

L'avenir des tribunaux des droits de la personne

L'Honorable juge Michèle RIVET*

I. L'HÉRITAGE DES TRIBUNAUX DES DROITS DE LA PERSONNE : LA PRISE EN COMPTE DU PHÉNOMÈNE COMPLEXE DE LA DISCRIMINATION ET DES MOYENS DE L'ÉRADIQUER	229
A. Une définition large de la discrimination	230
B. Un choix étendu de remèdes pour mettre fin à la discrimination	231
II. LA PLACE DES TRIBUNAUX DES DROITS DE LA PERSONNE À L'AUBE DU XXI^E SIÈCLE : MAIS QUELLE EST DONC LEUR EXPERTISE?	234
A. Les tribunaux des droits de la personne interprètent des textes fondamentaux	236
B. L'objet des tribunaux des droits de la personne dans la prise en compte de leur expertise	239
C. L'expertise particulière des tribunaux des droits de la personne : la détermination de la discrimination dans un certain contexte	243

* Présidente, Tribunal des droits de la personne du Québec, Montréal, Québec.

Qu'est-ce que le droit? (...) Le droit n'est pas épuisé par l'énoncé d'un catalogue de règles ou de principes, chacun ayant la maîtrise de quelque théâtre d'opérations séparé. Il ne l'est pas davantage par quelque tableau de service de responsables, et du pouvoir que détient chacun d'entre eux sur une partie de notre vie. L'empire du droit se définit par une attitude, et non par un territoire, un pouvoir ou des principes de procès. (...) C'est une attitude d'interprétation d'autoréflexion, qui s'adresse à la politique dans son sens le plus large. C'est une attitude de protestation qui rend tout citoyen responsable de ce qu'il s'imagine sur l'engagement public vis-à-vis des principes de la société à laquelle il appartient, et sur les exigences qu'entraînent ces engagements dans des circonstances inédites. (...) L'attitude du droit est constructive : elle vise, dans l'esprit d'interprétation, à superposer le principe à la pratique pour montrer la meilleure voie vers un meilleur avenir, tout en respectant comme il convient la fidélité au passé. C'est, pour finir, une attitude fraternelle, une expression de la façon dont nous sommes unis dans une collectivité, tout en étant divisés sur nos projets, nos intérêts et nos convictions. Voilà, en tout cas, ce qu'est le droit pour nous : pour le peuple que nous voulons être, et pour la collectivité dont nous avons l'ambition de nous doter.

Ronald Dworkin, *L'empire du droit* Paris, Presses Universitaires de France, 1994 aux pp. 449 et 450.

What is law? (...) Law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior. Nor by any roster of officials and their powers each over part of our lives. Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process. (...) It is an interpretive, self-reflective attitude addressed to politics in the broadest sense. It is a protestant attitude that makes each citizen responsible for imagining what his society's public commitments to principle are, and what these commitments require in new circumstances. (...) Law's attitude is constructive : it aims, in the interpretive spirit, to lay principle over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are united in community though divided in project, interest, and conviction. That is, anyway, what law is for us : for the people we want to be and the community we aim to have.

Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge : Harvard University Press, 1986) at 413.**

** Ces réflexions sont personnelles à l'auteur.

À l'heure où l'Amérique frileuse semble reculer sur certains acquis en matière des droits de la personne — que l'on pense en effet aux programmes d'accès à l'égalité¹ — à l'heure où le Canada endetté coupe, réduit ou abolit, à l'heure où souffle un vent de conservatisme et de gel, si la question : «Les tribunaux des droits de la personne ont-ils un avenir?» m'était posée, je répondrais sans hésiter et même avec enthousiasme : oui.

Au Canada, la notion de tribunal de droit de la personne renvoie soit à des tribunaux formés de membres ad hoc, soit à des tribunaux judiciaires proprement dit, comme au Québec. Au Québec, en 1990,² un tribunal permanent des droits de la personne a été créé à la suite d'amendements apportés à la *Charte des droits et libertés de la personne* adoptée en 1976.³ Il se compose de juges issus de l'ordre judiciaire et d'assesseurs, les uns et les autres choisis selon le texte de la Charte⁴ pour leur expertise, leur sensibilisation et leur intérêt marqué en matière des droits de la personne.⁵ Le Tribunal est protégé par une clause privative qui exclut les recours extraordinaires sauf sur une question de compétence et ses décisions peuvent être entendues en cour d'appel, sur permission.

Les tribunaux des droits de la personne connaissent, très souvent à cause de leur structure même, c'est-à-dire par leur constitution de membres ad hoc et le processus de traitement des plaintes, de longs délais; parfois même, à cause du processus de nomination et le choix des membres, on pourra même aller jusqu'à questionner leur apparence d'impartialité.⁶ De plus, tous les tribunaux des droits de la personne sont saisis d'affaires pour lesquelles il doit y avoir eu au préalable enquête d'une commission des droits de la personne, ce qui amène des délais supplémentaires parfois fort longs.⁷ Mais toutes ces critiques que l'on peut faire soit à la structure ou soit au fonctionnement des tribunaux des

-
1. Aux États-Unis, ces programmes sont de plus en plus battus en brèche, voir à ce sujet : *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, no. 93-1841 (1995); *Northeastern Florida Chapter, Associated Gen. Contractors of America v. City of Jacksonville*, Florida, 508 U.S. 656 (1993); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989). De plus, le fardeau de preuve exigé du demandeur est de plus en plus lourd; voir à ce sujet : *St-Mary's Honor Center v. Hicks*, 61 EPD 42,332, 61 LW 4782 (1993); *Bazemore v. Friday*, 478 U.S. 385 (1986) et W.M. Howard, "The Decline and Fall of Statistical Evidence as Proof of Employment Discrimination" (1994) 45 :4 Labor L.J. 208.
 2. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51.
 3. L.R.Q. c. C-12.
 4. *Ibid.* art. 101.
 5. M. Rivet, «Le Tribunal des droits de la personne du Québec : AN 1» (1991) Congrès annuel du Barreau du Québec, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 77; M. Caron, «Le recours au Tribunal des droits de la personne», (1995) Congrès annuel du Barreau du Québec, Barreau du Québec, Service de la formation permanente 1.
 6. Report of the Saskatchewan Human Rights Commission, *Renewing the Vision, Human Rights in Saskatchewan*, Saskatoon Saskatchewan Human Rights Commission, 1996 à la p. 51.
 7. L. Lamarche, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

droits de la personne, comme l'on peut faire aussi aux commissions des droits de la personne,⁸ critiques qui d'ailleurs ont amené des réflexions fort intéressantes en Ontario,⁹ en Alberta,¹⁰ en Colombie-Britannique,¹¹ en Saskatchewan,¹² pour ne nommer que celles-là, ne peuvent nous conduire, d'aucune manière, à remettre en question l'importance, voire la nécessité, de ces tribunaux spécialisés. Et si tant est que beaucoup des solutions qui doivent être préconisées dans la recherche d'une société juste relèvent du champ des politiques sociales et s'écartent ainsi du système judiciaire de règlements des litiges, il n'empêche que ces tribunaux spécialisés ont, sur les cours ordinaires de justice, une avance certaine.

