

*L'ÉVOLUTION DU DROIT À L'ÉGALITÉ ET L'ÉLIMINATION DES
PRÉJUGÉS INCONSCIENTS CHEZ LES JUGES EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ*

**Séminaire sur les chartes canadienne et québécoise des
droits et libertés de la personne
de la Cour du Québec**

**Auberge de la Montagne coupée,
St-Jean-de-Matha**

Nicole Duval Hesler, J.C.A.

Le 19 septembre 2011

(Ce texte recoupe en partie un texte d'abord rédigé pour le séminaire de 2009 et mis à jour pour le séminaire de 2010. Je remercie de sa collaboration Noah Zucker, étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et stagiaire à la Cour d'appel pour l'année judiciaire 2011-2012.)

L'évolution du droit à l'égalité et l'élimination des préjugés inconscients chez les juges en matière d'égalité

Introduction et mise en contexte

L'un des problèmes que posent les chartes est celui de la réconciliation des droits individuels et des droits collectifs. Souvent, le droit revendiqué par un individu donné est vu à travers le prisme de normes sociales qui privilégient ou défavorisent le groupe auquel il ou elle appartient, prisme qui peut déformer la perception objective de sa situation, tout autant que la perception subjective de cette situation, surtout chez les membres du groupe majoritaire qui observe celle-ci.

L'immigration des dernières décennies a radicalement transformé les démocraties occidentales, hôtes de cette immigration. En Angleterre, la proportion de résidents nés à l'étranger a plus que doublé en vingt ans, pour atteindre 11%, ce qui se rapproche des statistiques américaines, 12,5% des résidents des Etats-Unis étant nés ailleurs.¹

Phénomène bien connu ici, la population en place s'émeut, on décrie les méfaits du multiculturalisme, on accuse les immigrant/es de ne pas vouloir s'intégrer, on blâme les gens au pouvoir de ne pas imposer suffisamment d'exigences, comme celles de parler la langue locale.

¹ La statistique vient du *Office for National Statistics* de Grande Bretagne, telle que rapportée par Nicholas Cecil dans le *Evening Standard* de Londres.

Je vous propose de revenir aux sources.

La soif de la justice est un besoin universel. Tous et toutes ont besoin de savoir que nous appartenons à une société juste. C'est ainsi que si le système pénal punit, ce n'est pas tant par vengeance que pour rétablir un certain équilibre moral. C'est d'ailleurs pourquoi une société juste ne punit pas une personne chez qui n'existait pas une intention de nuire ou une grossière absence de préoccupation quant aux effets de ses agissements.

En droit civil, les parties recherchent d'abord et avant tout la validation de leurs droits en vertu de règles qui, bien qu'elles puissent être adaptées aux besoins d'une situation donnée, sont les mêmes, en substance, pour tous les justiciables. En droit criminel, les législateur/es et le système judiciaire s'efforcent d'assurer aux accusé/es un procès équitable, sans égard aux caractéristiques personnelles des personnes accusées, dont leur appartenance à tel ou tel autre groupe. C'est ce que nous appelons la primauté du droit, the *rule of law*, laquelle constitue une valeur première. C'est sans doute pourquoi, incidemment, 80% des justiciables qui ont eu à vivre le système de justice se disent satisfaits de son fonctionnement bien que 80% d'entre eux ne sauraient avoir eu gain de cause. Et bien que la perception publiquement véhiculée, il faut l'admettre, soit toute différente!

Dans les phénomènes de discrimination systémique, car c'est bien de cela dont il s'agit, c'est bien ce à quoi nous sommes confrontés par le phénomène de l'immigration, nous inclinons à penser que s'il n'y a pas d'intention de nuire, il ne peut s'agir de discrimination. Or, les phénomènes de discrimination systémique se manifestent en raison de conflits de valeurs

à ce point intériorisées que toute motivation subjective est occultée. En d'autres termes, la discrimination, chez des gens instruits et bien pensants au sein d'institutions qui sont le fruit d'une évolution démocratique, est un résultat qui se produit de façon non voulue, par le jeu de perceptions culturellement partagées au sein du groupe dominant, celui qui vote les lois, sans aucune intention de nuire à qui que ce soit. Et comme c'est là la perception du groupe dominant, celui-là peut être facilement choqué par la simple suggestion qu'il se serait rendu coupable de quelque chose sans l'avoir aucunement voulu.

La discrimination est le résultat, d'abord et avant tout, d'un ethnocentrisme qui est, de manière générale, inhérent à tout individu. Il est ici question d'un ethnocentrisme, non pas uniquement fondé sur l'ethnie, mais sur le groupe social auquel toute personne appartient. De la sorte, il se distingue du racisme, du sexisme et de l'homophobie pures, en ce sens que l'ethnocentrisme n'implique pas nécessairement un comportement haineux, mais plutôt un réflexe constituant à concevoir la réalité selon un référentiel propre à son groupe social.

La discrimination systémique, involontaire et non perçue, se situe au niveau des attitudes, des stéréotypes, des idées préconçues et des préjugés inconscients, intériorisés souvent depuis l'enfance, qui influencent les attitudes et comportements sans jamais être identifiés, et surtout jamais articulés. C'est pourquoi la discrimination systémique ne peut s'apprécier qu'en termes d'impacts défavorables ou d'effets défavorables. Même aujourd'hui, on peut difficilement faire mieux que de se référer à la célèbre

affaire *Andrews*², où la Cour suprême a confirmé, si besoin était, qu'en matière de discrimination, le contexte social dans son ensemble doit diriger l'appréciation des magistrat/es.

Si la discrimination – *bis repetita placet* – s'apprécie en termes de résultats, c'est que les chartes doivent être interprétées selon le traditionnel "remedy construction" (l'interprétation téléologique). Les chartes existent pour produire un résultat. C'est qu'il faut s'interroger sur la solution susceptible de réaliser le but recherché par les chartes, but qui, comme pour toute loi, est de réprimer un abus ou de corriger une situation injuste. Les dispositions d'égalité des chartes sont orientées vers un objectif à rencontrer, soit celui d'assurer l'égalité devant la loi. En matière de discrimination, il est souvent inutile de rechercher l'intention derrière le geste ou la parole discriminatoires :

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires.³

Bien naïf ou naïve qui s'imagine que les changements requis pour atteindre cet objectif vont de soi et s'imposent éventuellement par eux-mêmes. Cela est encore plus vrai des aspirations égalitaires de certain/es dans des situations où l'inégalité, systémique par définition, ne saurait être perçue sans une volonté de remettre en question des acquis expérientiels qui paraissent à première vue incontestables, mais qui ne sont pas

² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

³ *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139.

nécessairement partagés par tous les membres de la société que visent les dispositions légales attaquées.

C'est un piège facile que de penser être exempt de tout préjugé envers un sous-groupe parce qu'on connaît les institutions qui le régissent et que l'on croit connaître les caractéristiques de ce sous-groupe. En réalité, vaincre ces préjugés exige un réexamen, par les membres du groupe dominant, celui qui adopte les lois, de la perception de la réalité sociale de tous les membres de la société que ces lois affectent.

Je ne veux surtout pas laisser entendre que chaque juge qui fait connaître un point de vue sur un groupe ou sous-groupe est tombé dans le piège des idées préconçues. Dans le domaine des droits fondamentaux, les divergences d'opinion sont non seulement inévitables, mais légitimes. Je désire simplement rappeler que la culture subjective regroupe les croyances, les attitudes et les valeurs largement partagées au sein d'un groupe social. Si ces croyances, attitudes et valeurs, et les lois qui en résultent, ont un impact défavorable sur un sous-groupe identifiable, il est prudent de se mettre en garde contre la possibilité d'être incapable de reconnaître un phénomène de discrimination systémique.

Laissez-moi maintenant illustrer mon propos par quelques exemples concrets.

Nos législateur/es consacrent la légitimité d'une pareille mise en garde contre les préjugés et stéréotypes dans l'article 718.2b) e) C. cr., qui se lit comme suit :

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

[...]

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

Cette disposition reflète la réalité que les autochtones sont incarcérées beaucoup plus que ne le voudrait leur représentation au sein de la population générale. Il est dès lors logique de penser qu'entrent en jeu, dans le cas de délinquants autochtones, d'autres facteurs que les principes pénologiques énoncés au Code criminel. D'où la nécessité d'une mise en garde spécifique qui s'adresse en apparence uniquement aux tribunaux, mais qui, à vrai dire, vise aussi les autres intervenants du système judiciaire, avocats de la défense et substituts du ministère public.

Évidemment, tous les stéréotypes ne sont pas nécessairement défavorables. Les féministes ont souvent décrié l'avantage conféré aux *white males*. La notion du *old boys network* y est clairement associée, tout comme celle du *racial profiling*, en ce sens que les blancs n'en sont pas victimes. Si j'utilise l'anglais, c'est que ces notions sont d'abord apparues chez nos voisins américains, qui, il faut bien l'admettre, ont été des chefs de file en matière d'égalité, pour des raisons historiques, telles les suites de l'esclavage et le traitement discriminatoire des minorités noires, mais aussi pour des raisons qui leur font grandement hommage. Il faut bien admettre en effet que l'émancipation féminine s'est probablement manifestée plus tôt et plus vigoureusement aux Etats-Unis que partout ailleurs.

Cette émancipation, toutefois, comme celle d'autres minorités, n'a pas réussi à enrayer totalement les conséquences non voulues mais bien réelles d'une vision du monde qui ne favorise pas l'émergence, en pleine égalité, des femmes, des minorités religieuses ou raciales, même dans les sociétés occidentales démocratiques.

Quel est le remède? Chez les juges, depuis au moins deux décennies, le remède est l'éducation des juges, à qui l'on prodigue, à condition qu'ils ou elles le veuillent bien - indépendance judiciaire oblige - une formation qui vise à mettre l'emphasis sur l'application des règles de droit dans le contexte social du cas sous étude. C'est ici, par exemple, que l'article 813 *C.cr.* précédemment cité trouve toute son utilité.

Je ne saurais prétendre cependant que la formation professionnelle est susceptible, à elle seule, de régler tous les problèmes de biais et préjugés intériorisés.

Au Massachusetts, un comité ou *task force* chargé de se pencher sur les préjugés inconscients des juges identifiait, parmi les agissements reprochés : le fait, entre autres, de faire des blagues, ou des commentaires condescendants, sur les minorités en pleine audition, le fait de donner une peine de prison au membre d'une minorité alors qu'un accusé de race blanche s'en tirerait à meilleurs compte, le fait d'insister sur le respect d'une

ordonnance alimentaire si les parties sont de race blanche, mais non si elles appartiennent à une minorité visible.⁴

Comment reconnaître une remarque condescendante? Je lisais récemment dans une publication du Barreau américain que de dire, par exemple " – Wow, you speak English so well! – might be meant as a compliment, but is in reality a subtle insult, a microaggression. Such slights can devalue individuals and negatively impact on their capacity ..."⁵ – ici, j'ajouterais – "to impress the court positively".

D'aucun/es jugeront que de pareils commentaires sombrent dans le *political correctness* et sont excessifs. Pourtant, le but n'est pas d'imposer l'utilisation d'un langage conforme à la rectitude politique, mais bien de provoquer la réflexion. Il n'est pas inopportun de se demander si le récipiendaire d'un pareil « compliment » le percevra comme un compliment ou plutôt comme « *a subtle put down* ».

