

Université de Montréal

**L'égalité et la protection contre la discrimination basée sur les convictions politiques
sous la Charte des droits et libertés de la personne du Québec**

par Geneviève Bond Roussel

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de *Legum Magister* (LL.M.)

Septembre 2017

© Geneviève Bond Roussel, 2017

Résumé

Depuis plus de 40 ans au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* interdit la discrimination ayant pour motif les convictions politiques. Pourtant, cette protection ne fut appliquée par nos tribunaux qu'en une seule occasion et sans que la notion de conviction politique ne fasse l'objet d'un réel effort interprétatif. La doctrine juridique ne comble pas plus cette lacune. Ainsi, le présent mémoire vise à proposer une interprétation de ce motif de discrimination. Pour ce faire, il faut se demander : qu'est-ce qui est politique au sens de la Charte? Pour répondre à cette question en l'absence de sources jurisprudentielles et doctrinales satisfaisantes, il convient d'explorer les principes sous-jacents du droit. D'abord, la protection de l'égalité politique n'est pas une nouveauté de la Charte québécoise, elle s'ancre dans les principes fondamentaux d'organisation de l'État moderne qui en orientent l'interprétation. Ensuite, l'égalité politique est aujourd'hui renforcée par la constitutionnalisation de droits fondamentaux comme les droits démocratiques et les libertés d'opinion et d'expression, lesquels permettent d'éclairer l'interprétation de l'interdit de discrimination politique. Finalement, les principes dégagés de l'analyse précédente sont examinés au regard des défis posés par les nécessités de l'adaptation du droit à la société postmoderne afin de proposer une interprétation actuelle de l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques.

Mots-clefs

Égalité politique — Discrimination politique — Conviction politique — Démocratie libérale — Charte des droits et libertés de la personne du Québec

Abstract

For over 40 years in Quebec, the *Charter of Human Rights and Freedoms* prohibits discrimination based on the political convictions of a person. However, only one case law in Quebec's legal history involves this protection and no convincing interpretation of this legal provision can be found. In this dissertation, I suggest such a definition and try to answer the question: what is political within the meaning of the Charter? To answer this question, I set forth different underlying principles within our political and legal system. First, political equality can be linked with the rise of the modern liberal democratic state. Second, constitutional rights and freedoms, such as the right to be a candidate and to vote at an election and the freedoms of opinion and expression, protect political equality today. This political and legal structure establishes the basics of political equality. But an utter definition needs to be up to date. Thus, I conclude by addressing the challenges of adapting the law to postmodern society and the consequences for the definition of political discrimination.

Keywords

Political Equality — Political Discrimination — Political conviction — Liberal Democracy — Charter of Human Rights and Freedoms (Quebec)

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE INTRODUCTIF – L’interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques	1
1. La définition du politique : les enjeux	3
2. Les convictions politiques : les pistes d’interprétation dans la jurisprudence québécoise	9
3. Les opinions politiques : les conceptions canadiennes et internationales	15
4. Précisions méthodologiques	19
CHAPITRE I – L’égalité et la création de l’État démocratique libéral moderne	22
1. L’égalité moderne : les fondements de la démocratie libérale	22
2. L’égalité politique moderne : ses fondements spécifiques en démocratie libérale	26
2.1. Quelques difficultés	26
2.2. Une conception fondée sur la participation à la vie politique étatique	27
3. L’égalité politique moderne : son étendue et ses limites	30
3.1. Quant à la forme de l’État	31
3.2. Quant aux actes posés par l’État	34
CHAPITRE II – L’égalité et la formalisation des droits fondamentaux au XX^e siècle ...	36
1. L’égalité formelle : une conception de continuité et de renouveau	36
2. L’égalité politique formelle : une protection renforcée de la participation à la vie politique	43
2.1. Les droits politiques : une protection de la participation à la politique étatique ...	43
2.2. Les libertés d’opinion et d’expression en matière politique: une protection du débat public	45
3. L’égalité politique formelle : son étendue et les limites qu’elle pose aux actes de l’État	49
3.1. Les droits politiques : des intouchables si ce n’est en toute égalité	56
3.2. La liberté d’expression : un lieu de conciliation entre principes fondamentaux ...	60
3.2.1. <i>Une protection de toutes les activités expressives, peu importe le message</i>	<i>61</i>
3.2.2. <i>Une protection de toutes les formes d’expression, à l’exclusion de la violence</i>	<i>62</i>
3.2.3. <i>Une protection privilégiant l’expression dans les lieux publics</i>	<i>66</i>
3.2.4. <i>La criminalisation d’une activité n’équivaut pas à son exclusion de la sphère de protection</i>	<i>68</i>
3.2.5. <i>La neutralité politique des fonctionnaires étatiques</i>	<i>69</i>
3.2.6. <i>La protection civile contre l’atteinte à la réputation, à la dignité ou à la</i>	

<i>vie privée</i>	71
3.3. La liberté d'opinion : un équilibre entre liberté individuelle et prise de décision collective	81
3.3.1. <i>L'adhésion forcée à une opinion</i>	83
3.3.2. <i>La censure d'une opinion</i>	86
3.3.3. <i>L'association de sanctions à la seule opinion</i>	88
CHAPITRE III – Le droit à l'égalité sous le regard de la Postmodernité	91
1. La société postmoderne : le contexte d'une adaptation des droits et libertés	91
1.1. L'égalité réelle et quelques concepts connexes	94
1.2. La perspective personnaliste et pluraliste des droits fondamentaux	101
2. L'interdit de discrimination politique : une protection de la personne contre toutes les aliénations	102
2.1. Le politique à la Postmodernité	106
2.2. L'égalité réelle comme analyse permettant de faire apparaître des discriminations politiques	112
2.2.1. <i>Les règles de droit</i>	114
2.2.2. <i>Les autres actes de l'État</i>	117
2.2.3. <i>Les actes d'acteurs privés</i>	120
2.3. Les discriminations politiques justifiées au sens de la Charte québécoise	124
2.3.1. <i>Le premier volet de l'article 20</i>	124
2.3.2. <i>Le second volet de l'article 20</i>	126
2.3.3. <i>Les autres procédés de justification</i>	132
3. L'exercice des droits et libertés en contexte politique : la protection offerte par l'introduction des paradigmes postmodernes	133
3.1. L'égalité politique réelle : son impact sur la participation aux structures étatiques et au débat public	133
3.2. La perspective personnaliste et pluraliste : le rôle de l'État quant à l'expression politique dans le cadre des relations privées	140
CONCLUSION	147
1. L'existence d'une distinction, exclusion ou préférence	148
2. Les convictions politiques réelles ou perçues	149
3. L'atteinte à un droit ou une liberté de la personne	152
4. Les limites de la protection contre la discrimination politique	157
TABLE DE LA LÉGISLATION	161
TABLE DES JUGEMENTS	163
BIBLIOGRAPHIE	171

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères sont adressés à mon directeur de maîtrise, le Doyen Jean-François Gaudreault-DesBiens, pour sa confiance, son appui et ses commentaires judicieux.

Je tiens également à remercier les donateurs qui m'ont permis de bénéficier des bourses d'excellence « Pierre Elliott Trudeau en droit de la personne », « Heenan Blaikie » et « Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal ».

Finalement, j'adresse un clin d'œil particulier à Xavier Lefebvre-Boucher pour des discussions passionnantes qui n'ont pas manqué d'alimenter ma réflexion.

CHAPITRE INTRODUCTIF – L’interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques

«L’avenir du motif convictions politiques [...] pourrait] s’avérer plus riche que le laisse voir le bilan des vingt-cinq dernières années. [...] L’époque actuelle, marquée par un certain « retour du politique » et par l’émergence de nouveaux champs de lutte et de revendications, tels que l’environnement, la mondialisation et le respect des droits de la personne, pourrait bien marquer le retour en force d’un motif de discrimination trop longtemps ignoré.»¹

Cet entrefilet, tiré du bilan des 25 ans d'existence de la *Charte des droits et libertés de la personne*² du Québec effectué par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse³, reflète parfaitement l'état du droit québécois quant au motif illicite de discrimination que constituent les convictions politiques⁴. En effet, deux tentatives d'interprétation présentées par le Service de la recherche de la Commission furent rejetées par l'assemblée des commissaires pendant l'année 1983⁵. La seule autre tentative de définition doctrinale⁶ fut effectuée deux ans plus tard et mène à une constatation troublante sur le traitement jurisprudentiel de ce motif : «l'approche des tribunaux est caractérisée par une prudence excessive, et parfois même restrictive, quant à la discrimination politique, combinée à une réticence à étudier en détails les

¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DE LA PLANIFICATION (Pierre BOSSET et Muriel GARON), *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés. Études n° 2 – Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, Montréal, 2003, p. 154.

² L.R.Q., c. C-12 (ci-après *Charte québécoise*).

³ La *Commission des droits de la personne du Québec* prendra en 1995 le nom de *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec* (dans les deux cas, ci-après *Commission*).

⁴ *Charte québécoise*, préc., note 2, art. 10, al. 1 : «Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] les convictions politiques ...»

⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (Renée LESCOP et Haïlou WOLDE-GIORGHIS), *La notion de convictions politiques dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, avril 1983 (ci-après CDPQ-1) et COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (Renée LESCOP et Murielle GARON), *Hypothèses d'interprétation de convictions politiques*, Montréal, août 1983 (ci-après CDPQ-2). Notons qu'un document de 1979 aurait aussi proposé une interprétation mais il nous fut impossible de le retrouver : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (Thérèse Giroux et Renée LESCOP), *Interprétation de la notion de convictions politiques dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, juillet 1979, citant dans : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DE LA PLANIFICATION (Pierre BOSSET et Muriel GARON), préc., note 1, p. 153.

⁶ J.Stuart RUSSEL, «Discrimination on the Basis of Political Convictions or Beliefs», (1985) 45 *R. du B.* 377

questions de fond soulevées»⁷ ainsi qu'à «une volonté de leur part de restreindre l'étendue de l'interprétation des termes convictions politiques»⁸. Cet auteur doit alors conclure qu'il est trop tôt pour définir ce motif illicite de discrimination⁹ tout en exprimant le souhait que la jurisprudence future s'y penche sans adopter une théorisation et une application pratique trop restrictives qui videraient la protection de toute substance. Ce constat est encore d'actualité puisque depuis l'adoption de la Charte québécoise en 1975, la notion de convictions politiques ne fit jamais l'objet d'un réel effort interprétatif de la part de nos tribunaux. Nous avons dénombré pendant cette période une dizaine d'affaires alléguant une discrimination politique mais aucune ne mena à l'interprétation de ce motif: elles furent déboutées pour manque de preuve quant à une quelconque influence des convictions politiques dans l'acte reproché ou elles furent jugées sous un autre motif¹⁰; une seule décision mène à une condamnation pour

⁷ *Id.*, p. 422 [notre traduction].