Ma conviction repose sur deux postulats :

- 1) ce sont les tribunaux des droits de la personne qui, au Canada, ont permis la prise en compte complète du phénomène de la discrimination, que ce soit dans sa définition ou dans l'adéquation des mesures de redressement pour l'éradiquer, et;
- 2) l'expertise des tribunaux des droits de la personne est incontournable.

8. R.B. Home et M.J. Andrade, "The Reputations of Human Rights Commissions in Canada" (1994) 9-2 Canadian Journal of Law and Society I; L. Lamarche, *ibid.*

9. Ontario Human Rights Code Review Task Force, an independant task force established by the Government of Ontario, *Achieving Equality : A Report on Human Rights Reform*, Toronto, Policy Services Branch, Ministry of Citizenship, 1992.

10. Alberta Human Rights Review Panel, *Equal in Dignity and Rights, A review of Human Rights in Alberta*, juin 1994.

11. Special Advisor to the Minister Responsible for Multiculturalism and Human Rights, *B.C. Human Rights Review Discussion Paper*, Vancouver, Faculty of Law, U.B.C., 1994.

12. Report of the Saskatchewan Human Rights Commission, *supra* note 6.

I. L'HÉRITAGE DES TRIBUNAUX DES DROITS DE LA PERSONNE : LA PRISE EN COMPTE DU PHÉNOMÈNE COMPLEXE DE LA DISCRIMINATION ET DES MOYENS DE L'ÉRADIQUER

Les lois antidiscriminatoires, qui ont été progressivement adoptées au Canada¹³ ont pour finalité de contrer la discrimination qui s'exerce tant dans les rapports de droit public que de droit privé,¹⁴ où le principe d'égalité cède aisément le pas à la liberté contractuelle. Comme le note la Cour suprême du Canada :

*Avec l'accroissement régulier de la population depuis les tout débuts de l'émigration européenne au Canada et avec l'essor qui en a résulté dans l'industrie, l'agriculture et le commerce ainsi que l'augmentation importante de la richesse nationale qui a suivi, de nombreux problèmes sociaux ont vu le jour. Les rapports entre les immigrants européens et la population autochtone, l'accroissement régulier du nombre d'immigrants d'origine autre que française ou britannique et, plus récemment, la très grande place qu'en sont venues à occuper les femmes au sein de toutes les formes d'activités industrielles, commerciales et professionnelles ont engendré beaucoup d'inégalités et de nombreuses formes de discrimination. Cette évolution est en grande partie à l'origine des lois sur les droits de la personne puisqu'il n'existait alors aucune protection législative réelle offerte aux victimes de discrimination.*¹⁵

Ces lois ont amené la mise en place de tribunaux des droits de la personne, *boards of inquiries, councils*, composés de membres ad hoc, choisis en fonction de leur expertise dans ce domaine ou de leur sensibilité à ces questions.

-
13. Au niveau fédéral, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, a été adoptée en 1977; au niveau des provinces, en Alberta, la *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, adoptée en 1972; en Colombie-Britannique, c'est le *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, adopté en 1984, qui a remplacé le *Human Rights Code* de 1973; à l'Île-du-Prince-Édouard, le *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, est entré en vigueur en 1989; au Manitoba, le *Human Rights Code*, S.M. 1987, c. 45 a été adopté en 1987; au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les droits de la personne*, R.S.N.B. 1973, c. H-11 a été adoptée en 1973; en Nouvelle-Écosse, le *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214 est entré en vigueur en 1990; en Ontario, le *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H-19, a été adopté en 1961-62; en Saskatchewan, le *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 est entré en vigueur en 1979; à Terre-Neuve, le *Newfoundland Human Rights Code*, R.S.N. 1990, c. H-14 est entré en vigueur en 1992; dans les Territoires du Nord-Ouest, la *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.O. 1988, c. F-2 est entrée en vigueur en 1991; au Yukon, la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1986 (suppl.), C-11 a été adoptée et est entrée en vigueur en 1987.
14. W.S. Tarnopolsky et W.F. Pentney, *Discrimination and the law : Including Equality Rights under the Charter*, Don Mills : De Boo, 1985.
15. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à la p. 172. M. le juge McIntyre.

A. Une définition large de la discrimination

Comme le notent certains auteurs,¹⁶ ces tribunaux des droits de la personne ont permis une prise en compte large du phénomène de la discrimination et partant, l'élaboration d'une notion extensive. Aussi, après avoir considéré que l'élément intentionnel devait être de l'essence même de la discrimination¹⁷ — n'oublions pas que les premières lois antidiscriminatoires avaient un caractère pénal — ces tribunaux se sont progressivement, à partir du milieu des années 70, ouverts à la notion de *discrimination indirecte*.¹⁸ En 1985, la Cour suprême du Canada a consacré ce concept de *discrimination indirecte* et d'*accommodement raisonnable sans contrainte excessive* dans l'affaire *Simpsons-Sears*,¹⁹ reprenant alors en les citant plusieurs décisions des tribunaux des droits de la personne.²⁰

D'ailleurs, à plusieurs reprises, les tribunaux supérieurs ont repris les concepts élaborés dans un premier temps par ces instances spécialisées. Aussi, en 1992, dans l'affaire *Renaud*,²¹ la Cour suprême du Canada, en matière de discrimination indirecte, conclut que le syndicat, comme l'employeur, a le devoir de participer à l'obligation d'accommodement raisonnable à défaut de quoi il est aussi partie à la discrimination. Cette décision confirme celle du «membre désigné» nommé par le Conseil des droits de la personne de la Colombie-Britannique pour examiner la plainte. La Cour suprême et la Cour d'appel avaient conclu en sens contraire.

En matière de discrimination fondée sur le sexe, la Cour suprême nous dit dans l'affaire *Robichaud* que le harcèlement sexuel constitue de la discrimination fondée sur le sexe et qu'un employeur doit être tenu responsable pour les actes ainsi posés par ses employés.²² Cette définition avait déjà été retenue auparavant, notons-le, par les tribunaux des droits de la personne comme en témoigne l'affaire *Janzen* que la Cour suprême a rendue en 1989.²³

16. D. Lepofsky, "A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities, After Ten Years, What Progress? What Prospects?" 1996 (texte non encore publié).

17. W.S. Tamopolsky et W.F. Pentney, *supra* note 14 aux pp. 4-37a, 4-39.

18. P. Bosset, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 35.

19. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Notons que là le tribunal des droits de la personne avait statué qu'il n'y avait pas lieu de conclure à une violation de la loi puisque, selon lui, le plaignant n'avait pas prouvé que l'employeur avait agi déraisonnablement dans sa tentative d'accommoder un employé dont les pratiques religieuses entraient en conflit avec ses heures de travail.

20. *Ibid.* aux pp. 550-551.

21. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

22. *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.

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

La Cour d'appel de la Saskatchewan, au milieu des années 80,²⁴ déclare discriminatoire le fait pour un cinéma de ne pas avoir un espace convenable pour les spectateurs en fauteuil roulant. Dans cette affaire, le plaignant, une personne souffrant d'incapacité ou de déficience physique, se déplaçant en fauteuil roulant, se présente au cinéma pour y visionner un film. Aucun espace n'étant prévu, le plaignant se voit offrir la possibilité de demeurer dans son fauteuil roulant s'il accepte d'être placé devant la première rangée de sièges ou de s'asseoir dans un siège régulier, ce qu'il ne peut cependant faire lui-même.