Malgré la réalité des manifestations subtiles de préjugés profondément ancrés, la solution n'est pas nécessairement de fournir aux juges une liste généralement acceptée de notions préconçues et de stéréotypes favorables dans l'espoir de leur éviter l'écueil de leurs propres idées préconçues et stéréotypes défavorables. On se souviendra de l'éclat provoqué, il y a plusieurs années, par une sentence qui déclarait que l'enfant, bien que sodomisée, avait au moins préservé sa virginité, ce qui était prisé dans sa

⁴ Evan R. Seamone, "Understanding the Person Beneath the Robe: Practical Methods for Neutralizing Harmful Judicial Biases", (2006) 42 *Willamette Law Review* 1, p. 10

⁵ Carlos Cruz-Abrams, *The Impact of Microinequities in the Workplace*, YourABA, March 2011 Masthead. (M. Cruz-Abrams pratique au sein de l'étude Abrams, Gibson, Dunn & Crutcher, LLP.

communauté. Ou la clameur, plus récente, qui a accueilli la déclaration d'un politicien selon laquelle il est méprisant de qualifier de barbares les meurtres d'honneur (*honor killings*), déclaration qu'il a promptement rétractée.

On se souviendra que le débat sur les «accommodements raisonnables» a soulevé au Québec, il y a quelques années, un courant, sinon de méfiance, tout de moins de questionnement par rapport à nos minorités culturelles. Il faut bien reconnaître, du reste, que le multiculturalisme n'est pas seulement la cible de critiques au Québec et au Canada, mais également aux États-Unis et en Europe.

David Brooks, du *New York Times*, proclamait haut et fort "the death of multiculturalism"⁶. Trevor Phillips, qui présidait autrefois la *Commission for Racial Equality* britannique, reprochait au multiculturalisme d'avoir mis l'emphase sur les différences culturelles aux dépens de la cohésion sociale⁷.

Même les Pays-Bas, contrée reconnue pour son ouverture d'esprit, et jusqu'à récemment un modèle de multiculturalisme, exige maintenant que ses immigrants non occidentaux qui demandent la citoyenneté, se soumettent à un test sur les valeurs néerlandaises⁸.

⁶ David Brooks, « The Death of Multiculturalism » *The New York Times* (April 27, 2006), online: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C01E1DC133FF934A15757C0A9609C8B63&sec=&spn=&pagewanted=1>.

⁷ Lynda Hurst, « Multiculturalism's nemesis: Meet Trevor Phillips, the Man Charged with Shaking Britain's View of Diversity » *The Star* (March 15, 2008), online:<http://www.Thestar.com/News/Ideas/article/346288>.

⁸ Gaël de Santis, « L'immigration "choisie" made in Holland » *L'Humanité* (17 mars 2006), en ligne: http://www.humanite.fr/2006-03-17_International_L-immigration-choisie-made-in-Holland.

Les événements du 11 septembre et le terrorisme sont devenus des raisons de remettre en question la diversité des populations dans les pays occidentaux et même, de suspendre les droits individuels sans égard à la règle de droit traditionnel.

Partout, on utilise la même raison pour décrier le multiculturalisme : "Multiculturalism is what allows immigrants not to integrate into Canadian Society".

Il existe aussi une nostalgie bien réelle de ce qui existait autrefois. La sensibilité « pure laine » n'est pas exclusive au Québec :

It is undeniable that something has been lost, said Charles Moore in *The Telegraph*. That something is Englishness. Certainly it will be "possible, though hard, to forge a United Kingdom made up of many ethnicities." It may end up being a dynamic and wonderful country. "But whatever it is, and however well it turns out, it cannot be England." What will I tell my grandchildren when they ask what England was? "I think I shall tell them that it seemed like a good idea while it lasted, and that it lasted for about 1,000 years."⁹

Devant de telles réactions au sein du public, il ne serait pas étonnant que les juges de première instance ne deviennent plus frileux à protéger les droits collectifs des minorités. Il faut admettre qu'il est parfois difficile de trouver un point d'équilibre lorsque des intérêts opposés se manifestent dans des situations rendues délicates par un affrontement culturel. Joseph Magnet écrivait ceci dans le McGill Law Journal:

Collective rights litigation has often occurred during times of local hysteria. The generality of constitutional texts has proven insufficient to prevent

⁹ *The Week*, 29 avril 2011, p. 18.

judges from being swept along by temporary social pathology. The courts are placed in a difficult position. Constitutional texts are inadequate to divert the judiciary's attention from an all too understandable desire to keep peace in the Canadian family, usually by sacrificing minority rights to preservation of the status quo.¹⁰

À supposer même que le Canada veuille modifier sa politique multiculturelle, en pratique, il me semble que la société canadienne demeurerait probablement multiculturelle.

L'idée d'accorder une protection constitutionnelle aux minorités culturelles ne peut que s'imposer dans un pays comme le Canada, dans lequel la plupart des citoyens/nes acceptent que plus d'une seule nation, plus d'une seule culture puissent vivre ensemble en harmonie, en mettant l'emphase sur le respect des différences davantage que sur un besoin de conformité ou d'orthodoxie. Historiquement, à part les communautés autochtones, nous sommes tous des immigrants de date relativement récente. Le monde aboie aux portes des démocraties occidentales, où les conditions de vie demeurent meilleures, pour y avoir accès. Les démocraties occidentales, pour l'instant du moins, demeurent réceptives à un apport démographique provenant de l'immigration. L'homogénéité de la société semble appartenir au passé.

Voltaire disait que «s'il n'y avait en Angleterre qu'une religion, le despotisme serait à craindre; s'il y en avait deux, elles se couperaient la gorge; mais il y en a trente, et elles vivent en paix et heureuses».

¹⁰ J. Magnet, « Collective Rights, Cultural Autonomy and the Canadian State », (1986) 32 *McGill L. J.* 170 aux pages 172-3.

Peut-être la situation du Canada est-elle semblable. Le pays est formé de plusieurs groupes différents, certains, il est vrai, beaucoup plus nombreux ou concentrés que d'autres, tous épousant des idées, des philosophies, des besoins et des croyances différentes à certains égards et à certains degrés. Il est important de respecter ces différences et la Charte nous rappelle cette obligation. L'article 27 ne pourrait être plus explicite: «Toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

C'est donc dire que le discours sur les conséquences négatives du multiculturalisme ne peut mener nulle part. L'on ne saurait par dictat mettre fin au multiculturalisme, pas plus que l'on ne saurait ignorer le besoin d'accommoder nos minorités.

Nous devons par conséquent trouver des points communs, un terrain d'entente, un lien que tout le monde partage. Au-delà de nos institutions politiques, démocratiques, légales et économiques, nous devons partager les valeurs de tolérance, d'équité, de non-violence et de non-discrimination que la charte canadienne élève au rang de principes constitutionnels.

Dans ce contexte, le défi que doivent relever les juges est celui d'être attentifs à ces valeurs et d'assurer leur respect tout en veillant à la protection des minorités, de répondre aux attentes légitimes de la population dans son ensemble sans tomber dans le piège de vouloir rendre des décisions populaires.

1. L'évolution du droit canadien en matière d'égalité

Le défi est de taille, car l'article 15 de la Charte canadienne garantit plus que l'égalité formelle, il garantit l'égalité réelle. Définir l'égalité réelle n'est pas simple affaire dans une société où la forte majorité de la population, mis à part les autochtones, est composée d'immigrant/es d'arrivée plus ou moins récente. Faisant abstraction, pour nos fins, des revendications collectives historiques, qui ajoutent à la complexité du problème, comment définir juridiquement l'égalité? C'est un problème auquel la Cour suprême a été durement confrontée et sur lequel on pourrait dire qu'elle a fait volte face.

La norme établie par la Cour suprême dans *Andrews*¹¹ pour déterminer s'il y avait atteinte à l'égalité consistait à vérifier si une partie recevait un traitement défavorable en raison d'un des motifs énoncés à l'article 15 (1) de la *Charte*, ou d'un motif analogue. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que la Cour se pencherait sur la question de savoir si la distinction se justifiait en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

Pour résumer brièvement les faits de cette affaire, je rappelle que l'intimé Andrews remplissait toutes les conditions nécessaires afin de devenir membre du Barreau de la Colombie-Britannique à l'exception d'être citoyen canadien. La question qui se posait dès lors était la suivante: l'obligation d'être citoyen canadien avant d'être admis au barreau de la Colombie-Britannique portait-elle atteinte au droit à l'égalité de l'intimé? Et

¹¹ *Supra*, note 2.

si oui, cette atteinte était-elle justifiable au sens de l'art. 1 de la Charte canadienne?

Pour la majorité des juges de la Cour suprême, l'exigence de la citoyenneté constituait une violation au droit à l'égalité, non justifiable au sens de l'article premier. Le juge LaForest, pour d'autres motifs cependant, partageait ce résultat. Les juges McIntyre et Lamer auraient pour leur part considéré cette violation justifiable. C'est à cette occasion que le juge McIntyre a fourni la définition suivante – et bien connue – de la discrimination :

[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Dans *Law*¹², la Cour suprême a fait de la dignité humaine un critère juridique de l'égalité. Ainsi, seul un traitement différent portant atteinte à la dignité humaine de la partie réclamante serait considéré discriminatoire.¹³

Cette nouvelle approche a fait l'objet de nombreuses critiques dans le milieu académique. L'auteur Peter Hogg a décrit le critère de la dignité

¹² *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

¹³ *Ibid.*, par. 51.

humaine comme étant « vague, confusing and burdensome to equality claimants »¹⁴

Les difficultés d'application de ce nouveau critère ont fait que près de dix ans plus tard, la Cour suprême, dans *Kapp*¹⁵, bien qu'elle ne le dise pas en termes aussi clairs, a, sur ce point, fait marche arrière.

Dans l'affaire *Kapp*, un groupe de pêcheurs commerciaux contestait la validité d'un permis de pêche communautaire accordé à trois bandes autochtones dans le cadre d'un programme fédéral dont le but était de favoriser la participation des autochtones à la pêche commerciale. Les réclamants, pour la plupart des pêcheurs non autochtones, plaidaient que ce permis violait leur droit à l'égalité en créant une inégalité de traitement pour un motif d'appartenance raciale. Le permis accordait aux bandes autochtones concernées le droit **exclusif** de pêcher le saumon à l'embouchure de la rivière Frasier pendant une période de 24 heures en août 1998. Ajoutons, pour plus de clarté, que les réclamants étaient accusés d'avoir pêché pendant une période où il leur était prohibé de ce faire, ce qu'ils ne contestaient pas du reste.

La Cour suprême, dans *Kapp*, commence par réaffirmer le rôle central de l' «égalité réelle », par opposition à l' «égalité formelle » dans l'adjudication du droit à l'égalité. Pour atteindre l'égalité réelle, la loi doit faire des distinctions pour tenir compte du fait que l'expérience humaine est, de façon inhérente, inégale. Il ne s'agit pas uniquement de veiller à ce que les

¹⁴ Peter W. Hogg, *The Constitutional Law of Canada*, 2010 Student ed., Toronto, Carswell, 2010, p. 55-29.