⁸ *Id.*, p. 409 [notre traduction].

⁹ *Id.*, p. 422 et 394. Voir notamment la note 85 qui mentionne, sources jurisprudentielles à l'appui, que ce fut le sort réservé au motif «handicap» lors de ses premières interprétations.

¹⁰ *Commission des droits du Québec c. Cégep Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1984] R.D.J. 76 (CA) (Aucune preuve d'un lien entre les convictions marxistes d'une enseignante et son congédiement ne fut apportée.); *M.B. et une commission scolaire*, [1986] D.L.Q. 105 (La plainte fut jugée non-fondée puisque le demandeur ne s'est pas présenté et n'a fourni aucune explication de ses convictions, ni aucune preuve de leur influence sur son renvoi de l'école.); *R.P et un atelier de musique*, [1986] D.L.Q. 113 (La plainte fut jugée non-fondée car la Commission des droits avait, à l'époque, décidé de ne pas traiter de la discrimination liée à des campagnes syndicales, laissant la tâche aux instances spécialisées du droit du travail.); *Barrouk c. Hôtel le Quatre Saisons*, [1993] n° AZ-50010686 (T.D.P.Q.) (Le demandeur n'a apporté aucune preuve sur le lien entre ses convictions et le fait qu'il n'a pas été rappelé pour des contrats de travail occasionnels.); *Iftékhar c. Université Concordia*, [1993] n° AZ-94171003 (T.D.P.Q.) (Aucun lien ne put être établi entre les implications du demandeur au sein de l'association étudiante et le refus de sa réadmission par l'Université; au contraire, ses échecs scolaires semblent en être la cause.); *Morin c. Commission scolaire des Manoirs*, D.T.E. 94T-1036 (appel rejeté : C.A., 1994-08-31) (L'enseignant Morin ne fut pas à même d'apporter une preuve d'un lien entre sa position sur le nationalisme québécois telle que discutée avec le directeur de l'école et son congédiement, ses difficultés professionnelles semblent plutôt la cause de la rupture du lien d'emploi.); *Lisenko c. Commission scolaire St-Hyacinthe Val-Monts*, [1996] n° AZ-96171004 (Aucune tentative des demandeurs d'établir les convictions politiques en cause et leur impact.); *Société-Radio-Canada et Syndicat des communications de Radio-Canada (Bernard Drainville)*, (2009) R.J.D.T. 683 (un employeur ne commet pas de discrimination politique en rompant le lien d'emploi avec un employé qui a bénéficié d'un congé pour se porter candidat et fut élu député provincial lorsque la rupture relève de l'incapacité de l'employé de fournir sa prestation de travail et non pas du parti politique supporté); *Syndicat canadien des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 1012 (SEPB) et Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ*, 2013 QCCRT 0262 (Les normes encadrant les accréditations syndicales peuvent créer une distinction entre des travailleurs sur la base de leurs fonctions, cela ne constitue pas une discrimination puisque le motif des convictions politiques n'est pas en jeu.); *Bérubé c. Réseau de transport de la Capitale*, 2016 QCCQ 5508 (Le demandeur Bérubé n'a fourni aucune preuve qu'un conducteur d'autobus de sexe masculin l'a empêché de monter dans le véhicule alors que la preuve du défendeur établie que seules des femmes conduisaient des autobus aux heures alléguées.).

discrimination politique mais sans interprétation du motif interdit¹¹. L'interprétation de l'interdit de discrimination politique demeure donc un problème de recherche à résoudre.

La définition des termes «convictions politiques» est essentielle pour fixer l'étendue de la protection contre la discrimination politique. Pour savoir ce qui constitue une discrimination de ce type, il faut répondre à la question : qu'est-ce qui est politique au sens de la Charte québécoise? Une conception trop restrictive du politique entrainerait une protection antidiscriminatoire incomplète alors qu'une trop large pourrait être floue et insaisissable pour le décideur judiciaire qui devra l'appliquer. Bien que, comme les commissaires d'alors, nous ne sommes pas convaincus par les interprétations proposées en 1983 par le Service de la recherche de la Commission, nous les exposons en détails ci-après car, en plus d'être la plus aboutie sur le sujet, cette réflexion nous permet d'identifier les enjeux de la définition du politique (1.). Nous présenterons ensuite les quelques pistes de réflexion offertes par la jurisprudence sur le motif des convictions politiques de la Charte québécoise (2.). Nous examinons aussi l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'opinion politique présente dans certains outils de protection des droits fondamentaux en droit canadien et en droit international (3.). Nous pouvons déjà annoncer que cette revue de la littérature n'offre pas, à notre avis, une définition satisfaisante de l'interdit de discrimination sur les convictions politiques qui permettrait de répondre à la question : qu'est-ce que le droit à la non-discrimination politique en vertu de la Charte québécoise? Nous expliciterons donc l'approche différente que nous nous proposons de suivre dans le cadre du présent mémoire afin d'apporter une réponse plus satisfaisante à cette question (4.).

1. La définition du politique : les enjeux

Dans un premier document de travail¹², le Service tente de définir le champ du politique en proposant qu'il s'agit de l'organisation et l'exercice du pouvoir au sein de l'État ou d'une société organisée, de telle façon que deux types d'appartenances soient protégés. Serait premièrement protégée l'appartenance à une idéologie politique, c'est-à-dire à un système de pensée qui questionne l'organisation et l'exercice du pouvoir, de même que les politiques concrètes qui en

¹¹ CDPQ c. LaSalle (*Cité de*), (1982) 3 CHRR D/659 (CP).

¹² CDPQ-1, préc., note 5, p. 41-48.

découlent. Deuxièmement, le serait l'appartenance à une institution politique, c'est-à-dire soit à un parti politique (compris comme une organisation reconnue ou non par les pouvoirs en place et dédiée à la prise du pouvoir politique), soit à un groupe de pression (un groupe dont les activités interpellent le gouvernement directement ou indirectement par la tentative d'influence sur l'opinion publique). Dans son second document¹³, le Service reprend ces deux types d'appartenance en les considérant comme deux hypothèses d'interprétation distinctes, et en ajoutant une troisième, sans mentionner si elles doivent être considérées mutuellement exclusives ou, au contraire, trois aspects différents du politique qui doivent tous être protégés contre la discrimination. Nous examinerons ici successivement ces trois hypothèses.

Celle basée sur l'appartenance à une institution (parti politique ou groupe de pression), prise de façon indépendante, est la plus restrictive des trois hypothèses pour deux raisons. Premièrement, la protection est fonction d'un lien avec la participation aux structures étatiques : la personne voulant se prévaloir de la protection de l'article 10 devra être membre d'un parti politique ou d'un groupe de pression dont les actions visent les pouvoirs publics. Ce faisant, ne seraient pas considérées politiques, les activités des groupes de pression qui visent des acteurs privés comme les entreprises (en tant qu'employeurs, fournisseurs de biens et services de consommation ou acteurs économiques), les organisations sans but lucratif (OSBL) ou encore les autres groupes de pression. Par exemple, une campagne de boycott à l'encontre d'une compagnie ou encore une campagne de pression pour faire changer certaines pratiques d'une OSBL ne seraient considérées politiques qu'à la condition qu'elles s'accompagnent de demandes de la part du groupe militant en faveur d'une intervention étatique. Cependant, cette définition n'exclut pas la possibilité que l'acte discriminatoire allégué prenne place dans la sphère privée : il n'est pas requis que l'auteur de la discrimination soit un agent public ou qu'il participe d'une quelconque façon à la sphère publique mais cet acteur privé doit agir sur l'appartenance, réelle ou perçue, de sa victime à un parti politique ou un groupe de pression. Par exemple, un employeur en restauration pourrait être reconnu coupable de discrimination dans l'embauche envers les membres d'un certain parti politique.

¹³ CDPQ-2, *préc.*, note 5, p. 9-20.

Tout de même, cette interprétation restrictive nous semble contraire au principe d'interprétation commandant une interprétation large et libérale des droits fondamentaux¹⁴. Une telle conception du champ du politique a pour effet de restreindre significativement l'application de la Charte québécoise dans les relations privées, ce qui est contraire à son objectif de protection contre la discrimination autant dans la sphère publique¹⁵ que celle privée¹⁶. De plus, cette hypothèse d'interprétation limite la protection à l'encontre de la discrimination politique en la soumettant à un critère d'appartenance à un groupe, qu'il s'agisse d'un parti politique ou d'un groupe de pression. Cette proposition nous apparaît contraire au fonctionnement du droit libéral qui individualise la protection garantie à des phénomènes au caractère collectif de façon à rester fidèle à son fondement individualiste¹⁷ – par exemple, la liberté et l'égalité en matière religieuse n'est pas fonction de l'appartenance à une institution religieuse en raison justement de cette liberté qui implique la possibilité de développer une interprétation personnelle des dogmes officiels¹⁸. Ajoutons que les liens entre le droit à la non-discrimination sur la base des convictions politiques et les libertés d'opinion et d'expression – liens que nous expliciterons au Chapitre II – nous poussent à considérer l'appartenance à un groupe politique comme

¹⁴ La méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi fut par exemple appliquée par la Cour suprême canadienne pour interpréter le motif interdit de discrimination du «handicap» de façon à ne pas limiter la protection aux seules limitations fonctionnelles telles qu'elles peuvent être conçues par la médecine : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

¹⁵ Le statut quasi constitutionnel de la Charte québécoise, préc., note 2, découle de son article 52 qui stipule que «[a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte». Ce statut privilégié fut notamment reconnu par les tribunaux dans : *Frenette c. Métropolitaine (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, 673. La Charte «lie l'État» et «vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec» en vertu de ses articles 54 et 55. Il en découle que la production normative québécoise doit être conforme et interprétée au regard des protections de cette quasi constitution, tel que le reconnurent les tribunaux notamment dans : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (re : Larocque) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 20 et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 30.

¹⁶ Christian BRUNELLE, «Chapitre III : Les domaines d'application des Chartes des droits», dans *Droit public et administratif*, vol. 7, Collection de droit 2016-2017, École du Barreau du Québec, 2016, à la section «A – Les rapports privés», en ligne : EYB2016CDD165.

¹⁷ *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 130 : «le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la Charte [canadienne] est défini expressément comme un droit individuel, mais la notion de protection contre la discrimination demeure fonction (comme le démontrent les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1)) de l'appartenance de l'individu à certains groupes sociaux».

¹⁸ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 46-7.

l'expression ou la manifestation des convictions politiques d'une personne : il s'agit d'un aspect des convictions politiques qui doit certes être protégé mais qui n'en constitue pas la définition.