La Cour d'appel de la Saskatchewan confirme la décision du Tribunal des droits de la personne statuant qu'un traitement identique pour tous ne signifie pas qu'il y ait absence de discrimination. La Cour conclut que le plaignant a subi de la discrimination fondée sur l'incapacité ou la déficience physique puisque la façon dont il a été traité a eu pour effet de l'exclure ou de restreindre son opportunité de bénéficier d'un service public.

Enfin, comme autre exemple d'une définition extensive de la discrimination, mentionnons une définition d'incapacité au sens de la *Loi canadienne des droits de la personne* qui a permis à un tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Thwaites*²⁵ de décider que les Forces armées canadiennes avaient agi de manière discriminatoire en remerciant de ses services un employé dont on était par ailleurs satisfait aux motifs qu'il souffrait du syndrome d'immuno-déficience acquise. Pour le tribunal :

*Les FAC [Forces armées canadiennes] n'ont pas démontré qu'il ne leur était pas raisonnablement et pratiquement possible de tenir compte des besoins de M. Thwaites sans faire courir de risques inacceptables à ce dernier ou à d'autres personnes. Elles n'ont pas établi non plus qu'elles n'ont pu trouver une solution raisonnable et pratique autre que la libération.*²⁶

Cette décision du Tribunal des droits de la personne du Canada a été maintenue par la Cour fédérale.²⁷

B. Un choix étendu de remèdes pour mettre fin à la discrimination

Les tribunaux des droits de la personne ont aussi su proposer des remèdes à la discrimination qui prennent en compte la complexité de ce phénomène pour complètement l'éradiquer.

Encore une fois, nous procéderons avec des exemples qui montrent l'audace et la justesse des solutions retenues. Mais soyons bien compris. Loin de nous l'idée de

24. *Michael Huck c. Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 6 C.H.R.R. D/2682.

25. *Thwaites c. Canada (Armed Forces)* (1994), 19 C.H.R.R. D/259 (T.C.D.P.).

26. *Ibid.* à la p. D/303.

27. *Canada (Procureur général) c. Thwaites* (1994-1995), 21 C.H.R.R. D/224 (C.F. (1^{re} inst.)).

prétendre que les tribunaux des droits de la personne soient les seuls à avoir eu une certaine créativité. Mais ils ont, à ce niveau encore, su tracer une voie; le relais a été pris par la Cour suprême du Canada.

Les tribunaux des droits de la personne ont su donner une portée réelle à l'obligation d'accommodement raisonnable permettant l'exercice effectif d'un droit en pleine égalité. Partant, ces tribunaux proposent des remèdes appropriés. Ainsi, un tribunal ontarien des droits de la personne a ordonné à un chiropraticien d'installer un accès spécial pour les patients utilisant des chaises roulantes.²⁸

Mais l'originalité des remèdes retenus apparaît surtout très clairement en matière de discrimination systémique. Pensons ici, entre autres, à l'affaire *Action Travail des femmes*²⁹ où, comme on le sait, il s'agissait de discrimination systémique en matière d'emploi, c'est-à-dire de

[...] la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de «forces naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail» (voir le rapport Abella, aux pp. 9 et 10). Pour combattre la discrimination systémique, il est essentiel de créer un climat dans lequel tant les pratiques que les attitudes négatives peuvent être contestées et découragées.³⁰

Dans cette affaire, le Tribunal des droits de la personne décide que l'impossibilité pour les femmes d'accéder à certains emplois manuels non-spécialisés constitue de la discrimination systémique puisque la preuve établit de manière manifeste que les politiques de recrutement, d'embauche et de promotion du CN empêchent les femmes d'occuper ces emplois. Partant, ce tribunal impose au CN un programme spécifique d'emploi, un programme d'accès à l'égalité. La Cour d'appel fédérale, pour sa part, décide que le Tribunal des droits de la personne n'a pas le pouvoir de rendre pareilles ordonnances alors que la Cour suprême maintient celle rendue initialement :

Un programme d'équité en matière d'emploi comporte donc trois aspects. En premier lieu, en contrecarrant les effets cumulatifs de la discrimination systémique, un tel programme rend vaine toute discrimination supplémentaire. Dans la mesure où il existe une certaine discrimination volontaire, par exemple dans le cas d'un contremaître qui contrôle l'embauche et qui ne veut tout simplement pas de femmes dans son unité, le régime obligatoire d'équité en

28. *Quesnel c. London Educational Health Center* (28 mars 1995) DOC 95-012.

29. *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

30. *Ibid.* à la p. 1139, M. le juge en chef Dickson.

matière d'emploi permet d'avoir des femmes dans l'unité malgré les intentions discriminatoires du contremaître qui perd ainsi la bataille.

En second lieu, en plaçant des membres du groupe antérieurement exclu dans le milieu de travail et en leur permettant de prouver leurs capacités, le régime d'équité en matière d'emploi s'attaque au problème des attitudes stéréotypées. Par exemple, si l'on se rend compte que des femmes sont «serre-freins» ou préposées aux gros travaux de nettoyage ou à la signalisation au Canadien National, il ne sera plus possible de considérer les femmes comme n'étant capables que d'occuper certains postes traditionnels. Il deviendra de plus en plus difficile d'attribuer à une seule personne les caractéristiques stéréotypées dont on affuble toutes les femmes.

En troisième lieu, un programme d'équité en matière d'emploi facilite la création de ce qu'on a appelé une «masse critique» du groupe antérieurement exclu de ce milieu de travail.³¹

Ce type d'ordonnance n'est pas d'ailleurs sans rappeler l'injonction structurelle, forme d'ordonnance mandatoire d'abord développée aux États-Unis.³²

Ces quelques exemples indiquent que les mesures de redressement pour éradiquer la discrimination, mesures décidées par les tribunaux spécialisés, peuvent s'éloigner des redressements traditionnels retenus généralement par les cours de justice. Parce que les tribunaux des droits de la personne cernent en profondeur le phénomène de la discrimination lors de l'audition de la preuve, ils peuvent par conséquent en comprendre la portée et décider des remèdes adéquats à y apporter.

Comment expliquer cet apport unique des tribunaux des droits de la personne dans les années 1970 et 1980?

Instances spécialisées, tournées vers la prise en compte de facteurs sociaux, ces tribunaux ont, en quelque sorte, permis l'éclatement de la règle traditionnelle de causalité en droit; ils ont élargi les principes d'interprétation des textes législatifs pour en rechercher la finalité par une interprétation téléologique, approche dont la justesse a été reconnue par la Cour suprême. Ils ont assoupli la rigidité de la norme du précédent judiciaire. Bien que se prononçant sur les cas spécifiques soumis à leur attention, ils ont néanmoins procédé à l'analyse d'un véritable phénomène social, celui de la discrimination, appuyés en cela par les études en sciences sociales des années 60, 70 et 80 et par les arrêts marquants de la Cour suprême des États-Unis de la même époque.³³ Ils ont permis que le droit appréhende des notions qui lui étaient jusqu'alors étrangères.