¹⁵ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

lois ne créent pas de distinctions discriminatoires. Il faut aussi que les gouvernements aient la latitude requise pour enrayer les inégalités établies.

La Cour aborde ensuite l'arrêt *Law*, prononcé près de dix ans auparavant :

L'arrêt *Law* a réussi à unifier ce qui, depuis l'arrêt *Andrews*, était devenu une division dans l'approche de notre Cour relative à l'art. 15. L'arrêt *Law* est parvenu à le faire en réitérant et en confirmant l'interprétation donnée dans l'arrêt *Andrews*, selon laquelle l'art. 15 garantit l'égalité réelle et non seulement formelle. De plus, l'arrêt *Law* nous a beaucoup aidé à comprendre le fondement conceptuel de l'égalité réelle.

En même temps, plusieurs difficultés ont découlé de la tentative, dans l'arrêt *Law*, de faire de la dignité humaine *un critère juridique*. Il ne fait aucun doute que la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l'égalité garanti par l'art. 15. En fait, la protection de tous les droits garantis par la *Charte* est guidée par la promotion de la dignité de l'être humain.¹⁶

La Cour suprême enchaîne cependant avec ce qui suit :

[...] la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité, au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer. Les critiques se sont aussi accumulées à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l'arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux.¹⁷

La Cour procède ensuite à un ré-examen des facteurs qui permettent de déceler un effet discriminatoire :

Comme la Cour le reconnaît dans l'arrêt *Law* même, il est plus utile d'analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet

¹⁶ *Ibid.*, par. 20 et 21.

¹⁷ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 2008 CSC 41, par. 22.

discriminatoire. Les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* sont fondés sur la qualification, dans l'arrêt *Andrews*, de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification. La préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché (les premier et quatrième facteurs énoncés dans l'arrêt *Law*) concernent la perpétuation d'un désavantage et d'un préjugé, alors que le deuxième facteur a trait à l'application de stéréotypes. L'objet ou l'effet améliorateur d'une loi ou d'un programme (le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law*) concerne la question de savoir si la mesure en question a un objet réparateur au sens du par. 15(2).¹⁸

Selon la Cour suprême, il semblerait donc que sa décision dans *Law* ne constitue qu'une clarification de l'interprétation à donner à l'article 15(1) et ne s'écarte pas de la norme développée dans *Andrews*. Il me semble évident, toutefois, que *Kapp* évacue la dignité humaine comme facteur d'analyse de l'égalité et que le but de l'article 15.1 est redéfini comme étant « la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes. »¹⁹

Kapp constitue de plus un développement majeur pour la compréhension de l'article 15(2). D'une part, la Cour suprême énonce que cet article s'applique de manière indépendante :

[...] si le gouvernement peut démontrer qu'un programme contesté remplit les conditions du par. 15(2), il peut se révéler tout à fait inutile d'effectuer une analyse relative au par. 15(1). Comme nous l'avons vu au début de la présente analyse, les par. 15(1) et 15(2) doivent être interprétés comme ayant pour effet combiné de promouvoir l'égalité réelle. Le paragraphe 15(1) a pour objet *d'empêcher* les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ayant pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé, ou d'imposer un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à *permettre* aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination. Ainsi interprétées, les deux dispositions confirment mutuellement leur portée. [...]

¹⁸ Ibid., par. 23.

¹⁹ Ibid., par. 24.

Toutefois, cet objectif de confirmation n'empêche pas le par. 15(2) de jouer un rôle indépendant. Ce paragraphe représente plus qu'une exhortation. Il précise simplement et clairement que le par. 15(1) ne peut pas recevoir une interprétation qui permet de déclarer discriminatoire et contraire à l'art. 15 un programme améliorateur destiné à supprimer un désavantage.

Nous voilà donc de retour à la case départ, en quelque sorte, car ce dernier principe me semblait bien accepté depuis l'affaire *ATF c. CNR*²⁰.

Quoi qu'il en soit, la plupart des commentateur/es s'entendent pour dire que *Kapp* est un revirement partiel par rapport à ce qui avait été décidé dans *Law*. Les critères développés dans *Andrews* redeviennent la norme juridique applicable en matière d'égalité, ainsi que le démontre l'arrêt de la Cour suprême dans *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*²¹ une poursuite instituée par des bandes autochtones contre la Couronne fédérale pour bris du devoir de cette dernière d'investir l'argent provenant de l'exploitation des réserves de pétrole et de gaz sur leurs réserves de manière à optimiser le rendement de ces revenus. Selon les bandes autochtones, la politique d'investissement dictée par les dispositions de la *Loi sur les indiens*²² était discriminatoire. La Cour leur a donné tort, la législation attaquée n'ayant pas pour effet de perpétuer un préjugé ou un stéréotype, mais bien de procurer une liquidité plus immédiate et de réduire les risques. Ce qui est significatif, c'est que la décision ne réfère aucunement à *Law*, ni au critère de la dignité humaine, ni à des facteurs contextuels dans l'analyse relative à l'égalité. La Cour omet également *Law* de son analyse dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*²³. Dans *Withler c. Canada*

²⁰ À compléter.

²¹ *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, [2009] 1 R.C.S. 222.

²² *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.

²³ *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20.

(*Procureur général*), la Cour suprême précise que les critères élaborés dans *Law* n'ont pas à être expressément analysés dans chaque cause pour décider si une distinction constitue une pratique discriminatoire.²⁴ Enfin, dans *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) c. Cunningham*²⁵, la Cour suprême renverse la Cour d'appel d'Alberta, qui concluait à la discrimination, considérant plutôt que la loi attaquée visait légitimement à améliorer la situation des Métis et que la distinction créée entre Métis et Métis possédant le statut d'Indiens était nécessaire pour les fins de la loi, soit la préservation de la culture Métis et la capacité d'auto-détermination des Métis.

Je n'entends pas par là indiquer que *Law* a été relégué en son entier aux oubliettes judiciaires, mais bien que le critère de la dignité humaine, lui, n'est plus applicable, si tant est qu'il ait jamais pu constituer une véritable norme juridique. Depuis *Kapp*, la norme juridique comporte deux étapes, succinctement énoncées comme suit : « 1) la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? 2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? »²⁶ Cette norme simplifiée me semble plus facile d'application et éliminera les faux débats.

2. L'élimination des préjugés inconscients chez les décideur/es

Il m'apparaît toutefois que la question de la norme juridique est moins problématique que celle de la capacité des juges d'être même capables de

²⁴ *Withler c. Canada (Procureur general)* [2011] 1 R.C.S. 396, par. 66.

²⁵ 2011 SCC 37.

²⁶ *Kapp, supra*, note 17, par. 17.

percevoir les phénomènes discriminatoires en raison de préjugés inconscients qu'elles et ils arborent malgré eux.

La réalité, c'est que la seule façon de montrer véritablement du respect envers quelqu'un, c'est d'en éprouver. Et que ce n'est qu'en se dégageant de tout sauf de leur humanité que les juges peuvent y voir clair et se libérer de leurs idées préconçues. Pour citer l'auteur Seamone, « it is no wonder why "judicial education courses which attempt to cover several 'isms' (racism, sexism, handicapism, etc.) are too abstract and general to be useful in helping judges identify, understand and correct the concrete, day-to-day manifestations and consequences of their biases". »²⁷

Ce n'est que par une conscientisation voulue que les juges peuvent atteindre ce que cet auteur appelle le «judicial mindfulness ». Évidemment, la notion de *mindfulness* est fort connue et appliquée dans d'autres sphères de la vie. Il s'agit d'un exercice de conscientisation qui permet à l'individu de reconnaître les contradictions et limites de son propre parcours intellectuel.

Cet exercice est essentiel pour un/e juge, qui n'a pas l'option d'éviter les contacts interculturels, et pour qui il est donc d'autant plus important d'identifier les attitudes et les pensées ethnocentriques que chacun d'entre nous entretient afin de les transformer en une pensée dite ethnorelative de la diversité sociale. Ce devoir de conscientisation n'appartient pas, bien sûr, uniquement aux magistrat/es, mais bien à tout professionnel oeuvrant dans un milieu où la diversité sociale se fait sentir; c'est ce qui a donné naissance

²⁷ *Supra*, note 3, p. 13.

à l'éducation interculturelle, une branche de la sociologie qui étudie comment les hommes et les femmes de profession doivent s'adapter à la diversité culturelle.²⁸

En premier lieu, il faut clarifier le concept même de la culture. L'éducation interculturelle épouse une définition constructiviste de la culture. On distingue dès lors la culture objective de la culture subjective. Il est sans doute plus simple de se familiariser avec la notion de culture objective puisqu'elle regroupe les institutions d'un groupe social – son organisation politique par exemple – ainsi que les produits de cette culture tels que sa littérature, ses grand/es penseur/es et son art. Connaître la culture objective d'un groupe n'implique pas nécessairement l'absence de préjugés. En effet, étudier l'histoire d'une nation n'est pas gage, en tant que tel, de la capacité d'établir un réel dialogue interculturel avec les membres de cette nation. C'est donc un piège facile, je le répète, que de penser être exempt de tout préjugé envers un groupe parce qu'on en connaît les institutions. En réalité, vaincre ces préjugés requiert une connaissance de la culture subjective d'un groupe. Plus intangible, celle-ci repose sur la perception de la réalité sociale partagée par les membres d'un même groupe. En d'autres mots, la culture subjective regroupe les croyances, les attitudes et les valeurs largement partagées au sein d'un groupe social.²⁹

²⁸ Voir Landis *et al.*, eds., *Handbook of Intercultural Training*, 3rd ed. (Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004) [*Handbook of Intercultural Training*].

²⁹ Au sujet de la distinction entre culture objective et subjective, voir Janet M. Bennett & Milton J. Bennett, "Developing Intercultural Sensitivity: An Integrative Approach to Global and Domestic Diversity" dans *Handbook of Intercultural Training*, 3rd ed. (Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004), aux pp. 149-150 [Bennett & Bennett].

Il en résulte que cette notion de culture subjective implique nécessairement une certaine généralisation des caractéristiques culturelles d'un groupe social. Il importe donc de distinguer cette généralisation légitime de son opposé : le stéréotype. Afin d'éviter une telle confusion, certains voudront adopter une approche purement individualiste face aux relations sociales. Cette approche court néanmoins le risque d'imposer une conception individualiste (occidentale) à la réalité sociale en tendant à nier le fait que certaines pensées, valeurs et comportements communs soient réellement partagés chez les membres d'un autre groupe social. Il existe donc des généralisations culturelles légitimes qui se distinguent des stéréotypes en ce sens qu'elles n'impliquent ni une vision négative d'une caractéristique culturelle, ni un jugement de valeur face à cette même caractéristique. « Useful cultural generalizations are based on systemic cross-cultural research. They refer to predominant tendencies among groups of people, so they are not labels for individuals. [...] [C]ultural generalizations must be applied to individuals as tentative hypotheses, open to verification. »³⁰

Une telle approche interculturelle implique un effort quasi-surhumain pour deux raisons qui, bien qu'elles ne soient pas propres au travail de la magistrature, s'y font particulièrement sentir. Premièrement, la mondialisation et la diversification de notre société rendent impossible la connaissance de la culture objective et, de surcroît, de la culture subjective de tous les groupes qui forment cette société. Il y a cent ans, un magistrat canadien aurait pu jouir d'une compétence interculturelle exemplaire, en tout

³⁰*Ibid.*, p. 151.

cas dans le district judiciaire de Montréal, simplement en ayant conscience des différences culturelles entre Canadiens anglais protestants, Canadiens français et Canadiens d'origine irlandaise. Il faut reconnaître en effet que les peuples autochtones canadiens de l'époque se présentaient rarement devant les tribunaux.