L'hypothèse d'interprétation la plus large présentée par le Service dans son deuxième document de travail définit le politique comme le pouvoir et la lutte autour du pouvoir dans une société, que ce pouvoir soit relié ou non aux instances politiques formelles de la société. Le Service donne en exemple la lutte quant à la division sociale genrée telle que conçue par le féminisme ou encore le débat quant à l'utilisation des ressources entre une entreprise et des écologistes. Le motif des convictions politiques protégerait alors la participation concrète ou la prise de position dans un conflit sur le pouvoir, de même que l'adhésion réelle ou présumée à une idéologie en jeu dans un tel conflit. Cette proposition est la plus large de celles envisagées par le Service car elle est la seule qui s'écarte d'emblée d'une centralité de l'État dans la définition du champ du politique. Il va sans dire qu'elle permet l'application de la protection contre la discrimination politique dans la vie privée comme dans la vie publique, conformément aux objectifs de la Charte québécoise. Cette définition du politique axée sur le pouvoir et la lutte autour du pouvoir a l'avantage de reconnaître que le politique peut recevoir une conception différente dépendant des époques. L'émergence du discours féministe, par exemple, illustre qu'un processus de problématisation d'éléments de l'organisation sociale auparavant jamais questionnés mène à un élargissement du champ du politique. Mais la participation ou la prise de position dans un conflit sur le pouvoir nous semble relever, encore une fois, d'une expression des convictions politiques, de telle façon que le cœur de la protection n'est pas défini. De plus, à partir de quel moment y a-t-il *conflit* sur le pouvoir?

L'appartenance relative aux idéologies politiques fait office d'interprétation modérée quant à l'étendue du politique. L'adhésion à un parti politique, un groupe de pression ou toute autre forme d'organisation n'y est pas nécessaire mais la personne qui souhaite être protégée de la discrimination politique doit se revendiquer d'un système de pensée qui questionne l'organisation et l'exercice du pouvoir – ou alléguer qu'elle a subi de la discrimination par association à un tel système de pensée. Il s'agit d'une interprétation plus libérale du motif des convictions politiques : les convictions individuelles découlant d'une idéologie sont protégées directement plutôt que de déduire la présence de convictions politiques d'un élément à saveur

plus collective comme l'appartenance à un groupe. Cette conception laisse donc une liberté plus large à la modulation de la pensée protégée mais risque de la restreindre aux idéologies établies : le libéralisme, le communisme, l'anarchisme, etc. sont couverts, tout comme leur combinaison (par exemple chez les anarcosocialistes). Telle que la formule le Service, cette conception de l'idéologie politique semble centrée sur l'État mais le questionnement de l'organisation et de l'exercice du pouvoir peut être compris de façon plus large qu'une stricte référence à l'État. Le féminisme questionne la division du pouvoir entre hommes et femmes dans les structures étatiques mais aussi sociales, l'environnementalisme propose des éléments d'organisation économique et sociale qui en appelle au pouvoir étatique mais aussi au pouvoir des dirigeants d'entreprise, ... Le concept d'idéologie pourrait se montrer assez flexible pour reconnaître la nature politique de courants de pensée en émergence dans une société où la réflexion sur l'exercice du pouvoir et la prise de décisions collectives prend maintenant pour objet différents éléments de l'organisation sociale.

Cette hypothèse d'interprétation est également intéressante parce qu'elle vise directement la protection des convictions politiques plutôt que leurs manifestations ou expressions (comme l'adhésion à un parti politique ou la prise de position dans un conflit). Elle permet ainsi d'appuyer le caractère autonome de la liberté d'opinion, une approche qui favorise une protection plus complète et que nous traiterons au Chapitre II. Conjuguée à la liberté d'expression, elle permet de protéger l'ensemble des manifestations des convictions politiques sans opérer lors de la définition de la notion une sélection *a priori* de celles à protéger. Définies comme des opinions ou croyances relevant d'une idéologie politique, *ie* d'un système de pensée qui questionne l'organisation et l'exercice du pouvoir, les convictions politiques permettent également de rendre compte d'un parallèle soulevé par la doctrine entre la liberté d'opinion et la liberté de conscience et de religion¹⁹ : elles protègent toutes deux des croyances personnelles

¹⁹ CDPQ-1, préc., note 5, p. 15; CDPQ-2, préc., note 5, p. 3; Sébastien TOUZÉ, «Article 19», dans Emmanuel DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 447, à la page 450; J.S. RUSSEL, préc., note 6, p. 390 et notamment la note 65. Ce dernier y note d'ailleurs que la protection en droit américain à l'encontre de la discrimination sur la base de convictions ou d'opinions politiques est passée soit par l'élargissement jurisprudentiel du motif *creed* [croyance] soit, dans certains cas, directement sous le motif de la religion. Il est également intéressant de noter que les libertés de conscience, de religion, d'opinion et d'expression sont comprises dans le même article de la Charte québécoise, préc., note 2, art. 3.

rattachées à une vision du monde, terrestre ou spirituel. La notion d'idéologie comporte cependant le risque que la garantie de non-discrimination soit fonction de l'adhésion de la victime alléguée à un appareil théorique complet et explicite. Or, bien qu'il soit probablement impossible de trouver une personne n'ayant aucune opinion politique, plusieurs ne se revendiquent pas d'une idéologie politique de la même manière qu'un croyant en appelle à sa religion. Une personne peut subir une discrimination suite à l'expression d'une idée quant à un aspect de l'organisation et l'exercice du pouvoir dans notre société sans nécessairement adhérer à une idéologie qui propose un modèle différent complet. S'il est utilisé, le concept d'idéologie politique doit donc être entendu d'une façon assez flexible pour comprendre les opinions concernant l'organisation et l'exercice du pouvoir dans la société, qu'elles relèvent ou non d'un système de pensée établi.

Les enjeux de la définition de la notion de convictions politiques se rattachent donc d'abord à la nature du politique : qu'est-ce qui est politique? Il nous semble qu'il faut tenter de répondre à cette question en évitant de ne s'attarder qu'à certaines manifestations du phénomène et plutôt déterminer ce qui le caractérise. Il faut aussi se demander si le politique ne concerne que l'État. Bien qu'aucune définition du Service n'aille jusqu'à proposer que seul l'État puisse être coupable de discrimination politique, une *conception* du politique centrée sur l'État limite l'étendue de la protection quant aux relations entre individus. Une question connexe est celle de l'adaptabilité de la notion à l'émergence de nouvelles conceptions du politique dans la société : une définition restreinte à la politique étatique fait fit de phénomènes sociaux de problématisation et de revendication d'éléments de l'organisation sociale qui s'inscrivaient traditionnellement dans la sphère privée mais qui émergent comme enjeu collectif à gérer politiquement dans la sphère publique à partir d'une époque – nous donnions l'exemple du féminisme précédemment. Finalement, il faut reconnaître la coexistence d'aspects collectifs et individuels du politique. La pensée politique d'un individu peut se rattacher à un courant plus large mais elle peut aussi en diverger de façon originale. Une personne peut poursuivre une fin politique seule ou s'associer à d'autres. Ces enjeux de la définition du politique au sens de la Charte ne sont pas résolus dans la jurisprudence québécoise subséquente aux avis du Service. En effet, les tribunaux québécois ne définissent pas les convictions politiques mais, nous

retrouvons de façon implicite dans leurs décisions différentes conceptions du politique qui offrent des pistes de réflexion supplémentaires sur les enjeux que nous venons de soulever.

2. Les convictions politiques : les pistes d'interprétation dans la jurisprudence québécoise

Nous avons déjà mentionné qu'une seule décision du Tribunal des droits de la personne a déjà mené à une condamnation pour discrimination politique²⁰. Une ville y fut reconnue coupable parce qu'elle avait exclu un groupe environnementaliste d'une activité annuelle adressée à tous les groupes communautaires et cela en représailles pour des critiques exprimées contre la ville lors de l'édition précédente du même événement. Le Tribunal conclut à une atteinte discriminatoire à la liberté d'expression du groupe mais sans précision définitionnelle. La question demeure : mais où est le politique dans cette affaire? Est-ce les positions environnementales qui constituent des convictions politiques? Ou est-ce politique parce qu'il s'agit de critiques contre une municipalité, donc adressées à une composante de l'État? Quel poids accordé au fait que l'exclusion fut exercée par une municipalité dans cette qualification? Dépendant de la réponse à ces questions, cette décision peut appuyer une conception restreinte ou généreuse du politique. D'autres décisions issues de la jurisprudence québécoise, bien qu'elles ne présentent pas d'étude du sens attribué à la notion, nous renseignent sur les implications de la conception du politique sur l'étendue de la protection offerte par l'article 10 de la Charte québécoise.

La façon la plus restreinte de définir cette protection est de considérer que seul l'État, une de ses composantes ou un organe directement lié à la politique étatique (comme un parti politique) peut *exercer* une discrimination politique. En désignant qui peut être l'agent discriminatoire, cette hypothèse est même encore plus étroite que celle du Service de la recherche de la Commission qui protège l'appartenance à un parti politique ou un groupe de pression. Une telle interprétation n'est cependant pas très convaincante dans le cadre de la Charte québécoise comme l'explique le juge Sheenan dans l'affaire *Morin*²¹ :

«La Charte s'applique à tous; l'interdiction de discrimination fondée sur les convictions politiques ne s'applique pas seulement aux membres des partis

²⁰ LaSalle, préc., note 11.

²¹ *Morin c. Commission scolaire des Manoirs*, préc., note 10.

politiques reconnus. D'ailleurs, une personne peut fort bien avoir des convictions politiques profondes et discriminer à l'égard d'une personne ayant des convictions différentes des siennes sans pour autant être membre d'aucun parti politique ni même avoir des allégeances politiques connues.»

Ainsi, il nous semble inutile de considérer plus avant cette hypothèse. Dans le cas de la Charte québécoise, la détermination de l'étendue de la garantie de non-discrimination politique concerne plutôt la question de la centralité de l'État dans la conception du politique. Une définition restreinte associe totalement le politique et l'étatique de telle façon qu'une discrimination est fondée sur les convictions politiques uniquement lorsqu'elle est liée à l'appartenance à un parti politique, l'appartenance à un groupe de pression qui critique l'État ou demande son intervention, la participation aux structures étatiques ou l'adhésion à une idéologie concernant la forme et l'organisation de l'État, par exemple. Une définition large couvre ces situations mais également la participation au débat public et potentiellement à des activités sans lien avec les structures institutionnelles. Les indices définitionnels présents dans la jurisprudence nous semblent abonder dans ce dernier sens.

