législative devrait être mis sur l'exécution d'un changement dans le contexte de la pratique quotidienne de la concrétisation des valeurs fondamentales qui sous-tendent les droits de la personne et sur son utilité comme moyen d'améliorer la vie quotidienne des femmes. Autrement, on risque de reproduire ce que la Charte signifie aujourd'hui pour la plupart des femmes, des mots ronflants qui ne sont, en dépit de ce qu'ils promettent, que des mots.

BIBLIOGRAPHIE

Statuts

Alberta :

Alberta Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, RSA 1980, ch. H-11.7, tel que modifiée.

Colombie-Britannique :

The Human Rights Code of British Columbia (1973), S.B.C. 1973 (2^e session), ch. 119.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22.

Canada :

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, H-6, telle que modifiée.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, ch. 11.

Loi constitutionnelle de 1982, soit l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, ch. 11.

Loi sur l'équité en matière d'emploi, S.C. 1995, ch. 44.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1970, ch. I-6.

Manitoba :

Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, ch. 65, telle que modifiée par le S.M. 1976, ch. 48.

Code des droits de la personne, L.R.M. 1987, ch. H175.

Ontario :

Loi sur l'équité salariale, L.R.O. 1990, ch. P.7, telle que modifiée.

Québec :

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

Jurisprudence

Action Travail des Femmes c. C.N.R. (sub. nom. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*), [1987] 1 R.C.S. 1114.

Alcorn c. Canada (Commissaire du Service correctionnel), [1999] F.C.J. No. 330 (T.D.).

Andrews c. Law Society of B.C., [1989] 1 R.C.S. 143.

Bhadauria c. Seneca College, [1981] 2 R.C.S. 181.

Corbière c. Canada (1999), 173 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.).

Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1996] 3 R.C.S. 854.

Dunmore c. Ontario (A.-G.) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193 (Ont. Ct. Gen. Div.); confirmé [1999] O.J. No. 1104 (Ont. C.A.); appelé [1999] S.C.C.A. No. 196 (S.C.C.) Décision attendue.

Egan c. Canada (1995), 124 D.L.R. (4th) 609.

Eldridge c. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 R.C.S. 624.

Federated Anti-Poverty Groups of B.C. c. B.C. (A.-G.) (1991), 70 B.C.L.R. (2d) (B.C.S.C.)

Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun, [1979] 2 R.C.S. 435.

Gould c. Yukon Order of Pioneers, [1996] 1 R.C.S. 571.

Heerspink c. I.C.B.C. (1983), 137 D.L.R. (3d) 219 (S.C.C.).

Janzen c. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252.

Jefferson c. Baldwin et B.C. Ferries, non rapporté, 29 septembre 1976 (Bd. Inq.).

Lopetrone, Bilga et Guarascio c. George Harrison et Juan de Fuca Hospital Society, non rapporté, 6 février 1976 (Bd. Inq.).

Masse c. Ontario (ministère des Services sociaux et communautaires) (1996), 134 D.L.R. (4th) 20 (Cour div. Ont.); autorisation d'appel refusée [1996] O.J. n° 1526 (Cour d'appel Ont.); autorisation d'appel rejetée [1996] S.C.C.A. No. 373 (S.C.C.).

Miron c. Trudel (1995) 124 D.L.R. (4th) 693 (S.C.C.).

Mossop c. Canada (Procureur général) [1993] 1 R.C.S. 554.

Oram et McLaren c. Pho, non rapporté, 8 août 1975 (Bd. Inq.).

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne), [1992] 2 R.C.S. 321.

Énoncés de politique et rapports officiels des gouvernements

Colombie-Britannique :

Annual Reports, Victoria, Human Rights Commission of B.C., 1979, 1980.

Black. « 'Reasonable Cause' in Human Rights Legislation », *Labour Research Bulletin*, février 1981, p. 12-17.

Official Report of Debates of the Legislative Assembly of British Columbia (Hansard), 2^e sess., 33^e Parlement, Victoria, Queen's Printer, 1984-1985, vol. 9.

Recommendations for Changes to the Human Rights Code of British Columbia, Victoria, Human Rights Commission of B.C., 1981.

Report on Human Rights in British Columbia (rapport Black), Victoria, Minister Responsible for Multiculturalism and Human Rights, 1994.

Manitoba :

Commission des droits de la personne du Manitoba, « Unspecified Grounds of Discrimination », 1987.

Rapports annuels, Winnipeg, Commission des droits de la personne du Manitoba, 1987-1997.

Monographies

Bakan, Joel. *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.

Day, Shelagh et Gwen Brodsky. *La Charte canadienne et les droits des femmes : progrès ou recul?*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989.

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada* (2^e éd.), Toronto, Carswell, 1985.