Aujourd'hui, un/e juge peut faire affaire, en une seule journée, à des personnes issues d'une dizaine de cultures différentes qui se présentent dans sa cour en quête de justice.

Deuxièmement, les magistrat/es oeuvrent à l'intérieur d'institutions et avec des lois qui sont elles-mêmes le produit d'une culture donnée. Il s'ensuit donc que certaines pratiques et valeurs issues d'autres cultures seront foncièrement incompatibles avec nos lois, lesquelles, au départ, ne sont pas pluralistes, non plus que nos institutions. Ce conflit est, en quelque sorte, lié au phénomène du pluralisme légal. Le professeur Emmanuel Melissaris suggère que « [l]egal pluralism does not mean externally and clumsily trying to make state law more responsive by forcefully opening its eyes to other legal orders but *a radical rethinking of the way we perceive the legal*. [...] Since it is impossible for an institutionalized law to be pluralistic, it is the institutionalized study of law that must become it. »³¹

Personnellement, je ne crois pas qu'il appartienne aux juges d'adopter une nouvelle conceptualisation de l'interaction entre différents ordres

³¹ Emmanuel Melissaris, "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism" (2004) 13(1) *Social and Legal Studies* 57 at 76.

normatifs et le droit positif. Il leur est cependant nécessaire, à mon avis, de reconnaître la difficulté ressentie par les membres d'un groupe social lorsqu'un conflit dépasse leur propre ordre normatif et se matérialise en un litige dont se retrouvent saisies nos institutions judiciaires.

À l'occasion, le ou la juge devra résoudre le conflit selon les règles, voire la coutume, d'un ordre normatif minoritaire; l'arrêt de la Cour suprême *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*³² en est un exemple.

Rappelons brièvement de quoi il s'agissait. La colonie demandait à la Cour d'ordonner l'expulsion des appelants et de les déclarer non-membres. Cela signifiait qu'ils perdraient le droit d'y résider, la colonie étant une association religieuse volontaire bénéficiaire en fiducie des terres sur lesquelles vivaient ses membres. La majorité a estimé que l'expulsion, ne satisfaisant pas aux exigences de la justice naturelle, était invalide. La juge McLachlin, pour sa part, ne constatait pas de dérogation à la justice naturelle et aurait maintenu l'expulsion.

Cependant, plus souvent qu'autrement, le ou la juge devra plutôt chercher comment accommoder la diversité culturelle à l'intérieur de nos institutions. Un accommodement parfois difficile, comme en faisait état la juge Bertha Wilson :

[P]ersonne ne pourrait répondre entièrement [aux] attentes [du grand nombre de femmes s'étant réjoui de sa nomination à la Cour suprême]. J'avais l'impression d'être vouée à l'échec, non par excès

³² *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165.

d'humilité de ma part ni par désir d'esquiver la responsabilité de ma fonction, mais parce que je savais d'expérience qu'en droit, il n'en va pas ainsi. Le droit change lentement et progressivement. Telles est sa nature. Il répond aux changements intervenant dans la société, mais les provoque rarement. Et, alors que j'étais prête à répondre à ces changements – et même, en tant que femme et juge, impatiente de le faire – je me demandais dans quelle mesure la nature même de la fonction judiciaire restreindrait mes efforts.³³

D'aucun/es pourraient même penser que la notion d'accommodement et, à plus forte raison, d'accommodement raisonnable est foncièrement condescendante et intrinsèquement discriminatoire. Si l'on veut "accommoder l'autre", c'est que l'on fait appel au besoin pratique de tolérer ce qui normalement ne se tolérerait pas. Et encore, ne tolérera-t-on la dérogation que dans la mesure jugée raisonnable, la majorité conservant un droit de regard sur la notion de ce qui est raisonnablement tolérable. Il ne s'agit évidemment pas ici de dénoncer comme moralement inacceptable le concept d'accommodement raisonnable, mais bien de nous rappeler, tous et toutes, combien difficiles à résoudre sont les problèmes d'ethnorelativité. Finalement, ne devrions-nous pas tout simplement souligner que la tolérance est l'essence même de la démocratie (on dira en anglais que "tolerance is the hallmark of democracy"), et que rien n'est inacceptable, finalement, hormis l'intolérance? Cette approche serait malheureusement trop simpliste, comme nous le verrons maintenant.

Les chercheurs sociaux ont en effet identifié six étapes au développement de l'ethnorelativité chez les décideur/es.

³³ Bertha Wilson, « Est-ce que des femmes juges feront la différence? » (1991) 4 R.F.D. / C.J.W.L. 359 aux pp. 359-360 [Wilson].

A. Le développement de l'ethnorelativité personnelle

a) L'ethnocentrisme

C'est dans une perspective d'accommodement à la diversité que l'éducation interculturelle a identifié ces six stades de développement de la sensibilité interculturelle d'un individu qui progresse, cela va sans dire, d'une perception ethnocentrique de la réalité sociale vers une perception plus ethnorelative de celle-ci.³⁴ Ces stades de développement ne sauraient servir de guide obligatoire; ils permettent néanmoins d'identifier quelles pensées et attitudes dénotent une approche plus ouverte à la diversité et, en conséquence, une moindre source de discrimination.³⁵

L'ethnocentrisme comporte trois étapes.

Premièrement, le stade de la **négation** se caractérise par une ignorance marquée des autres cultures, la conception de la diversité culturelle se limitant à « notre culture contre celles *des autres, des étrangers* ou *des immigrants* ». Un/e magistrat/e faisant preuve de négation croira, par exemple, que la diversité culturelle est surtout source de problèmes et fera preuve d'hostilité à toute tentative d'adaptation par l'appareil judiciaire. Face aux difficultés systémiques d'un groupe social, il ou elle y verra la conséquence naturelle de leur différence et de leur refus de s'assimiler.

Vient en deuxième lieu le stade de la **résistance**, qui se caractérise par l'admission de l'existence de différences dans les cultures, aussitôt suivi d'une réduction simpliste de ces différences. À ce stade, la diversité

³⁴ Voir Janet M. Bennett, "Cultural marginality: Identity issues in intercultural training" dans R. Michael Page, ed., *Education for the intercultural experience*, 2nd ed. (Yarmouth, ME: Intercultural Press, 1993) aux pp. 109-135.

³⁵ Sur les caractéristiques des ces stades et leurs implications dans une institution, voir Bennett & Bennett, *supra* note 13 aux pp. 153 à 158.

demeure une menace; plus précisément, cette diversité sera vue comme pouvant miner à la base les institutions de son propre groupe social. C'est surtout à ce stade qu'une personne développera des stéréotypes. Un magistrat, ici, croira que ses valeurs et ses croyances sont plus universelles que celles des autres groupes et que tout accommodement à la diversité culturelle n'est qu'un mal temporaire qui se réglera par l'assimilation.

Le troisième stade, celui de la **minimisation** se caractérise par, d'une part, la reconnaissance des différentes cultures, mais aussi, d'autre part, par la croyance que ces différences ne sont que superficielles et qu'un certain niveau d'abstraction saurait faire disparaître les conflits de valeurs ou de croyance entre différentes cultures. « [This] final stage of ethnocentrism represents the most complex strategy for avoiding cultural differences. In minimization, superficial cultural differences in etiquette and other customs are acknowledged, but the assumption is made that “deep down, we are all the same.” »³⁶ À ce stade, un/e magistrat/e se croit particulièrement sensible aux différences culturelles, mais pensera que tout conflit culturel peut trouver une solution qui satisfasse également tous les participants. Si obstacle il y a, celui-ci est perçu comme originant de la mauvaise foi d'un participant. À ce sujet, les professeurs Andrée Lajoie, Éric Gélinau et Richard Janda, dans une recherche sur le discours juridique entourant les droits des gais et lesbiennes, ont pu identifier une approche qui serait, dans la présente perspective, empreinte d'une tendance à la minimisation:

Thus our first hypothesis is confirmed: higher courts – which according to Perelman pay more attention to the “auditoire universel” (the general population and the media) than to the “auditoire particulier” of the legal community – will only write minority values into the fabric of the law if these values are not

³⁶ Bennett & Bennett, *supra* note 13 à la p. 155.

unacceptable to the dominant group of the general population, and if they overlap enough with those of the dominant, majority group.³⁷

b) L'ethnorelativité

L'ethnorelativité comporte elle aussi trois stades, qui suivent ceux que je viens de décrire.

C'est au quatrième stade, celui de **l'acceptation**, que l'on parvient à une prise de conscience des différences culturelles et à la reconnaissance de la complexité des autres cultures. « What is being “accepted” at this stage is the equal, *but different* complexity of others. »³⁸ Cela n'implique pas le fait d'épouser les valeurs et les croyances d'autres cultures, mais si désaccord il y a, celui-ci sera fondé sur une compréhension substantielle des valeurs d'autrui. L'acceptation est le premier stade d'une vision ethnorelative de la diversité culturelle. De la sorte, il faut alors faire face à de nouvelles difficultés : comment affirmer les croyances et les valeurs propres à notre culture sans toutefois les imposer à d'autres groupes. À ce stade, un/e juge reconnaîtra qu'un conflit peut avoir plusieurs solutions également valables selon le contexte culturel dans lequel il s'inscrit. Le danger devient alors de tomber dans une vision excessivement relativiste de la diversité culturelle, de sorte à éprouver une difficulté marquée à élaborer des solutions aux défis de la diversité. Ironiquement, c'est souvent seulement à ce stade ethnorelatif qu'un/e juge prend conscience de la possibilité d'avoir à se récuser d'une affaire en raison d'une appréhension raisonnable de partialité de sa part.

³⁷ Andrée Lajoie *et al.*, “When Silence Is no Longer Acquiescence: Gays and Lesbians under Canadian Law” (1999) 14 C.J.L.S. / R.C.D.S. 101 à la p. 120.

³⁸ Bennett & Bennett, *supra* note 13 à la p. 155.

Cinquièmement, le stade de **l'adaptation** se caractérise par la capacité d'entretenir, pour un moment, la perspective de la réalité sociale selon un groupe culturel différent de celui auquel appartient un individu. En d'autres mots, une personne réellement capable de s'adapter à la diversité saura, lors d'échanges interculturels, se placer dans la situation de l'autre afin de comprendre comment cet/te autre perçoit une situation sociale selon son propre référentiel culturel. Évidemment, il n'est pas ici question de dépossession de sa propre culture au profit d'une autre – ce qui serait une forme d'assimilation – mais plutôt d'une capacité ponctuelle, souvent limitée à certains aspects seulement de l'autre culture, à agir ou à penser de la même manière que son interlocuteur ou son interlocutrice. Typiquement, une telle capacité d'adaptation s'acquiert seulement après un contact profond ou prolongé à un environnement multiculturel.