L'examen jurisprudentiel le plus complet des implications de la définition des termes convictions politiques est effectué par le juge Beetz de la Cour suprême dans l'affaire *Brossard*²² qui concerne l'article 20 de la Charte québécoise. Il y est donc question de déterminer quels groupes peuvent être considérés des institutions à but non lucratif à caractère politique pour les fins de l'exception à l'interdit de discrimination prévue à cet article – nous analysons cette exception en détails au Chapitre III. Après avoir rejeté une définition étroite qui se rapporterait aux seuls partis politiques²³, le juge Beetz applique la règle d'interprétation *noscitur a sociis* :

« le sens du mot "politique" est éclairé par les autres exemples d'institutions sans but lucratif donnés par le législateur à l'art. 20: « . . . le caractère charitable, philanthropique (*sic*), religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif». Chacun des mots «charitable», «philanthropique», «religieux», «politique» et «éducatif» paraît renfermer la notion de «vocation». [...] En ce sens, une institution de caractère politique serait, tout comme un parti politique, une institution ayant une vocation particulière reliée à une idéologie ou à un programme [nos soulignements]»²⁴.

²² *Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

²³ *Id.*, par. 105-6.

²⁴ *Id.*, par. 113.

Il cite également avec approbation une opinion similaire du juge Rioux :

«Le caractère politique d'une institution, si on s'en tient au contexte même de l'article 20 ("caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif"), se rapporte plutôt à l'exercice des principes démocratiques. L'exception qui nous intéresse vise donc les institutions qui participent au processus démocratique: ainsi, un parti politique serait justifié de favoriser l'emploi de personnes partageant son idéologie plutôt que d'adversaires politiques [nos soulignements]»²⁵.

Il faut noter une différence importante entre les articles 10 et 20 de la Charte québécoise, différence qui doit se refléter dans l'interprétation de ce qui est politique dans l'un et l'autre contexte : l'art. 20 protège des groupes puisqu'il crée une exception bénéficiant à des institutions alors que l'art. 10 protège des personnes. Ces décisions nous indiquent tout de même que ce qui est considéré politique par les tribunaux est lié à la participation démocratique et, souvent, à la notion d'idéologie.

Mais est-ce que cette participation démocratique concerne uniquement les structures étatiques? Elle les concerne certainement puisque l'exemple typique est l'adhésion à un parti politique²⁶ mais elle englobe aussi la participation au débat public. En effet, furent reconnue comme des institutions sans but lucratif à caractère politique la Centrale des syndicats nationaux²⁷ et un groupe féministe organisant un spectacle dans le cadre de la Journée internationale des femmes²⁸. Ces deux groupes ne relèvent pas de l'État et n'agissent pas nécessairement en relation avec lui; ils participent cependant à soulever des questions et proposer des solutions sur des enjeux d'intérêt public comme le fonctionnement du système économique et les règles du

²⁵ *Id.*, par. 114, citant : *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243, p. 250.

²⁶ Cet exemple est utilisé par le juge Rioux dans la citation précédente tout comme par le juge Beetz, *Id.*, par. 119 : «Le Parti libéral du Québec pourrait invoquer l'art. 20 pour justifier l'embauchage de sympathisants comme personnel de soutien à un congrès du parti. Celui-ci est une institution sans but lucratif de caractère "politique" et l'art. 20 lui accorde sa protection afin de permettre aux libéraux de s'associer librement pour promouvoir l'idéologie libérale.»

²⁷ *Lusignan c. Confédération des syndicats nationaux*, [1992] R.J.Q. 684. La Centrale des syndicats nationaux a exercé une discrimination politique à l'embauche en rejetant un candidat parce qu'il ne partageait pas ses positions (notamment en ne s'opposant pas complètement au libre-échange économique) mais cette discrimination est justifiée au sens de l'article 20 parce que la Centrale est une institution ayant pour vocation la promotion d'un programme ou d'une idéologie politique.

²⁸ *Décision – 31 Commission des droits de la personne du Québec*, [1986] D.L.Q. 462.

travail ou la place d'un groupe social dans la collectivité. Si sous l'empire de l'article 20, le caractère politique d'une institution autorise certaines discriminations qui ne sont pas directement reliées à l'État, il faut logiquement conclure que c'est parce que l'article 10 protège les individus contre des discriminations fondées sur leurs convictions politiques dans un sens plus large que la participation aux structures étatiques.

Dans le cadre de l'article 10 lui-même, la notion de convictions politiques fut aussi associée à une protection de l'idéologie politique de façon purement intuitive par le juge François Bélanger de la Cour supérieure dans une affaire de congédiement d'une employée municipale :

«Quant aux convictions politiques elle (*sic*) ne sont pas en cause non plus au sens du même article [10] de la Charte. Ce qui a occasionné le congédiement de la demanderesse, ce n'est pas parce qu'elle était communiste ou socialiste ou fasciste ou autre, mais à raison, (à tort tel que susdit) du fait qu'elle aurait participé à la campagne du rival de celui dont elle était la secrétaire [Nos soulèvements]»²⁹.

Il s'agit cependant d'une décision très questionnable. Comment la perte d'un emploi auprès d'un élu motivé par la croyance que l'employée supporte la campagne électorale d'un rival pourrait ne pas être de la discrimination politique? Il est pour le moins surprenant que le juge Bélanger ait considéré que la participation au processus démocratique de sélection des représentants étatiques ne soit pas couverte par l'interdit de discrimination politique. L'invocation de l'article 20 de la Charte pourrait valider le congédiement dans un tel cas mais il s'agit d'une question distincte qui demande d'ailleurs de reconnaître d'abord l'existence à première vue d'une discrimination³⁰. Cette décision permet cependant d'illustrer le danger d'une définition arrimée sur l'idéologie sans questionnement quant aux différentes manifestations du politique dans notre société : les convictions politiques se matérialisent concrètement de diverses façons qui doivent toutes être protégées *a priori* sous l'empire de l'article 10 et il nous semble impossible de justifier d'en exclure une manifestation comme la participation au processus démocratique.

Dans l'affaire *Morel*, le juge LeBel, siégeant alors à la Cour d'appel du Québec, suggère en *obiter dictum* une définition à notre sens plus prometteuse. D'abord, elle est plus apte à saisir

²⁹ *Mormina c. St-Léonard (Ville de)*, [1987] n° AZ-87021398 (C.S.), p. 16.

³⁰ *Infra*, Chapitre III, 2.3.

l'ensemble des divers aspects du politique dans notre société et ensuite, elle relève d'une vision où le politique déborde des strictes structures étatiques. Les convictions politiques référerait aux «débats sur l'organisation ou le fonctionnement de la société, ses buts ou sa nature»³¹. Plusieurs sujets dont le caractère politique peut faire débat dépendant de la position adoptée quant à l'étendue de la définition du politique se qualifieraient selon cette définition. Nous pouvons penser à toute revendication quant à la place dans la société d'un groupe marginalisé (la réflexion féministe mais aussi la lutte contre le racisme, l'homophobie, ...), aux débats quant à l'utilisation et au partage du territoire (comme dans la critique de la gentrification) ou encore aux enjeux économique (autant la question fondamentale du modèle économique à adopter, que les choix quant à la gestion des ressources ou l'organisation de la production, ce qui comprend notamment les demandes syndicales et les propositions environnementalistes). À notre avis, une définition aussi large est à privilégier car elle s'accorde avec le principe d'interprétation large et libérale des droits fondamentaux et que les limites à la protection contre la discrimination politique devraient être dégagées lors de l'étude de l'économie de la Charte québécoise qui prévoit déjà une délimitation des droits et libertés qu'elle protège.

Nous nous opposons donc à une démarche qui cherche par le biais de l'interprétation des termes convictions politiques à rejeter hors du champ de la protection de l'article 10 certaines manifestations de telles convictions. Nous pensons ici particulièrement à la résolution adoptée en 1983 par l'assemblée des commissaires de la Commission des droits afin que soient considérées non-recevables les plaintes invoquant une discrimination sur la base des activités

³¹ *Morel c. Corporation de Saint-Sylvestre*, [1987] D.L.Q. 391 (CA). Dans cette décision, le j. LeBel propose aussi une distinction entre l'organisation et le fonctionnement politique d'un côté et l'organisation et le fonctionnement simplement administratif de l'autre : la relation publique entre le citoyen et l'État ne peut pas être caractérisée automatiquement de politique, encore faut-il que l'État soit en train d'exercer des fonctions publiques politiques et non juste des fonctions publiques administratives. Cette distinction lui permet de se questionner sur la nature politique ou simplement administrative d'un débat lors d'un conseil municipal sur le rattachement d'une ville à une municipalité régionale de comté ou une autre. Un citoyen expulsé d'un conseil suite à l'expression d'un désaccord ne serait victime de discrimination politique que si le sujet traité était politique et non simplement administratif. Puisque nous proposons que le politique soit lié à la participation démocratique, nous rejetons une telle distinction qui a pour effet de considérer non-discriminatoire l'expulsion d'un individu sur la base des opinions qu'il a formulé dans une instance démocratique étatique mais sur une question d'administration publique.

syndicales³². Deux décisions appliquent cette résolution, l'une sans examen des faits³³, l'autre plus étoffée³⁴. Le contexte factuel de cette dernière concerne une grève illégale dans le secteur public qui créa un débat dans les instances syndicales concernées et sur la place publique. Le demandeur participa à la polémique par une lettre ouverte dans le journal *Le Devoir* et en accordant des entrevues en tant que briseur de grève. Le syndicat travailla pour décrédibiliser les arguments du demandeur tant auprès de ses membres que dans les médias mais le juge Simon Brassard du Tribunal considéra que les propos ne dépassèrent pas les bornes du débat d'idées sur des questions d'intérêt public. Le juge nota en plus qu'aucune représailles ne fut exercée contre le travailleur par le syndicat. À notre avis, ces constatations étaient suffisantes pour statuer sur l'absence de discrimination : l'article 10 ne peut être invoqué sans le lier à une atteinte à un droit fondamental de la personne comme la liberté d'expression, le droit à la réputation ou encore à la jouissance des droits syndicaux. L'économie de la Charte québécoise et l'interprétation habituelle des droits fondamentaux en jeu étaient suffisantes pour apporter une réponse satisfaisante et respectueuse des nécessités du débat politique³⁵. Mais le juge Brassard préféra une approche qui exclut les questions syndicales du politique, où n'est politique que ce qui concerne directement l'État :

« Quant aux convictions politiques du demandeur, le seul lien avec la grève illégale est que cette dernière se déroulait en période électorale: il ne s'agit ni d'un lien de causalité ni d'un lien de droit. Au contraire, les articles parus dans le journal "*Le Devoir*" sont des manifestations de la liberté d'opinion et d'expression dans un pays libre et démocratique. Les critiques et les caricatures concernant des sujets les plus

³² *Résolution 183-8.1.1*, Commission des droits de la personne du Québec, COM-183-8.1.1, 6 octobre 1983. Cette résolution est en fait la seule prise de position de la Commission dans la foulée de son refus des hypothèses d'interprétation de la notion de convictions politiques offertes par le Service de recherche dans CDPQ-1 et CDPQ-2, préc., note 5.

³³ *R.P et un atelier de musique*, préc., note 10.