Razack, Sherene. *Canadian Feminism and the Law*, Toronto, Second Story Press, 1991.

Articles

Handman, Suzanne et Karen Jensen. « Pay Equity in Canada: An Overview », 7 C. L. E. L. J. 65-90, 1999.

Iyer, Nitya. « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity », *Queen's Law Journal*, n^o 8, p. 179-207, 1993.

Witelson, Tamar. « Retort: Revisiting Bhadauria and the Supreme Court's Rejection of a Tort of Discrimination », *National Journal of Constitutional Law*, n°10, p. 149-188, 1999.

ANNEXE A : DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES CHOISIES

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les incapacités mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs incapacités mentales ou physiques.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable ou juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

35. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

ANNEXE B : FORMULATIONS POSSIBLES DE LA LCDP

Disposition actuelle de la LCDP

3.(1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicites sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

Un exemple de disposition fondamentale suit.

5. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public :

- (a) d'en priver un individu;
- (b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

Option faisant état d'un motif non justifiable

L'option suivante est basée sur la loi anciennement en vigueur en Colombie-Britannique.

5.(1) Constitue un acte discriminatoire, le fait, s'il est fondé sur un motif de distinction ou de refus non justifiable, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public :

- (a) d'en priver un individu;
- (b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée, pour toute personne ou catégorie de personnes, ne constituent pas un motif justifiable.

Option faisant état de l'affiliation à un groupe

L'option suivante est basée sur les lois en vigueur au Manitoba.

3.(1) Pour l'application de la présente loi, « discrimination » signifie :

- (a) le fait de réserver à une personne un traitement différent à cause de son affiliation ou association réelle ou présumée avec une catégorie ou un groupe de personnes, plutôt qu'en raison de son mérite personnel;

- (b) le fait de réserver à une personne ou à un groupe un traitement différent à cause de l'une des caractéristiques énumérées au paragraphe (2);
- (c) le fait de réserver à une personne ou à un groupe un traitement différent à cause de l'association réelle ou présumée de cette personne ou de ce groupe à une autre personne ou à un autre groupe dont l'identité ou l'affiliation est déterminée par une des caractéristiques énumérées au paragraphe (2);
- (d) le fait de manquer à l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour accommoder les besoins particuliers d'une personne ou d'un groupe, si ces besoins particuliers sont basés sur l'une des caractéristiques énumérées au paragraphe (2).

3.(2) Les caractéristiques reconnues pour l'application des dispositions (1)b) à d) sont la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience et l'état de personne graciée.

5.(1) Il est interdit à quiconque, dans la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, de discriminer ou :

- (a) d'en priver un individu;
- (b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture,

à moins que la discrimination, le refus ou la distinction soit fondé sur un motif justifiable.

Approche fondée sur un motif analogue

Proposition 1 – Inclure la liste des motifs de distinction illicites dans une disposition distincte, qui inclurait désormais une clause non limitative, et modifier les dispositions fondamentales en conséquence.

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de discrimination énumérés sont la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience et l'état de personne graciée.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

5. Constitue un acte discriminatoire, particulièrement s'il est fondé sur un motif de distinction énuméré, le fait, pour le fournisseur de réserver un traitement différent dans la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public.

Proposition 2 – Reprendre les motifs énumérés et analogues dans chaque disposition.

Supprimer l'article 3.

5. Tous les individus ont droit à un traitement égal dans la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, sans discrimination, et particulièrement sans discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience et l'état de personne graciée.

ANNEXE C : L'EXPÉRIENCE DE LA C.-B. TOUCHANT UNE CLAUSE DE MOTIF NON JUSTIFIABLE

Dispositions statutaires

Le code des droits de la personne de la Colombie-Britannique, intitulé *The Human Rights Code of British Columbia (1973)*, adopté en 1974 et abrogé en 1984, interdisait dans les domaines d'activité usuels la discrimination fondée sur les motifs énumérés dans une liste limitative. De plus, il interdisait la discrimination non fondée sur un motif justifiable dans trois domaines précis :

- les installations, les services et les moyens d'hébergement destinés au public (art. 3);
- l'emploi (art. 8);
- l'affiliation à un syndicat ou à une association professionnelle (art. 9).

Les termes de l'article 3 sont caractéristiques de ceux des trois articles.

3. (1) Il est interdit à quiconque :

- (a) de priver une personne ou une catégorie de personnes des moyens d'hébergement, des services ou des installations destinés au public;
- (b) de défavoriser une personne ou une catégorie de personnes dans la fourniture de moyens d'hébergement, de services ou d'installations destinés au public, à moins que la distinction ou le refus ne soit fondé sur un motif justifiable.