Cette adaptation à la diversité n'est certainement pas automatique, en ce sens qu'elle requiert un effort conscient de percevoir une réalité sociale selon un référentiel culturel différent : au delà d'*audi alteram partem*, il est ici question de *es alteram partem*. Pour comprendre à quel point une approche interculturelle ne se développe pas du seul fait d'avoir eu un contact répété avec un groupe social, il suffit de se rappeler, par exemple, que les magistrats qui, par le passé, se sont vu reprocher des propos ou des attitudes sexistes ne faisaient certainement pas affaire pour la première fois à une avocate, une demanderesse ou une victime.

On retrouvera, à ce stade, des juges qui ont souvent siégé sur des affaires ayant un aspect multiculturel et qui ont su développer la capacité de raisonner temporairement selon les valeurs et les croyances d'un groupe social différent du leur. Il existe ici un parallèle avec la notion de « véritable

impartialité » telle qu'élaborée par le Conseil canadien de la magistrature et la Cour suprême. « La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert. »³⁹ Une telle approche permettra au ou à la juge de tenir un discours qui, non seulement sera plus respectueux de la personne visée, mais aussi plus susceptible d'être universellement compris, voire respecté.

Au précédent stade de l'acceptation, le magistrat se serait contenté d'accepter les différences culturelles, tandis qu'au stade de l'adaptation, il ou elle devient apte à dialoguer et à persuader dans un milieu de diversité. C'est pour cette raison que les sociologues de l'éducation interculturelle qualifient le stade de l'adaptation de « the highest form of ethnorelative ethicality ».⁴⁰ Cependant, ces juges doivent prendre garde de ne pas s'écarter du droit positif en tenant un tel dialogue interculturel puisque certaines croyances et valeurs d'un groupe social sont irréconciliables avec les valeurs fondamentales de notre appareil judiciaire et de nos lois, comme, par exemple, la polygamie.

Quant au sixième stade de développement, celui de **l'intégration**, il se caractérise par une recherche identitaire cohérente une fois réalisée l'intégration de valeurs et de croyances d'une culture différente. Ce stade est donc de moindre importance pour nous parce qu'il s'agit d'une démarche personnelle qui n'implique pas une modification dans la façon de réagir d'une personne confrontée à la diversité culturelle. Il suffira de noter qu'à ce

³⁹ Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998 à la p. 23. Cet extrait fut cité avec approbation dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 ¶ 35.

⁴⁰ Bennett & Bennett, *supra* note 13 à la p. 157.

stade une personne apprend à répondre pour elle-même et dans ses relations avec autrui aux besoins de la reconstruction de son identité culturelle.

La présentation de ce modèle tiré de l'éducation interculturelle n'a pas pour but de forcer un classement des juges comme ayant atteint tel ou tel stade et ne suggère pas qu'un/e juge qui s'est adapté/e à la diversité culturelle plus rapidement qu'un/e autre est par ce fait même un/e meilleur/e juge. L'objectif est plutôt de montrer qu'il existe un processus d'apprentissage nécessaire avant qu'un homme ou une femme de profession puisse œuvrer efficacement et sans discrimination dans un milieu multiculturel. Aussi, il faut noter que, bien que le présent texte s'attarde surtout à la conduite des magistrats, le dialogue interculturel n'est possible que si tous les intervenant/es font preuve d'une sensibilité interculturelle.

3. La discrimination et la déontologie

Il ne fait aucun doute qu'aucune forme de discrimination n'a sa place dans les tribunaux du pays. D'une part, selon sa forme ou ses effets, elle serait prohibée par les articles 7, 11(d) ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D'autre part, elle est incompatible avec l'éthique judiciaire telle qu'il en est fait état dans pratiquement tous les codes de déontologie judiciaire. Au Québec, le Conseil de la magistrature a mis en place un code de déontologie composé de dix règles générales et succinctes.⁴¹ Un comportement discriminatoire porterait atteinte à trois de ces règles :

⁴¹ Conseil de la magistrature du Québec, *Code de déontologie de la magistrature*, en ligne: <http://www.cm.gouv.qc.ca>. Le Conseil est habilité à établir un tel code en vertu de l'art. 261 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. c. T-16.

- 2. Le juge doit remplir son rôle avec intégrité, dignité et honneur.**
- 5. Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif.**
- 8. Dans son comportement public, le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité.**

Mais l'exercice ne s'arrête pas à la simple identification des règles de droit et de déontologie applicables. Il apparaît dès lors nécessaire d'analyser ces règles selon trois approches : (1) la théorie de l'éthique judiciaire; (2) la comparaison entre divers codes de déontologie et (3) certains exemples tirés de notre jurisprudence.

(1) L'éthique judiciaire

Au cœur de l'éthique judiciaire, il y a la notion d'impartialité presque universellement acceptée comme caractéristique obligatoire de la primauté du droit.⁴² Bien que cette notion n'ait pas semblé par le passé exiger comme corrolaire inévitable l'absence de toute discrimination par un tribunal, il est maintenant acquis que ce corrolaire va de soi:

⁴² On note à ce sujet certaines dissidences rares, mais marquantes. Il suffit de penser, par exemple, à la harangue devenue célèbre d'Oswald Baudat faite en 1974 alors qu'il était substitut à Marseille du Procureur de la République française :

Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible, qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice.

Cité dans Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, *La déontologie des magistrates*, Paris, Dalloz, 2004 à la p. 80 [Canivet et Joly-Hurard].

The idea of impartiality entails not giving anyone more than their share and is central to understanding concepts such as justice and fairness. It is a procedural virtue, hence its connection with legal justice and constitutional ideas of political rule as an ordered procedure for distributing the collective coercive power of a policy. *In contemporary political philosophy it is inextricably linked to the recent resurgence of interest in the social contract tradition and the associated discourse of distributive justice.*⁴³ [italiques ajoutés]

Dans la même veine, la juge Bertha Wilson, dans son célèbre discours sur le rôle des femmes juges, retrace jusqu'à Socrate les origines du concept de l'impartialité judiciaire, tout en faisant état de la critique selon laquelle certains juristes doutent de la possibilité de parvenir à une impartialité totale. Elle cite également le juge Bernard Lloyd Shientag⁴⁴, pour nous mettre en garde contre le danger que se dissimulent, derrière une apparente impartialité judiciaire, des préjugés et des idées préconçues qu'il faut admettre et examiner afin d'atteindre une véritable neutralité d'esprit.

Si l'on peut voir dans le droit actuel le produit de cette neutralité ou impartialité judiciaires, même si les juges ont été très majoritairement des hommes, vous pourrez en conclure que l'arrivée d'un nombre croissant de femmes juges ne devrait pas faire de différence [...] Toutefois, si vous concluez que l'on ne peut voir le droit actuel, du moins dans certains domaines, comme le produit de la neutralité de la justice, alors votre réponse sera peut-être très différente.⁴⁵

Ces exemples illustrent que l'impartialité, concept tout aussi ancien que la fonction de magistrat, s'est vue sujette à une nouvelle analyse au fur et à mesure que les juristes prenaient conscience de la discrimination dont souffraient certains groupes sociaux, discrimination qui pouvait se manifester au sein d'un tribunal. La doctrine française parle ici

⁴³ Paul J. Kelly, "Impartiality: A Philosophical Perspective" dans András Sajó & Lorri Rutt Bentch, eds., *Judicial Integrity* (Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004) 17 à la p. 19 [Kelly].

⁴⁴ «The Virtue of Impartiality» dans G.R. Winters (dir.), *Handbook for Judges*, The American Judicature Society (1975).

⁴⁵ Wilson, *supra* note **Erreur ! Signet non défini.** à la p. 363.

d'impartialité personnelle – distincte de l'impartialité fonctionnelle – qui peut être décrite comme étant la présence ou l'apparence d'un parti-pris dans la manière de juger, d'interpréter la loi ou de s'adresser aux justiciables. Le Premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, et la docteure en droit Julie Joly-Hurard expliquent la récente importance de l'impartialité personnelle en ces termes : « Aujourd'hui, le droit ne s'identifie plus au légal, d'où l'interrogation sur "le juste, entre le légal et le bon" [...] Il appartient au juge de se prononcer sur des concepts flous, tels l'intérêt de la famille, de l'enfant, des époux, de la dignité, etc. La question est donc de savoir s'il peut le faire selon son éthique personnelle. »⁴⁶ Contrairement à l'impartialité fonctionnelle, que régleme, par exemple, la procédure civile et les règles de preuve en matière criminelle, « [s]eule une éthique forte du juge, au-delà de toutes les techniques procédurales de mise en œuvre de cette neutralité peut garantir complètement le justiciable contre les préjugés de "son" juge ».⁴⁷

L'impartialité personnelle reconnaît donc que le ou la magistrat doit, en plus, éviter toute partialité envers les arguments, car certains arguments lui paraîtront naturellement comme étant, selon ses croyances et ses valeurs, plus valides que d'autres, juridiquement équivalents mais reflétant une manière de pensée différente de celle que la culture de la juge lui a inculquée.

⁴⁶ Canivet et Joly-Hurard, *supra* note **Erreur ! Signet non défini.** à la p. 79.

⁴⁷ Serge Guinchard, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental » dans Jacques van Compernelle et Giuseppe Tarzia, *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruyant, 2006, 3 à la p. 26.

Cette nouvelle forme d'impartialité, produit d'une sensibilité à la diversité culturelle, est essentielle au maintien harmonieux des relations interculturelles dans une société. « Reasonableness is the “good” that justifies a norm, policy, or action, but it is impartiality that provides the criterion of reasonableness, where reasonableness involves not merely having a first-person “reason for me” but rather a third-person “reason for all.” »⁴⁸ Il est donc évident que l'impartialité personnelle doit être évaluée de manière objective pour être vraiment utile : c'est l'équivalent contemporain du vieil adage voulant que « justice must not only be done, it must also be seen to be done ».

Cette notion m'amène à traiter d'une autre question importante : pour qui les juges interprètent-elles/ils la loi? En d'autres mots, qui constitue l'auditoire des juges? Finalement, c'est le public tout entier. Cela souligne justement les liens étroits qui existent entre le droit et la culture. Le/la juge impartial(e) doit considérer ce qui semble « raisonnable » de manière « objective », mais la norme raisonnable est nuancée suivant l'approche ethnorelative.