³⁴ *Rondeau c. Syndicat des employé(e)s du Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1995] R.D.L.P. 87.

³⁵ Dans la vie politique nationale comme dans celle d'une unité syndicale, la liberté d'expression protège le débat d'idées sur les questions relatives à cette collectivité – on parle d'ailleurs de droit à la dissidence syndicale – et la limite de l'atteinte fautive à la réputation d'une personne est appliquée en prenant en compte les nécessités de la discussion publique. L'interdit de discrimination politique ajoute quant à lui une protection contre des représailles fondées sur l'opinion exprimée. Dans le monde syndical, il est ainsi illégal d'expulser du syndicat un membre pour la seule raison de l'expression de sa dissidence, tout comme un exécutif syndical ne peut pratiquer et encourager auprès de ses membres des actes de harcèlement ou d'autres mesures d'ostracisme contre un syndiqué dissident. Dans *Dufour c. Syndicat des employés du Centre d'accueil Pierre-Joseph Triest (CSN)*, (1999) R.J.Q. 2674, un syndicat est condamné pour discrimination, harcèlement et diffamation à l'encontre du demandeur qui avait été expulsé du syndicat et visé par plusieurs «mesures continues d'ostracisme» après avoir dérogé à une directive syndicale quant au travail à effectuer dans le cadre de moyens de pression.

variés sont le lot quotidien des journaux publiés au Québec. Une divergence d'opinion quant à l'action syndicale appropriée aux circonstances n'est pas assimilable à une conviction politique [nos soulignements]»³⁶.

À notre avis, une définition restreinte de la notion de convictions politiques n'est pas appropriée à un outil de protection des droits fondamentaux et n'est pas nécessaire pour établir les limites de la non-discrimination politique, notamment lorsqu'il s'agit d'éviter qu'elle ne soit utilisée pour restreindre le débat politique. C'est plutôt l'étude de l'interaction des différents droits de la Charte qui devrait mener à leur équilibre et à leur définition. La jurisprudence relative à la Charte québécoise ne nous propose pas une définition arrêtée de la notion de convictions politiques et nous semble traversée par deux tendances : l'une propose une définition large du politique qui manque de précision et de concrétude alors qu'une autre propose des définitions qui ne concernent que certaines manifestations du phénomène politique en en oubliant ou même en en excluant d'autres sans justification. Voyons maintenant si d'autres sources pourront mieux nous éclairer.

3. Les opinions politiques : les conceptions canadiennes et internationales

Puisque la Charte québécoise doit être interprétée à la lumière des protections offertes par la Charte canadienne, il serait très utile d'y retrouver une protection des convictions politiques mais ces dernières ne font pas partie des motifs énumérés à l'article 15. La possibilité de reconnaissance judiciaire de motifs analogues de discrimination ne nous offre pas plus de secours dans l'immédiat. Plusieurs tentatives de reconnaissance d'une protection contre une forme ou une autre de discrimination politique furent infructueuses car la reconnaissance d'un motif analogue lié à une caractéristique politique se heurta à la conception de l'égalité développée par la Cour suprême dans le cadre de l'article 15 et qui est basée sur la protection de groupes formant une «minorité discrète et isolée»³⁷. Le droit à l'égalité a cependant évolué

³⁶ *Id.*, p. 100-1.

³⁷ Par ex. : *Reform Party of Canada c. Canada*, (1993) 7 Alta LR (3d) 1 (BR) (Les membres d'un parti politique ne sont pas une minorité discrète et isolée pouvant bénéficier de la protection contre la discrimination pour obtenir un temps d'antenne similaire aux autres partis politiques en période électorale.); *Canada c. Barrette*, (1994) R.J.Q. 671 et *Longley c. Canada*, (2008) 288 D.L.R. (4th) 599 (Les candidats non-remboursés au sens de la Loi électorale du Canada ne constituent pas une minorité désavantagée.); *Jazairi c. Ontario*, (1997) 146 D.L.R. (4th) 577, confirmé par (1999) 175 D.R.L. (4th) 302 (CA Ont.) (L'absence de mention des opinions politiques dans le *Human Rights Code* de l'Ontario ne viole pas le droit à l'égalité de la Charte canadienne puisque les individus qui expriment une opinion politique ne peuvent être considérés comme une minorité

de façon importante dans les dernières années alors que les tentatives de reconnaissances d'un motif analogue de type politique datent toutes de plus de 10 ans; ainsi, la donne pourrait être différente lors d'un prochain essai³⁸. Par ailleurs, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³⁹ ne peut pas plus nous éclairer sur la discrimination politique puisqu'aucun motif énuméré à l'alinéa 3(1) n'y est lié et que le libellé ne permet pas la reconnaissance judiciaire de motifs analogues.

Nous sommes plus chanceux avec la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁴⁰ qui met en œuvre au Canada la *Convention relative au statut des réfugiés*⁴¹ issue de l'Organisation des Nations Unies et qui accorde le statut de réfugié à un individu « craignant avec raison d'être

discrète et défavorisée de notre société.); *R. c. Nunziata*, (2006) 203 CCC (3d) 261 (Les candidats indépendants ne constituent pas un groupe analogue, mais les droits démocratiques prohibent une règle électorale défavorisant les candidats indépendants en leur refusant de conserver les sommes excédentaires suite à une campagne électorale et favorisant les candidats de partis politiques en le leur permettant.). À notre connaissance, la décision de première instance *Condon c. Île-du-Prince-Édouard*, (2002) 95 CRR (2d) 216 (CS Î-P-É) (appel rejeté sous d'autres motifs) constitue la seule reconnaissance que la conviction politique et l'allégeance politique sont des motifs analogues à ceux énumérés à l'art. 15. Pour plus de détails sur les décisions citées ici : Henri BRUN, Pierre BRUN et Fannie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence, doctrine*, 24e éd., coll. Alter Ego, W&L, 2011.

³⁸ La majorité dans la décision *Corbiere c. Canada (Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13, reformule le critère d'acceptation de nouveaux motifs analogues : « il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 [... donc des motifs qui sont] à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle». Ce faisant, «[d'] autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination» ne bénéficient plus de la même importance dans cette analyse puisqu'ils «peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables». La décision *Corbiere* fut rendue en 1999, donc après la majorité des décisions refusant de reconnaître un motif analogue de type politique. Elle pourrait modifier la perception d'une conviction politique dans l'avenir, la rapprochant d'une caractéristique identitaire certes choisie mais «que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi», comme c'est le cas pour la religion par exemple. Par ailleurs, l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, modifie l'analyse de la violation de l'article 15 de deux façons : il n'est plus nécessaire de recourir à un groupe de comparaison et la présence de stéréotypes et préjugés ne constitue plus une preuve à établir mais plutôt une indication de discrimination. Ces deux éléments ne modifient pas le critère de reconnaissance d'un motif analogue mais témoignent de la tendance générale à adopter une analyse plus flexible et moins fondée sur les groupes, ce qui favorise l'acceptation d'une protection contre la discrimination politique.

³⁹ L.R.C. 1985, c. H-6.

⁴⁰ L.C. 2001, c. 27, art. 96 (ci-après LIPR).

⁴¹ Rés. 429(V), (14 décembre 1950), art. 1, en ligne : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfRefugees.aspx> (site consulté le 17 février 2017).

persécutée du fait [...] de ses opinions politiques». Notons d'abord qu'il s'agit ici d'une protection contre la persécution et non pas contre la discrimination et que ce «n'est que dans des circonstances particulières que la discrimination équivaudra à des persécutions»⁴². Bien que la définition de cette dernière varie, nous pouvons dire qu'elle se distingue de la discrimination par une gravité supérieure : «des menaces à la vie ou à la liberté [...] sont toujours des persécutions [mais d]'autres violations graves des droits de l'homme [...] constitueraient également des persécutions»⁴³. La définition de ce qui constitue une opinion politique dans ce contexte peut tout de même nous aider à conceptualiser la notion de convictions politiques sous la Charte québécoise.

La Cour suprême du Canada a défini les opinions politiques au sens de la LIPR et de la Convention comme «toute opinion sur une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé»⁴⁴. Ce faisant, elle rejette expressément une conception restreignant le rôle de persécuteur à l'État, au parti politique au pouvoir ou à un groupe ayant des intérêts semblables afin d'inclure les situations où l'État n'est pas lié à la persécution mais est incapable de protéger la victime. Les décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut du réfugié du Canada nous apprennent également que «le demandeur d'asile n'a pas besoin d'être membre d'un parti politique, ni d'un groupe ayant un titre, bureau ou statut officiel, ni à avoir une place ou un statut bien en vue dans un parti politique pour qu'il puisse être déterminé qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques»⁴⁵. La protection couvre donc les situations de persécution liées à la lutte entre différents groupes pour le pouvoir au sein des structures étatiques ou encore liées à l'expression

⁴² HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS (HRC), *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Doc. N.U. HCR/1P/4/Fre/Rev.1 (1992), par. 54, en ligne : <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b32b0.html>> (site consulté le 6 avril 2017).

⁴³ *Id.*, par. 51. Voir également : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DU RÉFUGIÉ DU CANADA, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la Convention*, 2010, section 3.1.1., en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/RefDef.aspx>> (site consulté le 6 avril 2017).

⁴⁴ *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, p. 746. La Cour fait sienne la définition de : Guy S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 38.

⁴⁵ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DU RÉFUGIÉ DU CANADA, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la Convention*, 2010, section 4.6, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/RefDef.aspx>> (site consulté le 6 avril 2017).

d'une dissidence ou à l'activisme à l'encontre du pouvoir en place⁴⁶. Cette conception du politique est à notre sens tout de même restreinte puisqu'elle demeure essentiellement centrée sur l'État. Par exemple, bien qu'un caractère politique puisse être reconnu à l'opposition contre «la discrimination institutionnalisée à l'endroit des femmes [et également] à la domination sociale ou culturelle des hommes», la protection contre la persécution s'applique lorsqu'«une attitude contraire [aux principes religieux ou aux lois imposant certains comportements aux femmes] peut être perçue par les autorités comme une preuve d'opinions politiques inacceptables qui menacent le fondement de leur pouvoir politique [nos soulignements]»⁴⁷.

Les limites à la protection contre la persécution politique ne sont pas dégagées lors de la définition de ce qui constitue une opinion politique. L'article 98 de la LIPR réfère plutôt à la section F de l'article 1 de la Convention qui prévoit que :

«Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

- a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
- b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;
- c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.»

Les membres de groupes criminalisés, terroristes ou séditionnaires ayant recours à la violence peuvent avoir été ciblés par le pouvoir en place sur une base politique mais ils ne pourront généralement pas bénéficier de la protection de la Convention car celle-ci établit des restrictions quant aux moyens légitimes de l'action politique. Cependant, la commission d'un crime qui

⁴⁶ Ward, préc., note 44, p. 746. Dans *Colmenares, Jimmy Sinohe Pimentel c. M.C.I.*, 2006 CF 749, par. 14, la Cour fédérale énonce que «the law does not require a victim of politically motivated persecution to necessarily abandon his commitment to political activism in order to live safely».