31. *Ibid.* à la p. 3-1144.

32. G. Otis, «La Charte et la modification des programmes gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle en droit américain» (1991) 36 R.D. McGill. 1349.

33. Sur la dimension sociale de la discrimination, voir D.L. Demers, «La discrimination systémique : Variations sur un concept unique» (1993) 8 :2 CJLS/RCDS 83 aux pp. 86 et suivantes.

Les tribunaux des droits de la personne, dans les années 1970 et 1980, ont permis le développement de concepts auxquels la Cour suprême donnera véritablement droit de cité dans le droit positif canadien.³⁴

II. LA PLACE DES TRIBUNAUX DES DROITS DE LA PERSONNE À L'AUBE DU XXI^E SIÈCLE : MAIS QUELLE EST DONC LEUR EXPERTISE?

Si les tribunaux des droits de la personne ont permis au cours des années 70 et 80 des développements jurisprudentiels déterminants et novateurs, les années 90 voient, paradoxalement, leur expertise questionnée, et ce, par le biais du contrôle judiciaire exercé par les tribunaux supérieurs.

Ainsi, depuis 1992, l'expertise des tribunaux des droits de la personne a été analysée à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada en regard des normes de contrôle judiciaire applicables à ces tribunaux. Ce sont les arrêts *Zurich* et *Dickason* de 1992, *Mossop* et *Berg* de 1993, ainsi que *Gould* et *Ross* de 1996.³⁵

Aussi, toute une gamme de facteurs doivent être pris en considération, tels le rôle ou la fonction de ce tribunal, l'existence d'une clause privative et aussi, bien sûr, le fait de savoir si la question touche la compétence concernée.³⁶ Ce qu'il faut déterminer, c'est donc l'intention du législateur lorsqu'il confère compétence au tribunal administratif.³⁷ La Cour suprême du Canada établit toute une hiérarchie de normes de contrôle³⁸ allant de l'intervention limitée aux cas d'erreurs manifestement déraisonnables à celles susceptibles de s'exercer à l'encontre de toute décision incorrecte et qui requiert le moins de retenue

34. *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

35. *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825. Nous n'avons pas ici à reprendre tout les développements jurisprudentiels relatifs au contrôle judiciaire exercé à l'endroit des tribunaux spécialisés en matière de relations de travail. Nous tenons à mentionner toutefois qu'un arrêt tout récent de la Cour d'appel du Québec, arrêt unanime, *Syndicat des travailleuses et travailleurs des épiciers unis Métro-Richelieu c. Lefebvre*, [1996] R.J.Q. 1509 (C.A.) sous la plume du juge Louis LeBel, trace bien cette évolution en nous montrant comment doit se comprendre l'approche pragmatique et fonctionnelle proposée par le juge Betz dans l'affaire *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 à la p. 1088, et plus particulièrement, l'importance somme toute relative de certains facteurs au profit d'un critère décisif.

36. *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

37. *Ibid.* à la p. 589, M. le juge Iacobucci.

38. *Ibid.* aux pp. 589-591, *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 35.

judiciaire. Mais c'est la norme de la décision correcte qui s'applique nous dit la Cour suprême, en 1992 dans *Zurich*,³⁹ en 1993 dans *Mossop*⁴⁰ et dans *Berg*⁴¹, et en 1996 dans *Ross*⁴² en ce qui a trait aux tribunaux des droits de la personne. Comme le dit le juge LaForest⁴³, la norme de la décision correcte prévaut lorsque la question en litige :

[p]orte [...] sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne.

Notons que dans les arrêts *Mossop*,⁴⁴ *Zurich*,⁴⁵ *Gould*,⁴⁶ de même que dans l'arrêt *Dickason*,⁴⁷ la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, réaffirme chaque fois que les tribunaux des droits de la personne ont une expertise très certaine et très large et qu'ils ont généralement droit à l'exercice de la retenue judiciaire sur les questions liées à leur propre loi habilitante. Dans *Dickason*, la juge L'Heureux-Dubé conclut que même en présence de possibilités d'appel sur des questions de faits ou des questions mixtes de droit ou de faits, les tribunaux devraient respecter une grande retenue judiciaire. Dans *Mossop*, elle établit que la tâche de décider si une plainte porte ou non sur l'un des motifs de distinction illicite est une question de faits que doit trancher le tribunal; qu'il s'agit de questions qui sont clairement à l'intérieur de la compétence du tribunal et qu'en conséquence, c'est la norme du caractère manifestement déraisonnable qui s'applique. Comme elle le dit dans l'affaire *Zurich* :⁴⁸

En conséquence, il faut accorder une attention toute particulière, à mon avis, aux conclusions de la commission d'enquête; une cour d'appel et notre Cour, sauf erreur, devraient hésiter à substituer simplement leurs propres opinions aux conclusions

39. *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* supra note 35.

40. *Canada (Procureur général) c. Mossop* supra note 35; A. Chaplin «Who is the best suited to decide. The recent trend and standards of Judicial Review» (1994) 26 *Ottawa L. Review* 321 à la p. 325 et suivantes.

41. *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, supra note 35.

42. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, supra note 35.

43. *Ibid.* à la p. 846, M. le juge LaForest en citant *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, supra note 36 à la p. 590.

44. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, supra note 35.

45. *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, supra note 35.

46. *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, supra note 35.

47. *Dickason c. Université de l'Alberta*, supra note 35.

48. *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, supra note 35 à la p. 363.

mûrement réfléchies de la commission d'enquête, même dans des cas où, comme le souligne mon collègue, il n'y a pas de clause privative et où la disposition relative aux appels est plus large que les pouvoirs normaux d'une cour d'appel. C'était d'ailleurs ainsi le cas dans Etobicoke précité. Je maintiens l'opinion exprimée dans R. c. M(S.H.), [1989] 2 R.C.S. 446, au sujet des pouvoirs des cours d'appels dans de telles circonstances.

Mais comment peut-on soutenir que les tribunaux des droits de la personne ont permis le développement d'un concept multiforme de la discrimination ainsi que l'élaboration de solutions adéquates pour l'éradiquer s'ils n'ont pas en même temps une expertise particulière et importante? En fait, la Cour suprême précise en quoi ces tribunaux ont une expertise particulière et, après avoir réduit celle-ci, revient sur cette position dans sa décision d'avril 1996 dans l'affaire *Ross*.⁴⁹ Il devient donc nécessaire de voir avec minutie les motifs qui amènent la Cour suprême à conclure que ces tribunaux n'ont pas une expertise plus grande que les cours de justice et, du même coup, à comprendre le sens que le plus haut tribunal donne au terme même d'expertise.

A. Les tribunaux des droits de la personne interprètent des textes fondamentaux

Rappelons tout d'abord ce qui a été dit à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada et ce, de manière fort éloquente depuis le tout début des années 80. Les lois antidiscriminatoires, les codes des droits de la personne sont des textes d'une nature toute particulière qui doivent être interprétés en fonction de leur nature exceptionnelle. Cette affirmation a été faite dès 1982 par le juge Lamer, dans l'affaire *Heerspink*,⁵⁰ alors qu'il énonce la préséance des lois sur les droits de la personne :

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit.