Les auteurs d'une édition spéciale de *la Revue Canadienne de Droit et de Société* proposent d'adopter « un modèle de jurisprudence transculturelle fondé sur un raisonnement juridique culturellement réflexif. » L'approche de la jurisprudence transculturelle suggère « de voir (et entendre) le droit de toute juridiction des deux côtés, de l'intérieur et de l'extérieur, du point de

⁴⁸ Kelly, *supra* note **Erreur ! Signet non défini.** à la p. 19.

vue de la majorité et de celui de la minorité, et de chercher des solutions qui résonnent à travers la faille »⁴⁹

Pour atteindre un « raisonnement juridique culturellement réflexif », il est suggéré, notamment : « (1) de reconnaître que l'interprétation judiciaire est un processus actif; (2) de comprendre que l'auditoire (...) avec lequel le juge s'imagine être en conversation lorsqu'il rend une décision est pluriel; (3) d'approcher l'idéal de l'impartialité en intégrant dans la délibération la réalité et les expériences de vie vécues de toutes les parties impliquées (incluant le corps judiciaire); et (4) d'élargir le répertoire des manières de délibérer de la cour pour que les décisions puissent procéder d'arguments qui s'adressent à la personne entière plutôt qu'à un public abstrait (conçu comme une collection de sujets de droits interchangeable). »⁵⁰

(2) Codes de conduite judiciaire

Le Code de déontologie du Conseil de la magistrature du Québec se distingue par la généralité des principes qui y sont articulés. Cette approche a pour mérite de permettre une interprétation plus flexible et une adaptation aux défis changeant auxquels fait face la magistrature. Néanmoins, il est utile de mentionner ici les principes anti-discriminatoires élaborés par le Conseil canadien de la magistrature et l'*American Bar Association* qui, plus spécifiques, aident à mieux comprendre comment une approche anti-

⁴⁹ David Howes, "Introduction : La culture dans le domaine du droit" (2005) 20 C.J.L.S. / R.C.D.S. à la p. 32.

⁵⁰ *Ibid* à la p. 32. Voir aussi Richard Mohr, "Some Conditions for Culturally Diverse Deliberation" (2005) 20 C.J.L.S./R.C.D.S. à la p. 87.

discriminatoire s'articule en déontologie judiciaire. Selon le Conseil canadien de la magistrature, les exigences déontologiques de l'égalité sont les suivantes :

5. Égalité

Énoncé : Les juges doivent adopter une conduite propre à assurer à tous un traitement égal et conforme à la loi, et ils doivent conduire les instances dont ils sont saisis dans ce même esprit.

Principes :

- 1. Les juges exercent leurs fonctions en assurant à tous (par exemple les parties, les témoins, les membres du personnel de la cour et les collègues juges), sans discrimination, un traitement approprié.**
- 2. Les juges s'efforcent d'être conscients des particularités découlant, en outre, du sexe, de la race, des croyances religieuses, des caractéristiques ethniques, de la culture, de l'orientation sexuelle ou d'une déficience, et ils s'efforcent de comprendre ces particularités.**
- 3. Les juges s'abstiennent d'adhérer à tout organisme qui, à leur connaissance, pratique une forme quelconque de discrimination prohibée par la loi.**
- 4. Lorsque, dans le cadre d'une instance, un membre du personnel de la cour, un avocat ou toute autre personne assujettie à l'autorité du juge a une conduite ou tient des propos clairement dénués de pertinence, qui soient sexistes ou racistes ou qui manifestent une discrimination fondée sur des motifs illégaux, le juge se dissocie de cette conduite ou de ces propos et il exprime sa désapprobation à leur égard.⁵¹**

Deux observations s'imposent ici. Premièrement, il ressort clairement du deuxième principe que le Conseil préfère une conception interculturelle de l'impartialité judiciaire à une conception qui impliquerait une distanciation face aux phénomènes culturels. Il est question ici d'un devoir positif : celui d'être conscient/es des particularités découlant de l'appartenance à un groupe protégé et d'assurer un traitement sans

⁵¹ Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998 à la p. 23 [*Principes de déontologie judiciaire*].

discrimination, alors que dans le *Model Code of Judicial Conduct* de l'*American Bar Association*, il est davantage question d'un devoir négatif : celui d'éliminer de la conduite judiciaire les partis-pris et les préjugés.⁵²

A judge shall perform judicial duties without bias or prejudice. A judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct manifest bias or prejudice, including but not limited to bias or prejudice based upon race, sex, religion, national origin, disability, age, sexual orientation or socioeconomic status, and shall not permit staff, court officials and others subject to the judge's direction and control to do so.⁵³

L'approche du Conseil canadien de la magistrature a le mérite d'être plus ouverte à la diversité culturelle, mais comporte un risque notoire. En effet, la prise en conscience des particularités découlant d'un groupe social implique nécessairement un certain niveau de généralisation puisqu'une particularité peut être partagée par certains, plusieurs ou tous les membres d'un groupe social : par exemple, certaines femmes musulmanes portent le voile ou certains Quakers refusent de porter serment. Aussi, la connaissance de ces particularités risque de demeurer stérile si elle n'est pas accompagnée de la compréhension des raisons culturelles motivant ces particularités.⁵⁴ Les généralisations ne sauraient être utiles aux relations interculturelles que si elles sont conçues comme des hypothèses sujettes à vérification. Si ces

⁵² Bien que les deux codes mentionnent une liste ouverte de facteurs sur lesquels peuvent se fonder la discrimination, il est intéressant à noter que le code canadien, contrairement au code américain, ne mentionne pas explicitement le statut socioéconomique comme facteur possible de discrimination. Le statut socioéconomique, étant par sa nature moins amovible que, par exemple, la race, la religion, l'origine ethnique ou l'orientation sexuelle, n'implique peut-être pas une approche semblable à ces derniers facteurs quant au phénomène de la discrimination. Cependant, du point de vue de l'éthique judiciaire, le statut socioéconomique peut tout autant être victime de préjugés et de stéréotypes incompatibles à l'impartialité judiciaire. De la sorte, il ne devrait pas y avoir, dans ce domaine, de distinction fondamentale.

⁵³ American Bar Association (Chicago), *ABA Model Code of Judicial Conduct* adopted in 1990 (amended in 1997, 1999 and 2003), s. 3(B)(5) [*ABA Model Code*].

⁵⁴ C'est là un exemple de la nécessité de connaître la culture subjective en plus de la culture objective d'un groupe pour parvenir à un véritable dialogue interculturel.

généralisations sont inflexibles, fausses ou négatives, elles s'apparenteront à des préjugés et des stéréotypes.

Il n'y a pas que les juges membres de la majorité qui peuvent se voir reprocher des attitudes stéréotypées. Dans un cas célèbre, une juge noire de Nouvelle-Écosse avait acquitté un jeune noir en commentant les réactions des policiers de la façon suivante:

Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l'agent a trompé la Cour, bien qu'on sache que des policiers l'aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive.⁵⁵

Cette affaire est montée en Cour suprême justement parce que le ministère public estimait que ces propos dénotaient, chez la juge, un préjugé qui avait indûment influencé son analyse des faits. La Cour suprême a rejeté cette prétention, estimant que la juge n'avait pas à faire abstraction de son vécu comme membre d'une minorité visible et qu'elle n'avait pas fait preuve de partialité.

À ce sujet, le Conseil canadien de la magistrature formule deux commentaires des plus pertinents :

3. Les juges ne doivent pas se laisser influencer par des attitudes fondées sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. Ils doivent

⁵⁵ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

donc tout mettre en œuvre pour identifier ces attitudes, y être sensibles et les corriger.

4. [...] Les juges devraient éviter les observations, les expressions, les gestes ou les comportements qui, aux yeux d'une personne raisonnable, pourraient manifester un manque de respect ou de sensibilité à l'égard d'une autre personne. Au nombre de tels agissements figurent des remarques non pertinentes fondées sur des stéréotypes de nature raciale, culturelle, sexuelle ou autre [...] La conduite inappropriée d'un juge peut résulter de son ignorance de traditions culturelles, raciales [sic] ou autres qui sont différentes des siennes, comme elle peut découler de son défaut de se rendre compte qu'une certaine conduite est offensante pour d'autres personnes. Les juges doivent donc utiliser des moyens appropriés pour demeurer au fait des changements d'attitudes et de valeurs; de plus, ils doivent profiter des possibilités de formation offertes (et, de toute nécessité, raisonnablement accessibles) pour les aider à être, et à paraître, impartiaux. [...] Compte tenu des exigences de l'indépendance et de l'impartialité, ce ne sont pas nécessairement tous les types de formation ou outils de formation qui pourront être employés à cette fin. Les juges ne doivent cependant pas être paralysés par de tels dangers. Il faut éviter que des préoccupations d'image exagérées ou non fondées ne minent les efforts déployés pour parfaire la formation des juges.⁵⁶

La deuxième observation d'intérêt est que le Conseil affirme qu'il ne suffit pas que le ou la juge ne démontre aucune attitude discriminatoire, mais qu'il ou elle doit, en plus, se dissocier de toute conduite discriminatoire observée pendant l'instance qu'il ou elle préside et manifester sa désapprobation.⁵⁷ Ce principe veut, sans doute et à raison, éviter que par son silence, un juge semble acquiescer à pareille conduite. Le Conseil reconnaît d'emblée que « l'application de ce principe peut parfois présenter un défi

⁵⁶ *Principes de déontologie judiciaire*, supra, note 43, à la p. 25.

⁵⁷ L'équivalent de ce principe dans le code américain s'énonce comme suit : « A judge shall require lawyers in proceedings before the judge to refrain from manifesting, by words or conduct, bias or prejudice based upon race, sex, religion, national origin, disability, age, sexual orientation or socioeconomic status, against parties, witnesses, counsel or others. This section [...] does not preclude legitimate advocacy when race, sex, religion, national origin, disability, age, sexual orientation or socioeconomic status, or other similar factors, are issues in the proceeding. » *ABA Model Code*, supra, note 45, s. 3(B)(6).

énorme [parce que] [l]e système contradictoire donne beaucoup de latitude aux parties et à leurs avocats, et il peut être difficile d'évaluer avec justesse la pertinence et l'importance de la preuve au moment de sa présentation. »⁵⁸ De plus, le Conseil note que « [c]e principe n'implique pas que l'on doive forcément interdire la défense légitime d'idées, ou empêcher la présentation de témoignages par ailleurs admissibles, lorsque, par exemple, des questions de sexe, de race ou d'autres facteurs semblables sont régulièrement soulevées devant la cour. »⁵⁹

(3) Exemples tirés de la jurisprudence

Sans poursuivre plus loin l'analyse des règles déontologiques pertinentes, je crois utile de reprendre ici certains autres exemples tirés de la jurisprudence québécoise et canadienne, mon but n'étant pas d'établir un recensement complet des formes de discrimination possibles devant un tribunal, mais plutôt, par le biais d'exemples spécifiques, de cerner les facteurs qui distinguent une attitude discriminatoire d'une conduite appropriée pour un/e juge, en donnant des exemples de reproche justifié, de plainte injustifiée, ou encore de plainte frivole ou dilatoire.⁶⁰ Certains de ces exemples remontent à plusieurs années, ce qui est encourageant.

a) Propos sexistes

⁵⁸ *Principes de déontologie judiciaire*, supra note 43, à la p. 26.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Pour un recensement exhaustif des décisions du Conseil de la magistrature du Québec, voir Pierre Noreau et Chantal Roberge, *La déontologie judiciaire appliquée*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 [Noreau et Roberge].

Lors d'un procès criminel sans teneur sexuelle de plusieurs jours, alors que le procureur de l'accusé tente de faire valoir un point de droit afin de faire rejeter le témoignage d'un témoin de la Couronne, le juge intervient en déclarant : « Comme on dit, toute règle est faite, comme une femme, pour être violée. »⁶¹ Une plainte est déposée au Conseil de la magistrature, un peu plus d'un an après les faits, après que les médias aient diffusé ces propos.