⁴⁷ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ DU CANADA, *Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe. Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*, 1996, section A. – II., en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>> (site consulté le 6 avril 2017). Une certaine flexibilité est cependant à noter quant à ce qui doit être considéré comme de l'activisme politique : le refus de se soumettre à des exigences vestimentaires ou encore l'organisation de cuisines communautaires, de garderies ou de recherches de parents disparus peuvent être perçues comme l'expression d'une dissidence par un régime politique et donc être reconnus comme de la persécution de type politique.

n'est pas visé à la section F de l'article 1 de la Convention ne sera pas toujours un obstacle à la reconnaissance du statut de réfugié puisque :

«Lorsqu'une personne est poursuivie ou punie pour un délit politique, il convient de faire une distinction selon que l'intéressé est poursuivi pour ses opinions politiques ou pour des actes ayant un mobile politique. S'il est poursuivi pour un acte punissable perpétré pour des motifs politiques et si la peine qu'il encourt est conforme à celle qui est prévue par le droit général du pays en question, la crainte de ces poursuites, en elle-même, ne conférera pas à l'intéressé la qualité de réfugié. [...] Les poursuites intentées pour une infraction peuvent, dans certains cas, n'être qu'un prétexte pour sanctionner les opinions politiques du délinquant ou l'expression de ses opinions politiques. Il peut aussi y avoir lieu de penser qu'un délinquant politique risque de se voir infliger un châtement excessif ou arbitraire pour le délit prétendument commis. Ce châtement excessif ou arbitraire équivaudra à des persécutions.»⁴⁸

Ainsi, dans le cadre de ses obligations internationales, le Canada offre une protection aux victimes de persécution politique de la part de leur État ou d'un groupe lié au pouvoir ou encore lorsque l'État se montre incapable de les protéger. Nous avons qualifié de restreinte cette définition du politique centrée sur le pouvoir étatique. À notre avis, cette étendue s'explique par le contexte d'une convention internationale : le détenteur du pouvoir politique sur un territoire est le premier responsable de la sécurité de ses citoyens et le droit international fut développé pour pallier à des manquements éventuels à cette obligation des États envers les individus. Pour cette raison, nous ne croyons pas que cette définition restreinte doit déterminer celle du motif conviction politique au sens de la Charte québécoise.

4. Précisions méthodologiques

Nous nous retrouvons dans une situation où les sources classiques de l'analyse juridique ne suffisent pas à la tâche d'interprétation que nous nous sommes posé. Les tribunaux québécois semblent éviter de se prononcer sur la définition des convictions politiques et le contexte différent des décisions canadiennes et internationales pour un interdit similaire appelle à une certaine retenue quant à leur importation en droit québécois. Par ailleurs, la doctrine juridique sur la question est pauvre et insatisfaisante. Les définitions proposées par le Service de recherche de la Commission s'appuient de façon trop importante selon nous sur une conception du

⁴⁸ HRC, préc., note 42, par. 84-5.

politique comme phénomène humain tel qu'il est étudié en sciences sociales. Or, c'est une définition juridique, opératoire pour les décideurs judiciaires, qu'il nous faut développer. La description du phénomène politique effectué par les sciences sociales est très utile pour réfléchir à ce qui doit être inclus dans une définition juridique du politique mais, la simple importation d'une définition issue d'une autre discipline, sans effort de «traduction» de l'une à l'autre, nous laisse avec des concepts peu utiles pour comprendre le sens d'un texte juridique.

Notre étude sera somme toute assez classique puisque nous nous situons dans l'approche téléologique préconisée par la Cour suprême pour l'interprétation des outils de protection des droits fondamentaux :

«la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* [canadienne] consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'*objet* d'une telle garantie ; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. [...] [L]'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés»⁴⁹.

Cette méthode est particulièrement adaptée puisque définir ce qui est politique au sens d'un document ayant valeur constitutionnelle exige de se pencher sur le droit mais aussi sur le type de régime politique qu'il institue ainsi que sur l'organisation sociale et les valeurs communes qu'il entend favoriser. Nous proposons donc de poser un regard historique sur l'émergence et l'évolution de la notion d'égalité dans la philosophie juridique et le droit positif. Cette approche nous est inspirée d'une critique formulée en 1988 par le Professeur Proulx qui désapprouvait alors l'adoption par les tribunaux canadiens d'une définition de l'égalité dépourvue de

⁴⁹ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 116-7.

signification car elle faisait l'économie d'une réflexion sur l'objet de ce droit, *ie* «sur les valeurs qui se dégagent du contexte socio-politique et qui permettent d'identifier les intérêts que la norme d'égalité est appelée à protéger»⁵⁰. Nous verrons que différentes conceptions du droit à l'égalité se sont succédées historiquement et qu'elles font varier la protection de l'égalité politique et les possibilités politiques concrètes qui en découlent pour les individus. Nous serons particulièrement sensibles aux représentations sociales et aux conceptions juridiques propres à chaque époque, ce qui est à notre avis le mieux décrit par la notion de paradigme :

«Dans un sens large, le terme paradigme désigne les modèles dominants et englobants qui fondent nos représentations. Plus ou moins implicites, ils fonctionnent comme des schèmes organisateurs du regard que la société porte sur elle-même, sur le monde, sur ses propres valeurs et ses fins. Le mot paradigme s'emploie fréquemment dans le sens de vision du monde. Au sens collectif, le paradigme est un système de représentation largement accepté dans un domaine particulier. Cela dit, les paradigmes tendent à différer selon les groupes sociaux et à changer dans le temps en fonction de l'évolution des connaissances. C'est le cas notamment des paradigmes scientifiques.»⁵¹

Nous nous interrogerons d'abord sur les fondements du droit public moderne, *ie* les principes philosophico-juridiques qui présidèrent à l'organisation du droit public et de l'État à la Modernité et qui servent d'assise à la garantie d'égalité (Chapitre I). Nous verrons ensuite leur évolution sous l'influence de l'adoption d'outils de protection des droits fondamentaux qui protègent dorénavant une égalité dite formelle (Chapitre II). Cette partie permettra d'ailleurs d'analyser l'étendue de la protection contre la discrimination politique en lien avec l'économie générale de la Charte québécoise : certains droits et libertés participent de l'égalité politique et leurs limitations nous indiquent celles qui devraient s'appliquer à notre objet d'étude. Finalement, nous proposerons une réflexion sur l'avenir de la protection contre la discrimination politique au regard de théorisations plus récentes qui conçoivent l'égalité dans une perspective réelle (Chapitre III). Nous verrons de façon transversale l'évolution de la saisie de la notion du politique avec le passage de la Modernité à la Postmodernité.

⁵⁰ Daniel PROULX, «L'objet des droits constitutionnels à l'égalité», (1988) 29 *Les Cahiers de droit* 567, 568-9.

⁵¹ Hassan ABDELHAMID, «Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique», dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 135, aux pages 137-8.

CHAPITRE I – L'égalité et la création de l'État démocratique libéral moderne

Ce chapitre a pour objectif de présenter les fondements conceptuels du droit à l'égalité dans la pensée libérale moderne (1.) et de souligner les spécificités de l'égalité politique en particulier (2.), lesquelles doivent guider notre compréhension de l'objet de cette protection. Cette première étape interprétative nous permettra de dégager des limites intrinsèques de l'égalité politique en régime démocratique libéral (3.), commençant ainsi notre travail de délimitation de la notion.

1. L'égalité moderne : les fondements de la démocratie libérale

Le concept d'égalité est aux fondements de l'État et du droit modernes. La montée du Protestantisme et les sanglantes guerres de religion qui en résultèrent entre protestants et catholiques dès le XVI^e siècle au sein même des États monarchiques forcèrent une réflexion sur le fondement divin de la légitimité politique¹. Au sein de ces sociétés, les personnes étaient déjà des sujets de droit, mais leur statut était relié à leur « rôle social déterminé traditionnellement »². Le mouvement vers la Modernité fut un long processus « de revendication et d'institution de l'égalité substantielle des droits [par] l'effacement ou la fusion progressive des privilèges particuliers et hiérarchisés [traditionnels] dans un droit commun »³ semblable pour tous et partagé par tous — universel —, car « inhérent à la subjectivité humaine en tant que telle »⁴. Ce processus de revendication étant géographiquement situé, s'est produite la double création, d'une part au niveau collectif, de l'État de droit moderne et, d'autre part au niveau individuel, du citoyen titulaire de la personnalité juridique⁵. Le concept d'égalité, émanation de la centralité de la subjectivité humaine dans la Modernité, y apparaît donc comme un nouveau paradigme de l'organisation sociale, politique et juridique qui répond à la nécessité de rejeter le divin comme source du pouvoir afin de permettre la cohabitation interreligieuse.

Bien que les assises de ce concept se situent *lors de la formation* des États modernes, il nous

¹ Will KYMLICKA, *Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights*, coll. «Oxford political theory», New York, Oxford University Press, 1995, p. 155 à 158.

² Michel FREITAG, *L'oubli de la société. Pour une théorie critique de la Postmodernité*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2002, p. 193-194.

³ *Id.*, p. 199.

⁴ *Id.*, p. 200.

⁵ *Id.*, p. 208.

faut insister sur l'idée que l'implantation précédemment décrite est un long processus et qu'il faut se garder d'adopter une vision anachronique de ce que représentait le concept d'égalité, lequel :

« est encore loin, à cette époque, de l'égalité des droits pour tous. L'adhésion inconditionnelle aux principes absolus de liberté individuelle d'une part, et de souveraineté parlementaire d'autre part, ne laisse à l'égalité qu'un rôle mineur, celui de l'égalité devant la loi. Il s'agit non pas d'empêcher le parlement souverain de légiférer comme il l'entend, mais d'éliminer les privilèges dans l'administration de la loi. Concept procédural, l'égalité se résume par conséquent à l'idée fondamentale, mais limitée, de l'application universelle de la loi »⁶.

Ainsi, l'égalité de droit à strictement parler, était alors une *égalité procédurale*, ie qui « vise à supprimer les distinctions dans le processus de création et d'application des normes de fonds [mais sans se soucier] des distinctions susceptibles d'être établies par ces normes [nos soulignements] »⁷. Le Professeur Pierre Noreau retrace cette conception d'un « traitement égal des sujets de droit devant les instances chargées de la mise en œuvre des lois [... reposant sur] le caractère général, abstrait et impersonnel du droit et de la procédure » jusque dans les écrits du philosophe du XVIIe siècle John Locke considéré comme l'un des pères du libéralisme classique⁸.