En conséquence, la maxime juridique generalia specialibus non derogant ne peut s'appliquer à un tel code. En réalité, si le Human Rights Code entre en conflit avec «des lois particulières et spécifiques», il ne faut pas le considérer comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.

49. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, supra note 35.

50. *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145 aux pp. 157-158.

Cette position est réaffirmée en 1985 dans l'affaire *Simpsons-Sears*⁵¹ où, cette fois, le juge McIntyre affirme qu'un droit de la personne n'est pas une loi d'une nature vraiment constitutionnelle mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire et qu'il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application; le code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination.⁵² Dans plusieurs arrêts successifs, la Cour suprême du Canada reviendra sur cette préséance des lois sur les droits de la personne.

Ce sont des textes de loi qui sont réparateurs,⁵³ dira la Cour; ces lois doivent être interprétées largement de manière à promouvoir les objets généraux qu'elles visent,⁵⁴ ajoute-t-elle, et les différentes lois sur les droits de la personne doivent s'interpréter en fonction de l'objet visé, à telle enseigne que les différentes formulations ne doivent d'aucune manière contrecarrer la fin analogue qui sous-tend ces différentes dispositions.⁵⁵ Ces différents principes ont été repris avec éloquence par la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Gould*,⁵⁶ où elle est cependant dissidente quant aux conclusions finales.

L'examen de l'interprétation de la législation antidiscriminatoire par un tribunal des droits de la personne doit également s'inspirer des principes que notre Cour a élaborés pour tenir compte de la nature spéciale de ces lois. C'est le juge en chef actuel qui, le premier, a défini l'approche de base de l'interprétation des lois sur les droits de la personne. Dans l'arrêt Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink,⁵⁷ le juge Lamer (alors juge puîné) a clairement dit qu'on ne saurait considérer un code des droits de la personne «comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale».

51. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, supra note 19.

52. *Ibid.* à la p. 546.

53. *Compagnie de Chemins de fer Nationaux du Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, supra note 29 à la p. 1134, M. le juge Dickson; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, supra note 22 à la p. 91, M. le juge LaForest.

54. *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, supra note 22.

55. *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, supra note 35 à la p. 373; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, supra note 35 à la p. 601.

56. *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, *ibid.* note 35. Dans cette affaire, notons que la juge McLaughlin est également dissidente, elle ne se prononce toutefois pas sur la norme de contrôle; elle conclut que les services qu'une association procure à ses membres sont dans ce cas des services offerts au public et que, de ce fait, il est discriminatoire d'en refuser la fourniture aux femmes.

57. *Supra* note 50 à la p. 158.

La nature particulière des lois sur les droits de la personne demeure l'axiome sur lequel notre Cour fonde sa méthode d'interprétation de ces lois. [...]

Selon les principes d'interprétation bien établis, il faut donner à la Loi l'interprétation équitable, large et libérale qui soit la plus susceptible de permettre la réalisation de ces objets. [...]

En matière de droits de la personne, la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé exclut notamment l'analyse strictement grammaticale. [...]

Ni les tribunaux des droits de la personne ni les cours de justice ne doivent «examiner ces lois à la loupe; nous devons plutôt, comme on l'a dit précédemment, leur donner une interprétation large et libérale conforme à leur statut prépondérant dans le contexte législatif canadien» [...]

Je conviens bien sûr que le texte de la disposition définit le cadre de l'exercice d'interprétation. Toutefois, étant donné que le texte d'une disposition donnée est presque toujours susceptible de plusieurs interprétations, une analyse purement textuelle permet rarement d'en cerner le sens avec une précision suffisante. Par exemple, l'al. 8a) a manifestement pour objet l'interdiction de la discrimination relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations, mais cette observation n'apporte rien puisqu'elle n'est qu'une simple reformulation de la disposition. Nous ne pouvons connaître avec précision l'objet et la portée de l'al. 8a) tant que nous n'avons pas établi ce que signifient les mots «services», «public» et les autres termes qui y apparaissent. Le choix du sens de ces termes doit se fonder sur l'objet global de la Loi et des lois sur les droits de la personne en général.

Tels sont les principes qui doivent guider l'interprétation et l'application des lois en matière de droits de la personne au Canada. Ces principes ont également une incidence importante sur les cours appelées à réviser les décisions des tribunaux des droits de la personne. Essentiellement, la cour siégeant en révision doit se demander si, dans sa décision, le tribunal s'est fondé sur une interprétation des dispositions applicables qui est défendable selon les principes susmentionnés. D'une part, il faut que l'interprétation soit large et libérale de manière à promouvoir l'objet global de la loi. D'autre part, elle doit s'appuyer rationnellement sur le texte de la disposition particulière et sur les autres preuves admissibles de l'intention du législateur. Lorsque l'interprétation du tribunal administratif satisfait à ces critères, la cour de révision ne devrait pas intervenir.⁵⁸

Tous ces énoncés généraux, constamment repris en écho par les juges de la Cour suprême du Canada, indiquent donc que les textes que les tribunaux des droits de la personne ont pour fonction première d'appliquer sont des textes fondamentaux. Et c'est

58. *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, supra note 35 aux pp. 635-637.

sans doute cela même qui, paradoxalement, force nous est de le constater, semble mettre en péril la nature même et l'étendue de l'expertise qui leur est reconnue.⁵⁹

B. L'objet des tribunaux des droits de la personne dans la prise en compte de leur expertise

Notons tout d'abord que dans les affaires *Zurich*, *Mossop* et *Dickason*,⁶⁰ les tribunaux des droits de la personne n'étaient pas protégés par une clause privative. En 1996, dans l'affaire *Ross*,⁶¹ le juge LaForest revient sur la portée de la clause privative en indiquant que, pour la Cour suprême, la présence d'une clause privative est un des indices qui permet de déceler l'intention du législateur de limiter le contrôle judiciaire des décisions du tribunal administratif; toutefois, il ajoute :⁶²

[I]l y a clause privative et clause privative et la mesure dans laquelle le législateur entend protéger le contrôle judiciaire est fonction du texte de la clause, de la nature de la mesure législative et de l'expertise du tribunal en cause.

Le concept même d'expertise du Tribunal des droits de la personne prend donc, on le voit, toute son importance qu'il y ait ou non clause privative.

Ainsi, dans *Zurich*, le juge Sopinka indique que la retenue judiciaire à l'égard d'une commission d'enquête créée sous l'égide du Code ontarien des droits de la personne ne s'applique pas à ses conclusions de droit, qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier. On se souvient que, dans cette affaire, la Cour suprême décide qu'imposer aux assureurs un système de tarification des primes non-discriminatoire, parce que non fondé sur l'âge, le sexe ou l'état civil, imposerait une norme trop exigeante n'offrant pas une solution de rechange pratique puisqu'à l'époque, c'était les seules statistiques disponibles. Pour la Cour, il s'agit donc là d'une question relative au fonctionnement du droit des assurances avant tout.