La décision du Conseil dans cette affaire mérite attention parce qu'elle constate un écart à la déontologie même si le Conseil conclut que le juge concerné n'arborait pas de convictions personnelles insidieusement discriminatoires envers les femmes et que le contexte de la remarque en ait amoindri la sordidité. Le Conseil estime néanmoins être en présence d'un manquement déontologique car la remarque provoque une perception publique d'indignité dans l'exercice de la fonction judiciaire. De façon plus pointue, l'enquête révèle que le juge, par ces propos, voulait faire état de l'absurdité des prétentions du procureur de l'accusé et non minimiser le problème de la violence envers les femmes. En fait, le juge répétait un jeu de mots appris dans un milieu masculin, n'avait jamais démontré de façon générale de complaisance envers le problème de la violence envers les femmes et s'était excusé de ses propos. En dépit de ce contexte, le Conseil a considéré que cette remarque avait un effet humiliant et dénigrant envers les femmes, en particulier celles victimes de violence.

⁶¹ *Québec (Ministre de la Justice) c. Dionne* (1990), CM-8-89-35 (Conseil de la magistrature du Québec).

Bref, l'absence de malice ou de préjugé ne saurait faire pardonner des propos objectivement discriminatoires. En ce sens, les principes d'éthique judiciaire retenus dans cette affaire veulent que ce soit la perception d'une indignité de la part des victimes et de la société en général qui détermine si l'on est en présence d'écart déontologique plutôt que de véritables préjugés discriminatoires.

Cette approche se justifie d'un point de vue interculturel puisqu'une adaptation à la diversité culturelle demande plus que la simple absence de préjugés, mais aussi une sensibilité accrue à la réalité culturelle, notamment aux difficultés auxquelles font face les membres de certains groupes sociaux.

Le traitement, par le Conseil, d'un autre dossier de propos dérogatoires envers les femmes démontre que des propos qui n'ont pas d'impact discriminatoire mais qui font preuve d'un manque de sensibilité aux difficultés auxquelles font face les femmes, même s'ils sont tenus sur le vif dans un contexte particulier, méritent une sévère réprimande.

Dans l'affaire en question, le juge venait de libérer le prévenu à la suite d'une enquête préliminaire portant sur des accusations de menaces de mort et de lésions proférées à son ex-amie. Le juge avait souligné dans sa décision l'imprécision du témoignage de la victime et l'admission par la Couronne qu'elle n'était pas en mesure de prouver certains chefs d'accusation. La plaignante déclara alors : « Mainque je me fasse tuer, ça sera votre faute! » Le procureur de la Couronne renchérit : « C'est

probablement ce qui va arriver... ». Le juge exprime alors sa stupéfaction face aux propos du procureur tout en mentionnant qu'il ne blâme pas la plaignante pour les siens. Après un court échange, devant une salle d'audience pleine, le juge déclare à tous :

Je tiens à vous dire à tout le monde qui sont ici, si jamais monsieur assassine madame, ça m'empêchera pas de dormir puis je mourrai pas, inquiétez-vous pas. Je ferai pas une dépression non plus. Ça, c'est pas ma responsabilité. Il y a rien que je trouve de plus stupide que des affirmations semblables, quand on voit dans un journal à un moment donné que le juge a mis une personne en liberté puis il a tué la personne le lendemain, le juge a rien à faire dans ça. Les gens s'imaginent qu'on va garder tout le monde derrière les barreaux. Bon bien là, je suis encore seul. Il y en a-tu qui veulent aller en prison, là ?⁶²

D'un point de vue strictement juridique, il semble que le juge ait tenté de vulgariser un principe bien connu de droit criminel voulant qu'en règle générale (hormis les cas de dangerosité déclarée), l'on n'incarcère pas les prévenus pour les actes criminels qu'ils pourraient commettre à l'avenir, mais bien pour ceux-là seuls dont ils sont reconnus coupables.

Le Conseil a sévèrement réprimandé le juge, non pas pour avoir exprimé une vérité, mais plutôt pour « la manière déplorable » dont il l'avait exprimée, qui pouvait amener le public à percevoir un manque de sensibilité face à la violence conjugale et à la violence faite aux femmes. Le Conseil note, de plus, qu'une salle d'audience n'est pas un lieu approprié pour livrer ce genre de message. C'est dire que dans certaines circonstances, en éthique

⁶² *Québec (Ministre de la Justice) c. Crochetière* (1994), CM-8-93-37 (Conseil de la magistrature du Québec).

judiciaire, la forme et le contexte d'une remarque importent plus que son contenu.

Il faut aussi noter que le Conseil ne se limite pas à réprover le sexisme dans ses formes habituelles. Ainsi, lors de la première comparution d'une prévenue accusée de voies de fait envers un policier, un juge déclare : « De toute façon samedi matin, j'ai eu trois comparutions et il y en a trois, c'est des hommes qui étaient accusés d'avoir battu des femmes alors qui en ait une qui donne une volée à son chum, ça fait du bien, ça reconforte. [...] Assez souvent, c'est toujours les hommes qui battent les femmes. »⁶³ Le juge s'étant excusé d'avoir tenu ces propos et le plaignant ayant accepté ses excuses, le Conseil, tout en reprochant au juge ses propos, n'a pas jugé bon de le réprimander.

b) Propos racistes

En cette matière, le Conseil adopte une approche objective qui consiste à évaluer s'il est raisonnable, pour les membres d'un groupe ethnique et le public, de considérer que les propos reprochés sont blessants, empreints de discrimination ou insensibles et non pas si, subjectivement, le magistrat avait une intention raciste. Par exemple, le Conseil a réprimandé un juge qui, après avoir reçu le plaidoyer de culpabilité d'un immigrant récent à des accusations de fraude, a tenu ces propos :

⁶³ *C.L. c. Juge [...]*, [2000] C.M.Q.C. 10 (Conseil de la magistrature du Québec). Pour un cas où un juge s'est vu réprimander pour avoir entretenu une attitude et des propos sexistes envers les hommes, voir *Lessard c. Cartier*, [2002] C.M.Q.C. 68 (Conseil de la magistrature du Québec).

LA COUR : Ça fais-tu longtemps qu'il est au pays, lui?

LA DÉFENSE : Non, dans cette période-là, ça faisait à peine un an qu'il était au pays.

LA COUR : Ils l'apprennent vite quoi faire pour fourrer le gouvernement!⁶⁴

Ces propos sont certes déplacés, mais sujets à interprétation quant à leur caractère discriminatoire ou non. En effet, le juge en question a soutenu que, par le pronom « ils », il cherchait plutôt à désigner les fraudeurs en général et non les immigrants récents. Cependant, comme le commentaire suivait immédiatement une question sur le statut d'immigrant du plaignant, cela menait à la perception raisonnable que le juge y voyait un lien. Le Conseil a également souligné, dans cette affaire, l'humiliation ressentie par le plaignant.

Ceci ne signifie pas qu'un/e juge ne puisse poser de questions sur le statut d'immigrant d'une partie. Ce que le Conseil évalue plutôt, c'est s'il existe un motif raisonnable de le faire. Ainsi, le Conseil a déclaré non fondée une plainte reprochant à un juge d'avoir demandé à une partie civile depuis combien de temps elle résidait au Canada. Le Conseil a noté que l'intonation et la manière de poser la question ainsi que la suite de l'échange avec le plaignant permettaient de conclure que les propos visés n'étaient pas discriminatoires, le juge voulant simplement expliquer au plaignant qu'il avait résidé au Canada suffisamment longtemps pour en connaître le système judiciaire.⁶⁵

⁶⁴ *Hadjem c. Giroux* (1996), CM-8-95-27 (Conseil de la magistrature du Québec).

⁶⁵ *M.B. c. Juge [...]*, [1999] C.M.Q.C. 8 (Conseil de la magistrature du Québec).

Dans d'autres cas, les propos reprochés seront trop équivoques pour conclure à une faute déontologique. C'est le cas lorsque le contexte ne permet pas de raisonnablement conclure que les propos aient été empreints de racisme. Dans ces cas, le Conseil, plutôt que de s'en tenir au caractère objectivement raciste de la remarque, examinera l'intention du magistrat. Ainsi, le Conseil a rejeté la plainte à l'encontre d'un juge qui, lors du prononcé de la sentence contre des jeunes hommes d'origine haïtienne, avait déclaré : « Dans la présente affaire, l'absence de regrets des deux accusés me semble relever plus d'un contexte culturel particulier à l'égard des relations avec les femmes que d'une véritable problématique d'ordre sexuel. »⁶⁶ Ces propos pourraient être raisonnablement perçus comme suggérant que la juge exprimait la croyance que la culture des Québécois d'origine haïtienne serait plus tolérante de la violence sexuelle envers les femmes que d'autres. Cependant, la juge en question a reconnu et regretté que ses propos aient pu laisser place à une telle perception qui ne reflétait pas sa pensée puisqu'elle faisait plutôt allusion aux valeurs différentes de certains groupes de jeunes hommes.

Similairement, le Conseil a rejeté la plainte dirigée contre un juge qui, lors du prononcé de la sentence envers un Canadien de naissance d'origine haïtienne, a expliqué au délinquant et aux personnes l'accompagnant « comment on fonctionne dans une démocratie, dans un état de droit et de loi dans lequel les tribunaux et les agents de la paix et de sécurité ont pour mission d'appliquer la loi et de protéger la société, ce qui n'est pas le cas

⁶⁶ *M.G. c. Juge [...] (1998)*, CM 8-97-56 (Conseil de la magistrature du Québec).

dans un régime totalitaire, répressif et corrompu. »⁶⁷ Il semble que la plainte ait été rejetée parce que rien ne permettait de croire que le juge était raciste. Néanmoins, il en aurait probablement été tout d'autre s'il y avait eu indication que le juge avait tenu ces propos en raison de l'ethnicité du prévenu et non pas parce qu'il exhibait de la rébellion envers l'autorité.

c) Intolérance religieuse

La seule décision du Conseil de la magistrature du Québec portant sur le sujet de l'accommodement des différentes pratiques religieuses dans un tribunal se distingue des décisions sur les questions de sexisme et de racisme sur plusieurs fronts. Dans cette affaire, une femme musulmane d'origine marocaine entre en salle d'audience en portant le hijab quelque temps avant l'audition de sa cause. Le juge lui fait signe de l'enlever. Le procureur de cette femme explique au juge qu'il entend lui présenter une requête afin de permettre à sa cliente de conserver sa tenue. Le juge répond qu'il considérera une telle requête, mais qu'en attendant, cette personne doit attendre à l'extérieur de la salle d'audience. Lorsque vient le temps d'entendre la cause, le juge et l'avocat discutent du sujet et le juge exprime le désir d'entendre une argumentation plus complète. L'avocat n'étant pas prêt à plaider la question, il se borne à demander l'autorisation de représenter sa cliente et une date est fixée pour une prochaine audition.⁶⁸

⁶⁷ *V.P. c. Juge* [...] (1992), CM 8-91-12 (Conseil de la magistrature du Québec).

⁶⁸ *Rémillard c. Alary* (1994), CM 8-93-36 (Conseil de la magistrature du Québec).