(2) Pour l'application du paragraphe (1),

- (a) la race, la religion, la couleur, l'ascendance ou le lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes ne constitue pas un motif justifiable;
- (b) le sexe d'une personne ne constitue pas un motif justifiable à moins qu'il ne s'agisse de protéger les convenances publiques ou de suspendre les primes ou prestations versées au titre de contrats d'assurance.

Les particuliers pouvaient donc déposer une plainte auprès de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique s'ils jugeaient avoir fait l'objet d'une distinction non fondée sur un motif justifiable. Ils n'étaient tenus de prouver qu'un des deux fondements de la discrimination non fondée sur un motif justifiable. Primo, aucun des motifs illicites ne pouvait constituer un motif justifiable. À cet égard, le code de 1973 était identique à tous les autres statuts anti-discriminatoires en vigueur à l'époque. Secundo, tout facteur qui justifiait le refus de services, d'emploi ou d'affiliation constituait une discrimination à moins que l'utilisation du facteur puisse être justifiée. L'absence d'un motif justifiable suffisait à prouver la discrimination. À cet égard, le code de 1973 était unique.

Plaintes déposées au titre des dispositions concernant l'absence de motif justifiable

Les rapports annuels de 1979 et de 1980 de la Commission font état des statistiques suivantes concernant les plaintes déposées au titre des dispositions sur l'absence de motif justifiable.

- Les plaintes fondées sur ces dispositions se rangeaient à la troisième place du classement en ordre de nombre, après les plaintes fondées sur le sexe et la race ou la couleur.
- Le cinquième de toutes les plaintes étaient fondées sur l'absence de motif justifiable : soit, en 1979, 152 des 737 plaintes traitées et, en 1980, 185 des 828 plaintes traitées. Ces chiffres tiennent compte à la fois des cas nouveaux et de ceux entamés l'année précédente et reportés.
- En 1980, les 123 nouvelles plaintes fondées sur l'absence de motif justifiable comprenaient près de 40 cas de discrimination fondée sur la grossesse, dont environ 20 incluaient une incapacité, 15 cas de mise à la retraite obligatoire, neuf cas de discrimination fondée sur l'âge et environ 15 cas faisant intervenir un état médical. Vingt autres plaintes portaient sur des motifs comme la taille, la source de revenu, la situation de famille, une accusation ou une condamnation au criminel, l'orientation sexuelle, la résidence, la situation financière et la scolarité exigée.

Le nombre relativement élevé de plaintes est peut-être attribuable à la liste très courte de motifs illicites stipulés dans le code de 1973, qui s'est considérablement allongée depuis. Environ 100 des 123 nouvelles plaintes déposées en 1980 pourraient maintenant être déposées en vertu d'un motif illicite.

La Commission a renvoyé à des comités d'enquête un certain nombre de plaintes fondées sur l'absence de motif justifiable. Entre 1975 et 1980, 18 comités d'enquête ont été formés pour régler les plaintes découlant de cette disposition générale. En moyenne, trois plaintes étaient renvoyées aux comités chaque année, avec un maximum de six en 1975 et aucune en 1977.

Entre 1975 et 1980, les comités d'enquête ont abordé de nombreuses questions différentes au regard de la disposition sur l'absence de motif justifiable. Quatre des 18 enquêtes ont porté sur une incapacité ou un état physique, tandis que l'état matrimonial et le sexe ont respectivement fait l'objet de trois enquêtes. Les huit autres enquêtes ont porté sur des motifs divers, y compris l'âge, la condamnation au criminel, l'orientation sexuelle et la citoyenneté.

Les comités d'enquête ont abordé les plaintes en fonction de chacun des trois articles existants du Code. Neuf plaintes portaient sur des services ou installations destinés au public, 10 sur l'emploi et deux sur l'affiliation à une association professionnelle.

Interprétation de la disposition sur l'absence de motif justifiable

Au cours de la décennie pendant laquelle la disposition a été en vigueur, l'interprétation de l'absence de motif justifiable, d'abord très générale, s'est graduellement spécifiée. Dans les premiers cas qui ont fait jurisprudence, la disposition était traitée comme une invitation à évaluer le caractère raisonnable de n'importe quel type de distinction faite par un employeur ou un fournisseur de services. La clause faisait un peu office de contrôle de l'équité. Par conséquent, les premières décisions rendues par les comités interprétaient de façon expansive les types de situations protégés par les termes du statut. Par exemple, dans la décision *Oram et MacLaren* rendue en 1975, le comité a affirmé que la présentation d'une personne ne constituait pas, pour un bar, un motif qui pouvait justifier le refus de servir. Dans la décision *Lopetrone* rendue en 1976, le comité a jugé qu'une société hospitalière avait agi sans motif justifiable en omettant de prendre en considération les antécédents de travail des candidates et des candidats lorsqu'elle a refusé de les engager.