Pour la Cour, c'est donc l'objet des tribunaux de la personne qui doit être examiné en premier et, tant dans *Mossop* que dans *Ross*,⁶³ il est intéressant de voir que le juge LaForest situe l'objet d'un tribunal des droits de la personne à l'intérieur du rôle plus grand des commissions des droits de la personne, rôle qui comporte de multiples facettes du fait que celles-ci jouent un rôle général de sensibilisation auprès du gouvernement, du

59. D'ailleurs, dans *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, *supra* note 35 à la p. 339, M. le juge Sopinka s'exprime ainsi :

Les lois sur les droits de la personne se classent parmi les lois les plus prééminentes. [...] Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement.

60. *Ibid.*; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *supra* note 35; *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra* note 35.

61. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 35.

62. *Ibid.* à la p. 848.

63. *Ibid.*

public et des cours de justice dans le domaine des droits de la personne, qu'elles veillent à ce que les plaintes en matière des droits de la personne fassent l'objet d'une enquête ou d'un règlement et qu'en leur qualité d'organisme institutionnel, elles prennent les mesures nécessaires pour régler des différends.⁶⁴

Quant à l'expertise des tribunaux ad hoc créés dans cette foulée, elle est, selon la Cour suprême, limitée à l'appréciation des faits et aux décisions dans un contexte des droits de la personne. Dans l'exercice de son rôle décisionnel, nous dit le juge LaForest,⁶⁵ le tribunal est appelé à adopter un raisonnement juridique général et à interpréter des lois, ce qui relève en dernière analyse de la compétence des cours de justice.

En 1993, dans l'arrêt *Mossop*,⁶⁶ la Cour suprême qualifie cette fois le degré d'expertise d'un tribunal des droits de la personne en le comparant à celui d'un tribunal d'arbitrage à l'endroit duquel, même en l'absence d'une clause privative, elle fait preuve d'une grande retenue. Cette distinction avec le tribunal d'arbitrage est d'ailleurs reprise en 1996 dans l'arrêt *Ross* :⁶⁷

En effet, [l'arbitre en relations de travail] oeuvre en vertu d'une loi dans un domaine fort restreint, il est choisi par les parties pour arbitrer un différend entre elles en vertu d'une convention collective qu'elles ont volontairement signée. En outre, la compétence d'un conseil d'arbitrage en vertu de la loi s'étend à la question de savoir si une question est arbitrable. Ce qui est tout à fait différent de la situation d'un tribunal des droits de la personne dont la décision est imposée aux parties et a une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales.

Ainsi, dans la décision *Mossop*, le fait que les tribunaux des droits de la personne soient des organismes constitués au besoin pour régler des différends⁶⁸ et rendre parfois des décisions qui ont une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales, constitue le fondement qui justifie la Cour d'affirmer que l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne ne porte que sur l'appréciation des faits.

Mais n'est-ce pas vrai de toute cour de justice de première instance que de dire qu'elle a une expertise particulière dans l'appréciation des faits? L'expertise des tribunaux des droits de la personne porte aussi sur les «décisions dans un contexte de droits de la personne» sous réserve, bien sûr, de savoir véritablement la teneur de cette dernière expression.

64. Notons d'ailleurs que dans certaines décisions le texte français utilisera l'expression "tribunal" alors que le texte anglais parlera de "commission d'enquête" ou de "tribunal", ce qui nous semble-t-il ne peut qu'aider à la confusion.

65. *Ibid.* à la p. 849.

66. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *supra* note 35 à la p. 585.

67. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 35 à la p. 847 en citant *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *ibid.*

68. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *ibid.*

En l'occurrence, dans *Mossop*, le fait de savoir si l'expression «situation de famille» couvre les couples homosexuels est pour la Cour suprême une question générale de droit qui ne relève pas de l'expertise particulière d'un tel tribunal. Le tribunal canadien des droits de la personne avait conclu :

Ayant conclu que les personnes de même sexe peuvent à première vue avoir le statut d'une famille selon la Loi, et ayant conclu que la famille du plaignant reçoit un traitement différent aux termes de la Loi que d'autres familles, y compris mais sans limiter la généralité de ce qui précède aux familles dont les caractéristiques ressemblent beaucoup à celles du plaignant, ce Tribunal en arrive à la conclusion que la convention collective a privé le plaignant d'une chance d'emploi, savoir, un congé de deuil, pour un motif de distinction illicite, et il s'ensuit que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont commis un acte discriminatoire selon le para. 10b) de la Loi.⁶⁹

La Cour d'appel fédérale⁷⁰ décide, pour sa part, que toute erreur de droit commise par le tribunal canadien devait être corrigée puisque il n'y avait aucune clause privative. Ainsi, le tribunal canadien a commis cette erreur puisque seule une approche juridique peut mener à une compréhension correcte de l'expression «situation de famille».

Dans *Berg*, la question se pose de savoir ce qui constitue un «service généralement offert au public». Pour le juge en chef Lamer, cette question en est une générale de droit, pour laquelle la Cour n'a aucune raison de faire preuve de retenue.⁷¹

Cette position est reprise en 1996 par le juge LaForest dans l'affaire *Gould*.⁷² Il s'agit dans cette affaire d'un ordre fraternel, le Yukon Order of Pionners, se consacrant essentiellement à des activités sociales, historiques et culturelles axées sur le bien-être de ses membres, et dont l'admission aux femmes est refusée. Devant le conseil d'arbitrage constitué par la Commission, la seule question posée à laquelle le conseil répond par l'affirmative est celle de savoir s'il s'agit là d'un service public, auquel cas le refus d'y accueillir des femmes devient discriminatoire. À tous les paliers, les cours de justice en révision affirment qu'il ne s'agit pas là d'un service offert au public et que le concept de service généralement offert au public est une question générale de droit, donc qui ne relève pas de l'expertise d'un tribunal des droits de la personne.

69. *Ibid.* à la p. 572 en citant *Mossop v. Canada (Secretary of State)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064 à la p. D/6097 (T.C.D.P.).

70. *Canada (Attorney General) c. Mossop*, [1991] C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 27b, 114 N.R. 241, 12 C.H.R.R. D/355 (C.F.A.).

71. *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, *supra* note 35. Dans cette affaire, une étudiante au programme de maîtrise de l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique s'est vue refuser une clé donnant accès à l'édifice, de même qu'un membre du corps professoral a refusé de remplir un formulaire d'évaluation devant accompagner sa demande d'internat en milieu hospitalier, en raison de problèmes de déficience mentale de l'étudiante. La Cour suprême détermine que la remise de la clé ou du formulaire d'évaluation constituent un service habituellement offert au public et qu'il est discriminatoire d'en refuser l'accès au motif de handicap.

72. *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, *supra* note 35 à la p. 600.

Dans *Dickason*,⁷³ il s'agit de savoir si la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans pour un professeur constitue de la discrimination fondée sur l'âge. La commission d'enquête, constituée pour examiner la plainte, déclare discriminatoire la retraite obligatoire et ordonne la réintégration du professeur. Cette décision est maintenue par la Cour du Banc de la Reine, puis renversée par la Cour d'appel. La Cour suprême du Canada, par une majorité de quatre juges sur sept, dispose de la question en ne se sentant aucunement liée par la décision de la commission d'enquête et décide que l'Université a démontré que la pratique contestée de mise à la retraite obligatoire est raisonnable et justifiable. La Cour en a décidé ainsi sans faire preuve d'aucune retenue judiciaire, se basant sur le fait que la loi (*Individual's Rights Protection Act*) est libellée de façon telle que les cours d'appel peuvent examiner à nouveau la preuve et tirer leurs propres conclusions de fait, si elles le jugent approprié. Quant aux juges dissidentes L'Heureux-Dubé et McLachlin, elles rappellent que la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait est conforme aux principes et à la jurisprudence qui reconnaissent l'«avantage capital» des tribunaux de première instance du fait qu'ils voient et entendent les témoins.