Pour comprendre l'importance de cette « idée fondamentale, mais limitée », il faut à notre avis tourner notre attention sur l'aménagement du nouveau système politique qui se met en place, car dans la pensée libérale, l'égalité est un principe d'organisation politique⁹. Elle se fonde sur un véritable échafaudage conceptuel qui structure l'ensemble de la vie moderne. La distinction entre la sphère publique, ie les relations entre l'État et les individus, et la sphère privée, ie les

⁶ Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », (2015) Hors-série Juin *RQDI*, 61, 63.

⁷ Pierre CARIGNAN, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491, 505.

⁸ Pierre NOREAU, *Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : objets et perspectives pour la sociologie politique du droit*, Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal, C.A.I.J., JuriBistro, eDOCTRINE, 2009, p. 3, en ligne : < <http://edoctrine.caij.qc.ca/congresdubarreau/2009/1733701511> > (site consulté le 6 avril 2012).

⁹ Répondant à l'objection selon laquelle le libéralisme est fondé lui-même sur une conception du bien, le penseur libéral Dworkin insiste sur l'idée que le libéralisme permet une diversité de conceptions parce que l'égalité y est un principe organisateur de la structure politique : « The liberal conception of equality is a principle of political organization that is required by justice ». Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 à la p. 203.

relations entre individus, y est centrale¹⁰. La doctrine de la neutralité religieuse de l'État, qui prend d'ailleurs appui sur cette distinction, occupe également un rôle central dans la compréhension contemporaine du libéralisme politique et de ses origines¹¹. Le concept de neutralité dans son sens le plus généreux est défini en philosophie politique comme « le principe selon lequel l'État doit, par souci de justice, être neutre entre les différentes idées du bien »¹². Il guide l'interprétation de la liberté religieuse par la Cour suprême du Canada¹³. La neutralité relève dans cette tradition d'une conception antiperfectionniste, *ie* qui :

« oblige l'État à rester aveugle à tout jugement de valeur intrinsèque portant sur les individus ou sur les conceptions du bien choisies par les individus [...] et] quoique indirectement, à rester aussi aveugle à la valeur intrinsèque de tout bien particulier et de toute pratique particulière [...] de telle façon que ce choix de] valeurs intrinsèques au niveau de [l]a vie morale personnelle [...] n'a aucune place dans le débat politique. [...] Mais l'antiperfectionnisme] n'implique pas [...] le rejet de toute modalité collective de recherche du bien. [...] Les individus peuvent s'associer de façon volontaire dans des organisations culturelles, des églises, des associations professionnelles ou des universités. Mais ils ne peuvent pas exiger la satisfaction de leurs préférences par la voie d'une action de l'État. Les biens recherchés par les associations volontaires ne peuvent pas devenir des buts de l'action politique [étatique] »¹⁴.

¹⁰ Pour une présentation historique schématique illustrant cette importance : Georges VLACHOS, « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », (1972) 24-2 *Revue internationale de droit comparé* 279, 279-284, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1972_num_24_2_16163> (site consulté le 6 février 2017).

¹¹ Il est en effet important de préciser que le concept de neutralité est de formulation récente puisque le terme apparaît dans les écrits de penseurs libéraux dans les années 1970 ; cependant, « pour un nombre important d'auteurs, il est consensuel de considérer la neutralité comme une formulation certes nouvelle, mais en parfaite continuité avec une position que les libéraux défendent depuis au moins la *Lettre sur la tolérance* de Locke (1689) » : MERILL, « Neutralité politique », dans *DicoPo* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.dicopo.fr/spip.php?article25>>. Nous utiliserons donc ici le concept de neutralité comme un concept contemporain ayant la faculté de poser un regard dans le temps pour expliquer l'organisation et les fondements de l'État libéral depuis ses débuts.

¹² Brian BARRY, « How Not to Defend Liberal Institutions », dans B. DOUGLAS *et al* (eds.), *Liberalism and the Good*, New York, Routledge, 1989, p. 49, cité dans Pablo DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », (1996) 23-2 *Philosophiques* 227, 229.

¹³ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 96. Cet arrêt est le premier post Charte canadienne à affirmer que la liberté de religion impose à l'État une obligation de neutralité religieuse, mais cette interprétation jurisprudentielle existait avant l'avènement des Chartes : *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, p. 840, cité dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale. Projet de loi n° 94. Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements*, Cat. 2.412.113, Montréal, 2010, p. 10. Voir aussi : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 97 et *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 67 à 79 (j. LeBel).

¹⁴ P. DA SILVEIRA, *préc.*, note 12, p. 243-244.

La sphère privée est ainsi l'espace des particularismes dans lequel peut s'exprimer et se vivre la diversité religieuse et où chacun doit être gouverné par le principe de tolérance face à ce pluralisme. Dans la sphère publique, l'exigence de neutralité a d'abord un sens négatif puisqu'elle interdit à l'État des actes fondés sur une conception du bien¹⁵, ce qui se traduit en droit par l'idée que la croyance ou l'incroyance d'un individu ne doit pas être un facteur déterminant son rapport à l'État et au droit. La neutralité s'intègre ici à une conception procédurale de l'égalité de droit puisqu'elle vise à supprimer des distinctions quant à l'application du droit, d'abord par la reconnaissance d'un statut identique — celui de titulaire de la citoyenneté et de la personnalité juridique — à tous les sujets d'un État sans modulation quant à leurs croyances religieuses et ensuite, par une exécution neutre dans l'administration de la loi.

Nous pouvons constater que l'égalité sur la base des croyances religieuses (ou l'incroyance) est un aspect inhérent de la liberté de religion de par la nature de cette dernière : c'est l'aspect égalitaire inclus dans cette liberté qui s'oppose à ce que l'État distingue les citoyens sur ce fondement et assigne à ce dernier un rôle neutre. D'ailleurs, la source de la neutralité religieuse est aujourd'hui reconnue comme double, relevant à la fois de la liberté religieuse et du droit à l'égalité sur cette base¹⁶. Mais nous croyons que les liens entre ces notions sont encore plus profonds : la distinction entre les sphères privée et publique et le principe de neutralité forment l'appareillage conceptuel appuyant l'égalité religieuse dans le droit moderne. À notre avis, il y eut historiquement création d'une *structure politique* dont les conséquences sont de deux ordres. Premièrement, une limite à la *forme* de l'État : l'État libéral ne peut pas être théocratique. Deuxièmement, une limite aux *actes* de l'État, *ie* quant à ses lois, politiques et autres décisions : l'État libéral ne peut pas retirer le statut de citoyen et titulaire de la personnalité juridique ou appliquer différemment le droit à un individu sur la base de ses convictions religieuses. Il s'agit de principes de philosophie politique encore fragiles à la Modernité dans le sens que leur

¹⁵ *Id.*, p. 233-4. Malgré ce sens d'abord négatif, il ne faut pas y voir un impératif d'État minimal puisqu'il est désormais reconnu que des gestes étatiques positifs peuvent servir la neutralité. Cela est d'ailleurs mentionné par la Cour suprême du Canada dans : *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, *préc.*, note 22, par. 68 (j. LeBel).

¹⁶ CDPDJ, *préc.*, note 13, p. 11, illustrant son propos en citant : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529, par. 185-90 (T.D.P.).

transformation en garanties juridiques est encore à venir — raison pour laquelle nous parlons ici de *fondements* de la démocratie libérale. Ces fondements doivent tout de même orienter notre compréhension du droit, car ils forment la charpente distinguant le régime libéral de toute autre forme d'organisation politique. Le modèle universaliste de gestion de la diversité des identités religieuses alors mis en place nous servira maintenant de point de comparaison pour comprendre la saisie de la diversité politique dans ce même régime.

2. L'égalité politique moderne : ses fondements spécifiques en démocratie libérale

Notre tentative de transposition des fondements de l'égalité en général à celle spécifiquement politique rencontre certaines difficultés qu'il nous faut expliciter (2.1.) avant de pouvoir dégager les rationalités soutenant cette protection dans une société démocratique (2.2.).

2.1. Quelques difficultés

La protection de l'égalité politique nous semble avoir une spécificité reliée à la nature du politique et qui a pour conséquence d'en distinguer quelque peu ses fondements dans une démocratie libérale de ceux de l'égalité en général. Le modèle de gestion de la diversité des identités religieuses peut appuyer notre réflexion, mais sans complètement orienter nos conclusions. D'abord, il faut reconnaître la difficulté d'application à l'égalité politique de la distinction entre les sphères publique et privée : s'il est vrai que les spécificités individuelles sont reléguées à la sphère privée pour assurer l'égalité dans l'État moderne, comment pourrait-il en être ainsi des convictions politiques ? Le politique est en effet intimement lié à l'idée de Raison et au concept de sphère publique dans la pensée moderne : la reconnaissance d'une Raison humaine universelle permet l'établissement d'un gouvernement par les humains puisqu'elle est le moyen de la justification de l'action devant autrui¹⁷. Autant pour le républicanisme français que pour le libéralisme anglais de l'époque, la démocratie s'impose comme système de gestion des antagonismes politiques par le débat entre individus rationnels dans la sphère publique. Le pluralisme politique ne saurait être relégué à la sphère de la vie privée. Toute tentative de définition de l'égalité politique nécessite la prise en compte de cette première spécificité, mais d'abord, attardons-nous à une deuxième difficulté d'interprétation.

¹⁷ M.FREITAG, *préc.*, note 15, p. 231-7.

Nous avons vu à la section précédente que le droit libéral a développé une gestion égalitaire de la diversité prenant la forme d'une neutralité antiperfectionniste. En matière religieuse, cette neutralité se conjugue habituellement avec l'absence d'une religion officielle d'État. Il est significatif que malgré la possibilité d'une religion d'État chez les pays membres du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁸, la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies tend à lui enlever toute substance sur la base du droit à l'égalité religieuse¹⁹. La Cour suprême du Canada quant à elle a récemment affirmé qu'elle « ne cro[yait] pas que l'obligation de l'État de demeurer neutre en matière religieuse soit conciliable avec une bienveillance qui lui permettrait d'adhérer à une croyance religieuse »²⁰. Il est en effet évident qu'il y a dans un tel cas une tension, au moins au niveau des principes juridiques, entre la religion d'État et l'exigence de neutralité. Alors que le droit à l'égalité religieuse est assuré par la doctrine de la neutralité dans les démocraties libérales, comment obtenir la même assurance lorsqu'une religion possède un statut étatique particulier ? Le Comité des droits de l'Homme semble penser que cela ne pourra être atteint qu'en limitant l'adhésion religieuse étatique à un effet strictement déclaratoire. Pour les fins de la réflexion sur l'interprétation du droit à l'égalité relativement aux convictions politiques, il nous semble utile de formuler le parallèle suivant : comment obtenir l'assurance d'une neutralité politique de l'État lorsque celui-ci est fondé sur l'idéologie politique libérale ? Ou formulé autrement : quelle peut être la neutralité politique d'un État fondé sur le libéralisme ? Dégager l'objet de l'égalité politique et ses limites nous permettra d'aborder ces deux difficultés.