Toutefois, cette approche n'a pas été employée pendant longtemps. Dès la cause *Jefferson c. Baldwin et B.C. Ferries* (1976), les comités ont choisi une approche de « catégories » en demandant si la discrimination était fondée sur une caractéristique de groupe que possédait la plaignante ou le plaignant. Dans l'affaire *Jefferson*, un employé affirmait avoir été victime de discrimination parce qu'il était atteint d'une incapacité et le comité a affirmé que la déficience physique était incluse dans la disposition concernant l'absence de motif justifiable. Alors que les comités appliquaient l'approche de « catégories », la ressemblance entre la caractéristique de la plaignante ou du plaignant et celles associées aux motifs énumérés a pris de l'importance. Ainsi, à mesure que l'approche évoluait, elle ressemblait de plus en plus à l'approche du motif analogue que la Cour suprême finirait par adopter en 1989 pour trancher les contestations soulevées au titre de l'article 15.

L'évolution de l'approche a rétréci l'interprétation faite de l'absence de motif justifiable et les comités d'enquête reconnaissaient des types de motifs moins inhabituels. Toutefois, la portée de la disposition concernant l'absence de motif justifiable demeurait plus expansive que les stipulations figurant dans les codes des droits de la personne contenant des listes limitatives.

Une forte proportion des décisions rendues par les comités a été passée en revue par les tribunaux et les résultats ont été partagés. Deux décisions ont été renvoyées à la Cour suprême du Canada. Dans la première, *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun* (1979), la Cour a adopté une interprétation extrêmement limitée de la portée du Code, affirmant qu'un journal pouvait refuser de publier une annonce uniquement parce que le contenu était « favorable aux personnes gaies ». Quatre ans plus tard, dans l'affaire *Heerspink c. I.C.B.C.* (1983), la Cour a confirmé la décision du comité qui avait jugé qu'il y avait absence de motif justifiable lorsqu'un assureur avait refusé d'accorder une protection à une personne inculpée d'une infraction criminelle. Ce faisant, la Cour a affirmé, pour la première fois, l'importance fondamentale des lois sur les droits de la personne. La disposition sur l'absence de motif justifiable, en suscitant un nombre important de plaintes et de litiges, a

bel et bien contribué à donner de l'importance aux questions touchant les droits de la personne.

Évaluations contemporaines de la disposition concernant l'absence de motif justifiable

Après un certain nombre d'années d'expérience, les parties intéressées, y compris la Commission, se sont mises à évaluer les forces et les faiblesses de l'approche de l'absence de motif justifiable. En février 1981, le professeur Bill Black a préparé un document d'information sur le développement de la disposition concernant le motif justifiable à l'intention du ministre du Travail de la C.-B. qui voulait s'y référer lors d'une réunion fédérale-provinciale sur les droits de la personne. Dans cette étude, intitulée *Reasonable Cause in Human Rights Legislation*, Bill Black résumait les avantages et les inconvénients de cette approche. Au chapitre des avantages, il mentionnait la souplesse que représentait la possibilité d'étendre la protection à des nouveaux motifs de distinction, y compris les motifs qui assuraient la conformité avec la convention internationale. De plus, les nouveaux motifs se trouvaient à être considérés dans le contexte des circonstances de cas réels, ce qui permettait de peser plus judicieusement les motifs qui devaient être protégés dans des situations pratiques, ce qui mènerait à des modifications législatives plus appropriées, au moment où elles seraient faites.

Au chapitre des inconvénients, Bill Black s'attardait à l'incertitude entourant l'interprétation future du Code. D'une part, l'interprétation du Code pouvait être si générale qu'elle pouvait tendre à usurper, dans une grande mesure, le champ visé par les lois sur le travail tandis que d'autre part, l'interprétation pouvait être si étroite qu'elle devenait pratiquement inutile comme moyen de lutter contre la discrimination. De surcroît, les termes « absence de motif justifiable » ne guidaient pas suffisamment les particuliers au sujet de leurs obligations en vertu du Code. Black suggérait que les inconvénients pouvaient être écartés ou atténués par une rédaction attentive et par la prise de mesures administratives appropriées.

En 1980, la Commission a entrepris de réviser le Code. En juin 1981, elle a publié ses conclusions : elle proposait des changements visant à élargir la portée du Code et à lui céder des pouvoirs plus efficaces (*Recommendations for Changes to the Human Rights Code of British Columbia*). Plusieurs des recommandations de la Commission portaient sur la disposition concernant l'absence de motif justifiable.