Ainsi, le raisonnement juridique général des tribunaux des droits de la personne, de même que leur interprétation tout aussi générale des lois, ne peut en fait constituer une expertise particulière qui leur soit propre.

Le 21 novembre 1996, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cooper c. Commission des droits de la personne*⁷⁴ a statué que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne donne pas à la Commission canadienne des droits de la personne compétence pour examiner la constitutionnalité de ses dispositions; la compétence de la commission est circonscrite par les prescriptions de la Loi. De la même manière, ajoute la Cour, un tribunal constitué à la demande de la Commission n'a pas non plus compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions limitatives de la Loi. Le juge LaForest indique alors :

Comme pour la Commission, la Loi ne confère pas expressément à ces tribunaux le pouvoir d'examiner des questions de droit. Pris ensemble, les par. 50(1) et 53(2) de la Loi disposent qu'un tribunal examine l'objet de la plainte qui lui est déférée par la Commission pour déterminer si elle est fondée. Il s'agit d'abord et avant tout d'une enquête portant sur l'appréciation des faits, qui vise à établir si oui ou non un acte discriminatoire a été commis. Au cours d'une telle enquête, un tribunal peut effectivement examiner des questions de droit. Comme dans le cas de la Commission, ces questions porteront souvent essentiellement sur l'interprétation à donner à la loi habilitante. Cependant, contrairement à ce qui en est pour la Commission, l'économie de la loi pose implicitement qu'un tribunal possède une compétence plus générale de statuer sur les questions de droit. Ainsi, on a reconnu aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter d'autres lois que leur loi habilitante (voir Canada (Procureur général) c. Druken,

73. *Dickason c. Université de l'Alberta*, supra note 35.

74. *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Les juges de la majorité sont les juges LaForest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et le juge en chef Lamer; les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

[1989] 2 C.F. 24 (C.A.) et d'examiner des questions constitutionnelles autres que celles mentionnées ci-dessus. En particulier, il est bien établi qu'un tribunal administratif a le pouvoir d'examiner des questions portant sur le partage des compétences constitutionnelles (voir Public Service Alliance of Canada c. Qu'Appelle Indian Residential Council (1986), 7 C.H.R.R. D/3600 (T.C.D.P.)), et sur la validité d'un motif de discrimination visé dans la Loi (voir Nealy c. Johnston (1989)), 10 C.H.R.R. D/6450 (T.C.D.P.)), et on peut envisager qu'un tribunal puisse entendre une argumentation fondée sur la Charte quant à la constitutionnalité des recours disponibles dans une affaire donnée (voir Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892)). Cependant, même dans ce cas, la règle de la retenue judiciaire ne s'appliquera pas aux conclusions juridiques formulées. [...]

J'ajouterais une mise en garde pratique en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal des droits de la personne d'examiner des arguments fondés sur la Charte. Premièrement, comme il en a déjà été fait état, un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité que semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineraient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne.

[...] Bien qu'il puisse avoir la compétence d'examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles d'ordre général, un tribunal des droits de la personne ne peut logiquement avoir la compétence qui lui permettrait de mettre en cause la constitutionnalité d'une disposition limitative de la Loi.⁷⁵

C. L'expertise particulière des tribunaux des droits de la personne : la détermination de la discrimination dans un certain contexte

Enfin, en quoi ces tribunaux ont-ils une expertise qui leur soit toute particulière? La distinction n'est-elle pas difficile à faire entre «l'expertise relative d'un tribunal des droits de la personne» et «l'interprétation générale de la loi» qui est le propre

75. *Ibid.* aux pp. 896-897.

de toute cour de justice?⁷⁶ Si l'analyse de la preuve est la spécificité de toute cour de justice de première instance, en quoi «l'analyse des faits» est-elle une expertise particulière lorsqu'il s'agit d'un tribunal des droits de la personne? Comment comprendre l'expression «décision dans un contexte des droits de la personne» qui est également la spécificité de ces tribunaux? La distinction entre «les questions générales de droit» et les «décisions dans un contexte de droits de la personne» est, à première vue, loin d'être claire. Comme le dit d'ailleurs la professeure Harvison Young :

*In short, the distinction between matters to which a tribunal has relative expertise, and general questions of law, is a difficult one to apply, and it begs the more fundamental questions of who the appropriate decision-makers are and why.*⁷⁷

La lecture conjuguée des arrêts de la Cour suprême doit faire conclure que les tribunaux des droits de la personne ont une expertise spécifique dans l'analyse de différents éléments de la preuve qui, juxtaposés les uns aux autres, font conclure s'il y a ou non discrimination.

Ainsi, le juge LaForest, dans *Ross*,⁷⁸ parle des déductions probatoires qui permettent de statuer sur l'existence de la discrimination :

Une conclusion à l'existence de discrimination repose essentiellement sur des faits que la commission d'enquête est la mieux placée pour évaluer. La commission a entendu un nombre considérable de témoignages sur l'allégation de discrimination et a dû apprécier la crédibilité des témoins et faire des déductions, à partir de la preuve factuelle qui lui était soumise, pour statuer sur l'existence de discrimination. Étant donné la complexité des déductions probatoires découlant des faits présentés à la commission d'enquête, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission d'enquête en matière d'appréciation des faits, laquelle conclusion est étayée par la présence de mots qui confèrent à la loi constituante un effet privatif limité.

Il est indéniable pour la Cour suprême que le bât blesse quand un tribunal «constitué au besoin», comme la Cour le dit dans l'affaire *Mossop*, ou composé d'un «membre désigné» comme dans l'affaire *Berg*, ou plus généralement «comme une commission des droits de la personne dont les fonctions sont beaucoup plus larges que celles de l'adjudication», pour reprendre *Mossop* et *Ross*, peut rendre des décisions, qui,

76. Voir en ce sens A. Harvison Young, "Human Rights Tribunal and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference", (1993) 13 Admin. L. R. (2^e), 206.

77. *Ibid.* à la p. 211.

78. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 35 à la p. 849.

pour reprendre l'expression utilisée à quelques reprises par la Cour suprême, ont «une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales.»⁷⁹

Devant les questions importantes des droits fondamentaux, la Cour suprême refuse de laisser à ces instances administratives une complète liberté d'interprétation à l'égard des textes et tient à en rester la gardienne. Mais encore convient-il de voir ce qu'il faut entendre par droits fondamentaux. L'organisation des éléments de preuve qu'un tribunal des droits de la personne exerçant uniquement dans des activités adjudicatives, peut et sait faire, éléments de preuve qui, en faisceaux, en déduction, dit la Cour suprême, conduisent à un constat de discrimination ne constitue sûrement pas un droit fondamental dont les cours de justice doivent être les gardiennes. C'est donc dans la définition de discrimination que les tribunaux trouvent toute leur expertise, toute leur spécificité, et que partant, ils ont un rôle tout particulier à jouer, comme dans l'élaboration de solutions appropriées où leur reste aussi ouvert le champ de la détermination des remèdes et des mesures de redressement appropriés.