Le Conseil rejette la plainte. Ceci, en soit, n'est pas surprenant puisque, au pire, on ne saurait reprocher au juge qu'une certaine insensibilité envers un élément de culture musulmane, et non pas une faute déontologique méritant sanction. Néanmoins, les raisons du Conseil valent d'être lues. Premièrement, le Conseil, en rejetant la plainte, émet plusieurs observations sur la vie personnelle de la femme voilée sans que la pertinence en soit débattue. Il faut savoir de plus que c'est le ministre de la Justice, et non cette femme, qui a logé la plainte contre le juge.

Le Conseil, par exemple, souligne la tenue vestimentaire de la justiciable lors de son témoignage devant lui, son voyage en Amérique du Sud avant de visiter Montréal, ses fréquentations, sa demande de statut de réfugiée et les accusations de vol à l'étalage qui pèsent contre elle. Il conclut qu'elle ne portait pas le hijab par conviction religieuse ce jour-là puisqu'elle avait été vue à plusieurs reprises en public sans celui-ci. Finalement, le Conseil note la bonne foi du juge et l'absence d'intention de porter offense aux convictions religieuses de qui ce soit.

Cette approche est différente de celle précédemment adoptée par le Conseil, où l'emphase porte sur la perception que le groupe social visé et la personne concernée pourraient avoir des comportements reprochés au magistrat, sauf si le contexte est suffisamment ambiguë pour mériter que l'on s'attarde à l'intention du juge. Il n'en demeure pas moins qu'une personne musulmane raisonnable aurait pu trouver indigne ou dégradant le comportement du juge.

Cette affaire souligne bien les complexités inhérentes à ce genre de problématique. S'il est question d'appréciation de la crédibilité, par exemple, le magistrat ne pourrait-il légitimement demander un témoignage sans voile, ou est-ce là l'expression d'un stéréotype latent ou d'une idée préconçue? Il s'agit là du genre de question à laquelle chacun/e formule sa propre réponse, le moment venu.

Conclusion

Il existe une tendance bien humaine, d'ailleurs manifeste dans l'affaire *Bliss*,⁶⁹ à innocenter le groupe dominant dans une société au niveau de la création d'un désavantage, ainsi qu'une propension à juger que les membres du groupe désavantagé le sont, non pas en raison de facteurs discriminatoires, mais parce que la nature le veut ainsi, ou parce que les membres de ce groupe désavantagé le préfèrent ainsi. On tentera de se convaincre que le désavantage provient, non d'attitudes et de comportements discriminatoires, mais de facteurs intrinsèques ou qui relèvent de la condition des membres du groupe dominé. Dans *Bliss*, plutôt que d'identifier au cœur du débat une approche singulièrement asexuée qui faisait que la discrimination pour motif de grossesse ne pouvait être de la discrimination en raison de l'appartenance à un sexe, puisque toutes les femmes ne deviennent pas enceintes, on avait opiné que la grossesse, étant un choix des femmes, ou tout au moins de la nature, ne les privait de certains avantages – comme conserver un emploi – que parce qu'elles avaient voulu être

⁶⁹ *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

enceintes. La Cour suprême s'est heureusement ressaisie dix ans plus tard dans l'affaire *Brooks*.⁷⁰

Pour que la discrimination existe, il faut un groupe dominant qui, consciemment ou non, cherche à imposer à un ou à plusieurs groupes défavorisés ses valeurs et concepts, lesquels sont ainsi placés au centre de l'univers moral d'une société. La discrimination est profondément autocratique, en plus d'être anti-pluraliste. Elle hisse au statut de valeurs générales les valeurs du groupe dominant. Dans cette perspective, il est difficile de concevoir comme discriminatoire d'imposer de façon limitée des concessions temporaires de la part du groupe dominant envers le groupe dominé, affaibli par des politiques et pratiques discriminatoires systémiques et institutionnalisées, afin de permettre à ce dernier d'atteindre une position d'égalité. C'est ainsi que la professeure Sheppard avait raison d'écrire:

By affirmative action or equity programs, I mean proactive measures aimed at identifying and remedying systemic discrimination. An essential first step in affirmative action is the identification of past, existing and potential problems of adverse effect discrimination and systemic discrimination.⁷¹

Je reviens à nouveau à l'importance de la conscientisation :

If we do nothing more than make people realize that, even though they think they are completely unbiased and race- and gender- neutral, all of us are unconsciously affected by subliminal biases we do not even know exist. The best cure thus far for this implicit bias is awareness.⁷²

⁷⁰ *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

⁷¹ Colleen N. Sheppard, « Recognition of the Disadvantaging of Women: The Promise of *Andrews v. Law Society of British Columbia* », (1989) 35 McGill L.J. 206, 215.

⁷² Mark A. Drummond, "Section of Litigation Tackles Implicit Bias", American Bar Association, Litigation News, Spring 2011, Vol. 36, No. 3, p. 19.

En 1914, le futur Premier ministre du Canada, R.B. Bennett, s'exprimait ainsi dans un discours pour la fête de la Reine au sujet de l'Empire britannique :

We are there [dans les colonies britanniques] because under the Providence of God we are a Christian people that have given the subject races of the world the only kind of decent government they have ever known [applaudissements] ... and you and I must carry our portion of that responsibility if we are to be the true Imperialists we should be... An Imperialist, to me, means a man who accepts gladly and bears proudly the responsibilities of his race and breed [applaudissements].⁷³

Encore en 1969, les juges de la Cour suprême parlaient toujours de l'homosexualité comme étant « une perversion sexuelle », « une aberration acquise » comparable à l'alcoolisme et à la dépendance aux drogues.⁷⁴

Se rappeler de tels discours ne sert pas à se féliciter du chemin parcouru, mais bien à comprendre que la route a été longue et le demeure.

Même si nos personnes dirigeantes et nos institutions ne sanctionnent plus les préjugés, la discrimination demeure et certaines de ses formes sont à ce point présentes dans notre société qu'un tribunal doit en prendre connaissance d'office. Par exemple, la Cour suprême enseigne, dans l'arrêt *R. c. Williams*, qu'un/e juge peut prendre connaissance d'office de l'existence répandue dans la collectivité de certains préjugés racistes.⁷⁵ Personne ne peut se croire immunisé contre de pareils préjugés.

⁷³ Discours rapporté dans James W. St. G. Walker, *Race Rights and the Law in the Supreme Court of Canada: Historical Case Studies* (Waterloo: Wilfred Laurier University Press, 1998) aux pp. 12-13.

⁷⁴ *R. c. Lupien*, [1970] S.C.R. 263.

⁷⁵ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128 ¶ 54. Voir aussi *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 qui enseigne lors de la détermination de la peine « il faudra prendre connaissance d'office des facteurs systémiques ou

C'est dans cet esprit qu'il appartient aux juges de se munir des outils nécessaires pour faire face au défi de la diversité culturelle, tout d'abord en apprivoisant la notion d'interculturalisme, car la sensibilité culturelle ne vient pas d'elle-même. Ensuite, en se conscientisant au principe de l'impartialité personnelle en regard de l'éthique judiciaire face aux phénomènes de discrimination.

Il s'agit d'un défi de taille, car s'il est une critique que l'on entend fréquemment à l'endroit du système de justice aujourd'hui, c'est bien celle de l'activisme des juges. La réaction des juges, non sans raison, est de souligner que ce nouveau rôle d'arbitre des normes sociales leur a été conféré par les législateur/es elles et eux-mêmes, notamment par la charte constitutionnelle et par les chartes des droits et libertés adoptées par les législatures provinciales. Il faut donc s'efforcer de faire prévaloir les valeurs d'égalité des chartes sans légiférer à la place des élu/es.

Savoir comment équilibrer l'exercice des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ne constitue en définitive qu'un aspect pointu du dilemme de toute démocratie moderne.

En effet, dans un contexte de droits et de libertés constitutionnellement garantis, dont le concept en soi présuppose que tout individu a besoin de protection contre les abus de pouvoirs potentiels de la majorité et de l'état,

historiques et de la conception de la peine pertinents dans le cas des délinquants autochtones. » ¶ 83. Il faut cependant tenir compte des limites à la connaissance d'office en ce qui a trait aux questions de préjugés racistes telles qu'énoncées dans *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458.

les tribunaux paraissent souvent servir de lieu d'arbitrage ultime, mais il n'en est rien puisque les législateur/es, et par leur biais, les gouvernant/es, jouissent du droit, celui-là légitime, de relancer le dialogue en adoptant les lois qui leur paraissent opportunes en réaction à une décision judiciaire qui ne se conforme pas à leur vision.

Là encore, il ne faut pas s'en désoler mais plutôt s'en réjouir, puisque la simple possibilité de ce dialogue entre les divers pouvoirs de l'état constitue l'avantage suprême des sociétés démocratiques.

Il faut surtout se rappeler que les tribunaux n'appliquent pas les lois dans l'abstrait. Ils les appliquent dans un contexte factuel particulier, entre les parties identifiées aux procédures, dont les intérêts et pour lesquelles les enjeux diffèrent et divergent, encore plus lorsque des notions de droit public sont invoquées par une des parties.

Même dans l'ère après-Charte, le rôle des tribunaux en général, y compris celui des cours d'appel, demeure l'adjudication cas par cas des différends selon des principes de droit qu'il faut appliquer contextuellement à chaque espèce, ayant à l'esprit l'ultime objectif de donner aux parties, non seulement une mesure, mais surtout un sentiment de justice.

L'on ne saurait prétendre, cela va de soi, que le cas par cas puisse régler tous les problèmes sociaux dont les tribunaux soient saisis. Il suffit de songer au mariage entre personnes de même sexe pour s'en convaincre. Cependant, il est sans doute vrai que les décisions des tribunaux, en première instance

comme en appel, sont mieux acceptées lorsqu'elles évitent de dicter des comportements à une population démocratique, adéquatement représentée par d'autres instances que les instances judiciaires, la mission première de ces dernières n'étant pas de représenter une faction quelconque mais bien d'arbitrer les conflits tels qu'ils émergent, en donnant aux parties le sentiment d'avoir plaidé leur cause devant un tribunal parfaitement impartial et exempt de préjugés.

En cas de conflits de valeurs comme, par exemple, le droit des femmes à l'égalité au Canada et la position de droit inférieure qui leur est imposée dans certaines cultures, les juges doivent s'efforcer de rendre une décision intelligente, c'est-à-dire, une décision qui résout le conflit du mieux possible, à la lumière du droit en vigueur dans ce pays et cette province, et pas ailleurs. Or, l'article 28 de la Charte énonce en toutes lettres que les droits et libertés garantis le sont également aux personnes des deux sexes.

Quelle leçon doit-on tirer de tout ceci?

En définitive, je me fais souvent la réflexion que ce que ce que l'on demande aux juges, c'est de juger selon leur conscience de juge, après avoir soupesé toutes les solutions que la situation permet, étant pleinement alerté/es aux réflexes conditionnés que peuvent leur imposer des préjugés et idées préconçues intériorisés au point de ne pas être rationnellement perçus.

Un bon juge, une bonne juge, se remet en question au quotidien, tout en acceptant avec sérénité de rendre justice selon la vérité qui lui semble la plus objective possible. Rien ne saurait remplacer cette analyse, alimentée à tous instants par le concept de la primauté du droit.