Premièrement, la Commission recommandait l'ajout de deux nouveaux motifs : l'orientation sexuelle et la déficience physique ou mentale. Quoique ces deux motifs étaient auparavant visés par la disposition concernant l'absence de motif justifiable, la Commission suggérait que les droits à l'égalité seraient mieux protégés si ces motifs étaient cités dans le Code. Elle recommandait aussi que la disposition concernant l'absence de motif justifiable soit ajoutée aux articles portant sur la location ou l'achat d'une propriété.

Deuxièmement, la Commission a fait valoir que la disposition concernant l'absence de motif justifiable, en dépit de son utilité, n'informait pas les employeurs ou le public de leurs obligations. Elle recommandait donc qu'on lui accorde le pouvoir d'adopter des lignes

directrices susceptibles d'exécution forcée qui décriraient en termes précis les comportements interdits par le Code et auxquelles les comités d'enquête seraient astreints.

Malheureusement, l'exposé de ces propositions dans le rapport ne faisait qu'une allusion sommaire à la prise en considération des expériences associées à l'exécution, sans indication concernant la nature précise de l'expérience.

Abrogation de la disposition concernant l'absence de motif justifiable

Cependant, la disposition concernant l'absence de motif justifiable n'était pas bien vue par d'autres. Par conséquent, en 1983, le gouvernement de la C.-B. a pris hâtivement les mesures nécessaires pour dissoudre la Commission et pour présenter une nouvelle loi qui remplacerait les dispositions non limitatives en vigueur par une liste définitive. Le projet de loi 27 a été abandonné peu après avoir été déposé, mais il a été présenté de nouveau, comme projet de loi 11, et adopté l'année suivante.

Le gouvernement a donné plusieurs raisons pour justifier l'abrogation du Code. La notion qu'il avait supprimé la Commission au titre des mesures prises pour réaliser des économies a été rejetée par l'opposition, qui l'a qualifiée de ruse. On a fait remarquer que dans le budget général du gouvernement en 1983, les dépenses avaient en fait augmenté de 16 p. 100 et que la Commission consacrait 1,25 million de dollars de son budget total de 8,6 milliards de dollars aux programmes portant sur les droits de la personne (*Hansard* (anglais), 2^e sess., 33^e Parlement, vol. 9, pp. 4392-93).

Ce qui est plus pertinent dans le contexte du présent rapport, c'est que le gouvernement a déclaré que l'incertitude concernant la portée et la signification de la loi justifiait l'abrogation du Code et de sa disposition sur l'absence de motif justifiable. Lorsqu'il a présenté le projet de loi 11 en deuxième lecture, l'honorable Robert McClelland, ministre du Travail, a déclaré :

De plus en plus en vertu des règles en vigueur, des motifs de distinction plus impossibles étaient définis. La signification de la discrimination devenait de plus en plus nébuleuse. Comment la société peut-elle intervenir dans les cas réellement nocifs de discrimination sur le plan de l'emploi, de l'affiliation ou de l'accès aux installations et aux services lorsque les particuliers ont tant de difficulté à saisir ce que le terme discrimination signifie? Toute l'idée des droits de la personne et de la discrimination a fini par être diluée, jusqu'au point où elle englobe aujourd'hui absolument tout, depuis les plaintes les plus anodines aux violations les plus graves de la dignité humaine. Qui peut définir ce qu'est la discrimination dans des circonstances pareilles? Et si nous ignorons ce qu'est la discrimination, Monsieur le Président, comment pouvons-nous espérer aller de l'avant pour l'éliminer en adoptant des lois ou par d'autres moyens? (Voir *Hansard* (anglais), 2^e sess., 33^e Parlement, vol. 9, p. 4373, 12 avril 1984.)

À l'assemblée législative, l'Opposition a posé que le gouvernement avait choisi d'abroger la disposition concernant l'absence de motif justifiable parce que celle-ci avait cédé des droits à des groupes, particulièrement les personnes atteintes d'incapacités mentales et physiques. (Voir *Hansard* (anglais), 2^e sess., 33^e Parlement, vol. 9, p. 4377-78, 12 avril 1984.)

Lors des débats concernant le projet de loi 11, un des MAL siégeant à l'Opposition a avancé que le cas de « Hunky Bill » avait peut-être galvanisé l'opposition au Code. Dans ce cas, le plaignant avait argué que le propriétaire d'un restaurant, un dénommé Konyk, avait fait preuve de discrimination à l'endroit des personnes de descendance ukrainienne en choisissant de donner à son restaurant un nom qui offense les personnes de descendance ukrainienne. Le comité d'enquête a jugé que l'article ne couvrait pas le nom d'une entreprise, décision qui a été confirmée par la Cour suprême provinciale. L'Opposition a fait remarquer que cette cause avait provoqué « une lourde critique des lois sur les droits de la personne, incitant le public à penser que le Code permettait que des litiges longs, coûteux et parfois ridicules soient confiés aux avocates et aux avocats, considérant les dépenses, les retards et tout le reste ».