Après avoir participé de manière active à la prise en charge judiciaire du phénomène de la discrimination (par le droit positif) dans les années 1970 et 1980, les tribunaux des droits de la personne ont vu leur degré d'expertise questionné et largement remis en cause puis finalement redéfini par la Cour suprême du Canada, et ce, dans les toutes dernières années.

Qu'en conclure? Nous formulerons ici trois commentaires.

1. Les critiques formulées à l'endroit de ces tribunaux des droits de la personne sont souvent fondées. Il nous apparaît que l'analyse de l'expertise de ces institutions faite par les tribunaux d'appel et par la Cour suprême est en effet teintée par des éléments tels que leur structure et leur fonctionnement; des délais parfois très longs qui mettent en péril leur efficacité mais aussi leur arrimage trop serré aux commissions des droits de la personnes qui mettent en cause leur impartialité. De plus, la nature de ces tribunaux est floue, vague, insaisissable. À ces critiques, des remèdes sont suggérés. Ainsi en Saskatchewan, dans le cadre du rapport de la Saskatchewan Human Rights Commission, rapport déposé au Ministre de la Justice en juillet 1996,⁸⁰ il est proposé deux solutions, soit qu'un

79. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *supra* note 35 à la p. 585 cité dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *ibid.* à la p. 847.

80. Report of the Saskatchewan Human Rights Commission, *supra* note 6. En ce qui a trait au tribunal administratif indépendant il est mentionné que l'établissement d'un tribunal permanent, spécialisé en droits de la personne rend possible le développement de l'expertise nécessaire à l'adjudication des demandes en droits de la personne et permet le développement de procédures et façons de procéder adaptées. Les activités du futur tribunal pourraient être élargies, en incluant l'équité en emploi, et l'équité en son sens large. Le tribunal serait composé de trois personnes, nommées pour cinq ans, qui siègeraient ensemble pour les cas complexes. Également, le tribunal pourrait s'adjoindre certains conseillers représentant des groupes communautaires, agissant à titre d'assesseurs. Le second choix vise la mise sur pied d'un tribunal qui serait rattaché à un tribunal déjà existant. Ce nouveau tribunal serait constitué d'un adjudicateur déjà en place au tribunal existant et de deux membres spécialisés nommés

tribunal administratif indépendant soit mis sur pied ou soit qu'un nouveau tribunal administratif se joigne à un tribunal déjà existant dans une sorte de complémentarité. Quant à la Colombie-Britannique, le rapport du professeur Black⁸¹ énonce qu'un modèle judiciaire répond le mieux aux préoccupations d'équité et d'impartialité. Toutefois, il rappelle l'importance de la flexibilité de la procédure et l'inconvénient que des juges le président, en critiquant le fait qu'un tribunal ne pourrait pas représenter différents segments de la communauté si seuls les juges pouvaient occuper les fonctions.⁸² On ne peut passer sous silence le fait qu'au 1er janvier 1997, plusieurs amendements devraient être apportés au *British Columbia Human Rights Code* prévoyant en particulier la création d'un tribunal administratif des droits de la personne.⁸³

Il est certain que la mise en place de structures permanentes conduit à une indépendance et à une impartialité encore plus apparentes tout en permettant la souplesse et l'ouverture requises en ce domaine. Ces structures ne peuvent qu'asseoir la crédibilité des institutions chargées du respect des droits de la personne.

2. L'analyse de l'expertise des tribunaux des droits de la personne vient d'être modulée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ross* d'avril 1996 qui se démarque des arrêts *Zurich*, *Mossop* et *Berg* en ce que la Cour suprême indique clairement un champ d'expertise spécifique, soit celui de la prise en compte de tout un faisceau de déductions qui arrive à un constat de discrimination. En ce sens, peut-être assistons-nous actuellement à un «repositionnement» sur la nature de l'expertise de ces tribunaux un peu à la manière de l'évolution jurisprudentielle du contrôle judiciaire exercé face aux tribunaux spécialisés dans les relations de travail.
3. S'il est inéluctable que les cours de justice revendiquent à juste titre le pouvoir de définir une fois pour toutes la portée des droits fondamentaux, ce qui en bout de ligne porte ombrage aux tribunaux spécialisés des droits de la personne qui interprètent des textes de nature quasi-constitutionnelle, comme l'a affirmé la Cour suprême à

spécifiquement membres du nouveau tribunal. Le nouveau tribunal partagerait les services et équipements administratifs du tribunal déjà existant. Mis à part ces particularités, ce nouveau tribunal serait identique au tribunal administratif indépendant.

81. B. BLACK, *B.C. Human Rights Review : Report on Human Rights in British Columbia*, Vancouver, B.C. Ministry Responsible for Multiculturalism and Human Rights, 1994; B. BLACK, *B.C. Human Rights Review : Discussion Paper*, May 1994, Vancouver, Special Advisor to the Minister Responsible for Multiculturalism and Human Rights.
82. B. BLACK, *B.C. Human Rights Review : Report on Human Rights in British Columbia*, *ibid.* à la p. 62.
83. S.B.C. 1995, c. 42; ce tribunal des droits de la personne sera composé d'un minimum de trois membres et d'un maximum de six membres à temps partiel, nommés pour cinq ans par le lieutenant-gouverneur en conseil. Le tribunal pourra s'adjoindre des conseillers ou spécialistes et il inclut du personnel administratif.

plusieurs reprises, et ce, de manière constante depuis *Heerspink* en 1982,⁸⁴ encore faut-il bien s'entendre sur ce que sont les droits fondamentaux.

De plus, il faut tracer la ligne entre les «règles générales de droit» d'une part, et le constat de discrimination à partir d'un «faisceau de déductions» d'autre part, laissant aux cours de justice le devoir ultime d'agir comme gardiennes du droit. Il faut bien voir que la portée attribuée à un critère, comme «situation de famille» dans *Mossop* par exemple, ne constitue pas en elle-même la définition d'un droit fondamental. Ce critère n'est qu'un des éléments dans la composition du droit à l'égalité. Il n'est pas à lui seul le droit à l'égalité. Partant, dans la foulée de la décision *Ross*,⁸⁵ nous pensons qu'il est possible d'entrevoir que la définition de ce critère soit aussi le propre de ces tribunaux spécialisés qui ont, par leur spécialisation même, l'expertise requise en ce domaine. Répétons-le : la décision du critère dans son application participe, nous semble-t-il, au constat de discrimination à partir d'un faisceau de «déductions probatoires».

En cette fin de XX^e siècle, les tribunaux des droits de la personne ont modelé, de manière indélébile, le droit positif canadien. Il appartient aux cours de justice de bien leur reconnaître, à l'instar de la Cour suprême, un champ d'expertise particulier, pour qu'ils puissent au XXI^e siècle, continuer, à cause justement de leur spécialisation fine, à proposer des concepts et des solutions pour l'avancement de la société canadienne dans sa quête d'égalité.

84. *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, supra note 50.

85. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, supra note 35 à la p. 847.