Commentaire

Il découle de l'expérience de la Colombie-Britannique plusieurs constatations susceptibles d'intéresser ceux qui se penchent sur la formulation future de la liste des motifs incluse dans la LCDP.

Premièrement, la disposition a donné à la Commission et aux comités d'enquête un outil puissant pour stimuler le développement des lois sur les droits de la personne. Bien avant qu'ils ne figurent dans les listes limitatives des lois sur les droits de la personne en vigueur dans d'autres juridictions, les motifs comme l'orientation sexuelle, l'état de personne graciée, la grossesse et la déficience étaient visés par la disposition concernant l'absence de motif justifiable.

Deuxièmement, pendant un certain temps, la disposition a protégé le développement des lois sur les droits de la personne des aléas de l'idéologie politique. Même après l'élection du Crédit social au gouvernement, parti conservateur sur le plan politique et social, les comités d'enquête ont maintenu leur approche progressive pour protéger les personnes désavantagées. En fait, ce gouvernement a été contraint d'abroger entièrement le Code, décision qui a attiré peu d'attention et voire encore moins de débats, pour pouvoir régler les limites des motifs protégés.

Troisièmement, la disposition a permis de stopper des incidents de discrimination qui, même encore aujourd'hui, seraient exclus de la protection garantie par les dispositions non limitatives. Par exemple, en dépit du fait qu'on avait refusé de les servir en raison de stéréotypes, les plaignants dans la cause *Oram et MacLaren* auraient de la difficulté, aujourd'hui, à faire valoir que leur présentation relève d'un des motifs énumérés.

En revanche, l'expérience de la Colombie-Britannique souligne également les faiblesses associées à la disposition concernant l'absence de motif justifiable.

Premièrement, une des difficultés qui s'est manifestée très rapidement était le risque que la disposition devienne facilement un test général d'équité, susceptible de retenir un nombre très élevé de litiges, mais dont un grand nombre ne seraient que peu importants. L'affaire *Lopetrone*, par exemple, a repoussé les limites de ce qui devrait raisonnablement être protégé par les lois anti-discriminatoires et a failli entraîner la Commission dans l'adjudication de l'impartialité du processus décisionnel de l'employeur. Toutefois, la Commission a reconnu d'emblée le problème lorsque le comité, dans l'affaire *Jefferson*, a adopté une approche fondée sur les « catégories » ou un raisonnement du genre de celui des motifs analogues, ce qui a tendance à éliminer de nombreuses plaintes.

Deuxièmement, la disposition concernant l'absence de motif justifiable n'a pas fait grand-chose pour aider la cause des personnes victimes de discrimination fondée sur les motifs subsumés par l'expression « condition sociale ». D'ailleurs, peu de plaintes fondées sur la source de revenu, la situation de famille, la situation financière et la scolarité exigée ont été déposées à la Commission et aucune d'entre elles n'a été renvoyée à un comité d'enquête. On en ignore la raison. On peut penser que la Commission était inondée de tant de plaintes fondées sur d'autres motifs que celles fondées sur la condition sociale n'étaient pas considérées comme particulièrement prioritaires. Il se pourrait aussi que la Commission, suivant le courant de pensée de l'époque, ne considérait pas que la condition sociale constituait un motif valable. Toutefois, il s'agit là de conjecture. On ne peut qu'affirmer que dans ce cas particulier, la clause non limitative excluait la condition sociale.

Troisièmement, même s'il semble logique de conclure que la disposition concernant l'absence de motif justifiable inciterait les comités et les tribunaux à considérer de nombreux motifs et leur recoupement en matière d'adjudication des plaintes, rien ne montre que c'est bel et bien ce qui s'est produit.

Enfin, quoique la disposition concernant l'absence de motif justifiable ait encouragé le développement progressif des lois sur les droits de la personne, certains développements étaient si progressifs que l'appui communautaire requis pour les concrétiser n'existait pas encore. S'il peut être tentant de considérer l'abrogation du Code et la dissolution de la Commission comme étant des gestes isolés posés par un gouvernement de droite particulièrement hostile, il demeure qu'une proportion importante de la population de la Colombie-Britannique a appuyé ces actions. Il en a résulté un retour en arrière, c'est-à-dire que certains groupes faisant l'objet de discrimination ont cessé d'être protégés et ne le seraient pas de nouveau avant près de 10 ans.

ANNEXE D : L'EXPÉRIENCE DU MANITOBA

Disposition statutaire

La première *Loi sur les droits de la personne* adoptée par le Manitoba en 1974 contenait une liste de motifs limitative. Toutefois, cette loi a fait l'objet d'une révision approfondie en 1976. Outre la « situation de famille », les « convictions politiques » furent ajoutées à la liste des motifs énumérés dans certains cas de discrimination; de plus, certains articles touchant les services et l'hébergement furent reformulés. Les nouvelles dispositions interdisaient la discrimination à moins qu'il n'existe un motif; ces dispositions étaient suivies d'une liste non limitative de motifs qui ne pouvaient constituer un motif justifiable. Ces termes n'ont pas changé avant que la *Loi* ne soit abrogée en 1987, lorsqu'elle fut remplacée par le *Code des droits de la personne du Manitoba*.

Quatre alinéas du paragraphe 9(1) du Code définissent la discrimination; le premier n'établit pas de lien entre un traitement différent et un motif de distinction illicite. Contrairement à l'ancienne loi, un motif non énuméré peut être invoqué dans le cas de toutes les activités visées par le Code, et non uniquement le logement et les services. En vertu des trois autres paragraphes, le traitement différent et le non-respect de l'obligation de prendre des mesures raisonnables doivent être fondés sur un des motifs de distinction illicites énumérés au paragraphe 9(2). L'article 9 suit.

9(1) Dans le présent code, le terme « discrimination » désigne, selon le cas :

- (a) un traitement différent que reçoit un particulier, en raison de son adhésion réelle ou présumée à une catégorie ou à un groupe de personnes ou de son association réelle ou présumée avec cette catégorie ou ce groupe, plutôt qu'en fonction de ses mérites personnels;
- (b) un traitement différent que reçoit un particulier ou un groupe, en raison de caractéristiques mentionnées au paragraphe (2);
- (c) un traitement différent que reçoit un particulier ou un groupe en raison de son association réelle ou présumée avec un autre particulier ou un autre groupe dont les traits distinctifs sont déterminés par les caractéristiques mentionnées au paragraphe (2) ou dont l'adhésion découle de ces caractéristiques;
- (d) un manquement qui consiste à ne pas répondre de façon raisonnable aux besoins spéciaux de particuliers ou de groupes, fondés sur les caractéristiques mentionnées au paragraphe (2).

9(2) Les caractéristiques appropriées aux fins des alinéas (1)b) à d) sont les suivantes :

- (a) l'ascendance, y compris la couleur et les races identifiables;
- (b) la nationalité ou l'origine nationale;
- (c) le milieu ou l'origine ethnique;
- (d) la religion ou la croyance ou les croyances religieuses, les associations religieuses ou les activités religieuses;

- (e) l'âge;
- (f) le sexe, y compris la grossesse, la possibilité de grossesse ou les circonstances se rapportant à la grossesse;
- (g) les caractéristiques fondées sur le sexe ou les circonstances autres que celles visées à l'alinéa f);
- (h) l'orientation sexuelle;
- (i) l'état matrimonial ou le statut familial;
- (j) la source de revenu;
- (k) les convictions politiques, associations politiques ou activités politiques;
- (l) les incapacités physiques ou mentales ou les caractéristiques ou les situations connexes, y compris le besoin d'un chien guide ou d'un autre animal, une chaise roulante ou tout autre appareil, orthèse ou prothèse.

9(3) Dans le cadre du présent code, le terme « discrimination » s'entend en outre de tout acte ou omission qui entraîne une discrimination au sens du paragraphe (1). La présente définition vise tous les actes et toutes les omissions entraînant de la discrimination, quelle que soit leur forme et quelle que soit l'intention de la personne qui les commet.

Nombre de plaintes fondées sur des motifs non énumérés

Depuis l'adoption du Code en 1987, très peu des plaintes déposées ont été fondées sur un motif non énuméré. Les rapports annuels de la Commission rendent compte de chiffres sur 11 années, de 1987 à 1997.

- En moyenne, 10 plaintes fondées sur des motifs non énumérés sont déposées chaque année à la Commission. Toutefois, un nombre exceptionnellement élevé de plaintes a été déposé auprès de la Commission en 1988 et en 1989 (24 et 16 respectivement). Depuis 1990, la Commission reçoit en moyenne sept plaintes par an.
- La moyenne de 10 plaintes par an depuis 1987 équivaut à seulement 3,8 p. 100 du nombre total de plaintes.

Le nombre de plaintes fondées sur un motif non énuméré était également très bas avant 1987. La Commission n'a jamais envoyé en adjudication une plainte fondée sur un motif non énuméré, soit avant, soit après l'entrée en vigueur des changements adoptés en 1987.

Teneur des plaintes

En décembre 1987, peu après l'entrée en vigueur du nouveau code, la Commission a adopté une courte politique intitulée *Unspecified Grounds of Discrimination* afin de faciliter l'application de la disposition. Le texte intégral de la politique énonce ce qui suit :

On considère que l'alinéa 9(1)a) inclut le traitement différent basé sur une perception stéréotypée d'un groupe de personnes plutôt qu'en fonction des mérites personnels, indépendamment des caractéristiques mentionnées au paragraphe 9(2). [*traduction*]

La politique établit clairement que l'alinéa 9(1)a) s'applique exclusivement au traitement différent qui peut être associé à l'affiliation à un groupe. Elle exclut les plaintes déposées par des particuliers qui font l'objet d'un traitement négatif attribuable à l'animosité ou à l'aversion qu'un autre individu éprouve pour eux.

Les entretiens avec les employées et employés de la Commission ont révélé que la plupart des plaintes fondées sur un motif non énuméré ont trait au casier judiciaire. Invariablement, une personne se voit refuser un emploi à cause d'une condamnation antérieure. La Commission a réglé bon nombre de ces plaintes en se fondant sur sa politique concernant les casiers judiciaires, qui énonce les facteurs sur lesquels baser la détermination que l'absence d'un casier judiciaire constitue une condition d'emploi *bona fide*. Comme on l'a signalé à la partie B, pas une seule des plaintes fondées sur un motif non énuméré déposées à la Commission a été renvoyée à un tribunal. (Au Manitoba, le tribunal des droits de la personne s'appelle comité d'arbitrage.)

Avant 1987, lorsque les motifs non énumérés se rapportaient exclusivement au logement et aux services et installations destinés au public, la Commission recevait une plus grande diversité de plaintes, dont certaines étaient fondées sur l'orientation sexuelle et la déficience. Ni l'un ni l'autre de ces motifs n'étaient mentionnés dans l'ancienne loi, mais ils ont été ajoutés à la liste en 1978. De plus, avant 1987, la Commission s'est aussi occupée de plaintes déposées par des particuliers à qui on avait interdit l'accès à des restaurants et à d'autres installations en raison de leur tenue vestimentaire. Généralement, les plaignantes et les plaignants étaient vêtus de jeans et s'étaient vu refuser l'accès dans l'un des nombreux commerces qui avaient adopté un code vestimentaire interdisant les jeans.

La Commission ne publicise pas l'existence du motif non énuméré. Hormis la catégorie « Autres » qui figure dans les tableaux de statistiques, elle n'est pas mentionnée dans les rapports annuels de la Commission ni à son site Web.

Commentaire

La Commission du Manitoba aborde avec circonspection la disposition concernant un motif non énuméré. Selon un des membres, la Commission ne se considère pas comme une « commission sur l'injustice » qui s'intéresserait à toutes les formes d'injustice possibles. Elle consacre ses ressources au règlement des cas de discrimination fondée sur les motifs énumérés.

Sa politique, intitulée *Unspecified Grounds of Discrimination*, n'est pas tout à fait aussi limitative que l'approche du motif analogue qui découle de la Charte. Pour obtenir la reconnaissance d'un « motif non énuméré », il suffit à une personne de prouver qu'elle fait l'objet d'un « traitement différent fondé sur une perception stéréotypée d'un groupe de personnes ». À titre de comparaison, l'approche de la Cour suprême au titre de l'article 15 considère les stéréotypes uniquement comme un facteur, et non comme le déterminant

critique, pour déterminer si un motif non énuméré deviendra un motif analogue (*Corbière c. Canada*, 1999 : ¶ 59-62).

Si une version de l'alinéa 9(1)a) était ajoutée à la LCDP, l'expérience du Manitoba serait vraisemblablement répétée à l'échelon fédéral. D'abord, la CCDP subirait probablement une pression énorme exercée par les grandes sociétés commerciales pour l'inciter à avoir recours dès le début au raisonnement fondé sur les motifs analogues. La Commission du Manitoba a adopté sa politique avant que la Cour suprême ne fixe les critères régissant les motifs analogues admissibles en vertu de l'article 15. De plus, la CCDP recevrait probablement plus de plaintes que son homologue manitobaine qui n'annonce pas la disponibilité d'un motif non énuméré. Le simple fait d'ajouter une clause non limitative à la LCDP engendrerait une publicité considérable. Même si cela ne se produisait pas, les organisations nationales et les syndicaux seraient conscients de l'existence du motif non énuméré et en testeraient le contenu et les limites en déposant des plaintes. Compte tenu de la tendance qu'ont plusieurs employeurs réglementés par le gouvernement fédéral à demander un examen judiciaire des décisions rendues par une commission, on pourrait raisonnablement s'attendre à des litiges.