2.2. Une conception fondée sur la participation à la vie politique étatique

Les difficultés à transposer à l'égalité politique les fondements habituellement attribués au droit à l'égalité dans le libéralisme politique nous semblent expliquer, du moins en partie, la réticence des tribunaux québécois à interpréter et appliquer cette protection. Pourtant, les mêmes concepts théoriques permettent de la définir. Nous avons vu que dans la pensée moderne, le politique est

¹⁸ 16 décembre 1966, [1976] R.T.Can. n° 47, art. 18 (entré en vigueur au Canada le 23 mars 1976).

¹⁹ Claire DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, « Article 18 », dans Emmanuel DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 423, à la p. 436.

²⁰ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 78.

fortement associé à la sphère publique, en opposition avec la morale et le religieux qui relèvent de la sphère privée. Cette vision binaire tient l'État à distance d'un exercice du pouvoir basé sur une conception du bien de façon à protéger l'égalité religieuse : l'État ne doit pas se fonder sur une telle idée, il doit reconnaître un statut identique à tous ses citoyens et leur appliquer le droit de façon neutre. Cette abstraction participe cependant aussi de l'égalité politique moderne puisque la création d'une sphère publique est la naissance d'un lieu de participation politique fondée sur le débat rationnel. La prise de décision collective s'opère dès lors à l'intérieur de structures politiques démocratiques mises en place lors de la fondation de l'État moderne et qui évolueront par la suite dans les divers pays de cette tradition. Chez les penseurs libéraux, le principe d'égalité est indissociablement lié au modèle d'organisation politique qu'ils proposent, car « l'idée de démocratie n'a aucun sens si elle ne repose pas sur l'égalité des membres de la communauté : la souveraineté du Parlement ne peut en effet se justifier que si elle repose sur le peuple dans sa totalité »²¹. Au sein de ce projet politique, deux statuts interreliés sont attribués aux individus comme deux faces d'une même médaille : le statut politique de citoyen et le statut juridique de titulaire de la personnalité juridique. Est ainsi créée l'abstraction d'individus identiques qui camoufle les particularismes individuels aux yeux de l'État et du droit, constituant une assurance d'égalité *devant* la loi. L'identité nationale qui octroie le statut de citoyen est la seule donnée sociopolitique qui intéresse l'État et son droit²². On reconnaît ici un élément central de la protection de la liberté religieuse, mais on devrait aussi y voir l'essence de l'égalité politique moderne : les membres de la communauté politique détiennent un statut identique qui leur garantit le droit de participer aux prises de décisions en son sein.

L'égalité moderne — celle politique tout comme celle religieuse — apparaît assez limitée à l'observateur contemporain puisque sa conception est d'abord procédurale. Il s'agit pourtant d'une étape charnière dans les développements qui mènent au régime politique actuel puisque

²¹ Le Professeur Proulx réfère au philosophe John Stuart Mill qui énonce ici un lieu commun de la pensée libérale : Daniel PROULX, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1998) 29 *C. de D.* 567, 570.

²² Comme le souligne le Professeur Gaudreault-DesBiens, alors que les autres appartenances collectives sont reléguées à la sphère privée, l'appartenance à l'État — ce que nous désignons donc comme l'identité nationale — est considérée neutre et peut se déployer dans la sphère publique : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *La critique identitaire, la liberté d'expression : un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique. La pensée juridique à l'ère de l'angoisse*, thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 1997, p. 85.

l'égalité procédurale « exige du créateur de normes, constituant ou législateur, qu'il respecte l'égalité en réglementant le processus de création et d'application du droit [nos soulignements] »²³. Le caractère démocratique de la structure politique moderne est justement la constitution d'un processus de création du droit reposant sur un principe d'égalité. Nous avons voulu démontrer que, de plus, tout un échafaudage conceptuel est construit à cette époque pour soutenir et renforcer la notion d'égalité. La pensée philosophique libérale contemporaine s'y est intéressée et y a vu le principe de neutralité religieuse de l'État. En référence évidente à ce dernier, nous croyons qu'il est à propos de dégager de la même construction conceptuelle l'idée d'une « neutralité politique de l'État »²⁴. Ce concept permet de renvoyer aux éléments structurels de l'État moderne dont l'implantation progressive²⁵ concourt à l'établissement d'une certaine égalité politique : l'octroi à chaque individu d'un statut identique de titulaire de la citoyenneté et de la personnalité juridique ainsi que l'établissement progressif d'un droit commun et d'une organisation politique de type démocratique.

Alors que la neutralité religieuse a pour objectifs l'indifférence de l'État quant au phénomène religieux et la protection de l'expression religieuse des individus dans la sphère privée, tout en assurant de façon subsidiaire celle dans la sphère publique, il faut opérer un renversement pour qu'émerge le fondement de la neutralité politique de l'État. Les liens entre l'égalité et la participation politique dans la sphère publique s'opposent à une compréhension de l'égalité politique centrée sur la sphère privée. Dès les premiers penseurs libéraux, l'égalité est réfléchie en tant que principe d'organisation du pouvoir politique qui commande une structure politique

²³ P. CARIGNAN, préc., note 7, p. 505-6.

²⁴ Cette proposition est différente du sens habituellement associé à l'expression « neutralité politique » en droit canadien : voir *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, et *Osborne c. Canada (Conseil du trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69. On réfère dans ces décisions aux devoirs des employés de la fonction publique d'agir avec loyauté envers le gouvernement et avec impartialité politique. L'idée de neutralité politique que nous proposons est plutôt un concept descriptif représentant les aspects structurels de l'État moderne concourant à l'égalité politique. L'objectif dans le premier cas est de garantir par la non-partisanerie un fonctionnement efficace de la fonction publique lors de la mise en œuvre des objectifs gouvernementaux et cela malgré la succession des gouvernements de différentes tendances politiques ; dans le deuxième cas, il est plutôt question d'assurer un certain pluralisme politique.

²⁵ Dans les divers pays de tradition démocratique, la fondation de l'État moderne constitue le point de départ de cette implantation qui s'étendra sur des siècles. En effet, est-il nécessaire de rappeler que le suffrage universel au bénéfice des femmes et de certaines communautés culturelles fut atteint à des périodes différentes et fort éloignées du moment de fondation de l'État moderne ?

permettant « la participation égale des membres de la communauté politique à la définition du droit »²⁶. L'égalité politique fut pensée d'abord dans cette tradition comme un droit des citoyens de pleine participation à l'État. L'objet de l'égalité politique moderne est donc d'assurer aux citoyens des possibilités de *participation aux structures représentatives étatiques*. Elle relève d'une question de droit individuel, puisqu'elle assure que tous les citoyens puissent participer dans une certaine mesure au processus démocratique, tout autant que d'une question de santé démocratique puisqu'elle vise à ce que toutes les idées politiques participent à éclairer la prise de décisions. Ce renversement de perspective nous a donc permis de résoudre notre première difficulté d'interprétation : l'égalité politique n'est pas fondée sur la protection d'un aspect relégué à la sphère privée, mais bien de la participation à la sphère publique. Cet objet originel de l'égalité politique libérale nous permettra également dans la prochaine section de traiter de la difficulté d'interprétation liée à la neutralité politique de l'État. Ce faisant, nous tracerons les contours et dégagerons les limites inhérentes à une protection de l'égalité politique qui relève non pas de l'édiction de droits, mais de l'institution d'un système politico-juridique qui agit comme une architecture déterminant les possibilités politiques en son sein.

3. L'égalité politique moderne : son étendue et ses limites

L'État moderne est la création d'une organisation politique reposant sur un espace public de débats et de décisions. Cette sphère publique est associée au politique au point où elle est conceptualisée comme le seul lieu du politique : les individus raisonnables y réfléchissent et y débattent des questions collectives sur lesquelles ils ont le pouvoir. La dichotomie entre les sphères publique et privée rejette ainsi le politique hors de cette dernière : est politique un sujet qui excède les préoccupations privées et exige une réponse étatique ou, formulé autrement, est politique une question relevant de l'orientation à donner à l'État. Les acteurs politiques sont les citoyens au moment où ils s'engagent dans un rapport à l'État, en tant qu'électeurs ou candidats par exemple. Il y a une centralité de l'État dans la conception moderne du politique qui relève d'une correspondance entre les deux notions. Dans cet univers de significations, l'égalité politique équivaut à la création d'une organisation politique qui permet à l'ensemble des sujets de droit de participer aux structures étatiques et qui implique une certaine neutralité politique

²⁶ P. NOREAU, préc., note 8, p. 12.

de l'État à leur égard. Sous peine d'être incohérente, arbitraire et vidée de son sens, la protection doit permettre aux individus d'adhérer librement à tout idéal politique, sans égard à sa teneur, et à en faire la promotion à l'intérieur des structures étatiques. Cependant, les individus adhérant à des convictions politiques à divers degrés incompatibles avec le régime démocratique libéral ne bénéficieront pas de l'égalité politique dans toute son ampleur sous deux aspects. Premièrement, ces convictions politiques ne jouissent pas des mêmes possibilités de se concrétiser dans le système politique et juridique en place, comparativement à celles qui y sont conformes. L'existence d'un régime politique implique l'exclusion concrète de tout autre au sein d'un État ; il s'agit de ce que nous traiterons ci-après en tant que limite intrinsèque de l'égalité politique libérale en ce qui a trait à la *forme* de l'État (3.1.). Deuxièmement, nous verrons que l'égalité politique moderne a très peu d'incidence sur les *actes* étatiques puisque le principe de souveraineté parlementaire est tout-puissant (3.2.).

3.1. Quant à la forme de l'État

L'objectif de participation aux structures étatiques que nous considérons au cœur de la théorisation de l'égalité politique va de pair avec la démocratie libérale : cette dernière fut élaborée comme un régime politique permettant la cohabitation d'une diversité maximale d'opinions individuelles sur des idéaux tant religieux que politiques. Si l'idée de pluralisme religieux est peut-être plus courante, le pluralisme politique est certainement une autre justification fondamentale du libéralisme. Mais plutôt que d'être reléguée à la sphère privée comme la diversité religieuse, la diversité des opinions politiques est gérée dans la sphère publique et modèle cette dernière : il s'agit de l'arène politique multipartiste. Cependant, nous avons déjà souligné la difficulté de comprendre la neutralité politique de l'État comme une neutralité de la forme de l'État puisque le régime politique en question — la démocratie libérale — est déjà déterminé²⁷. Il y a un parti pris envers une option politique alors qu'en comparaison, la prohibition d'un État théocratique posée par la neutralité religieuse offre une protection plus complète : la forme de l'État ne peut être modelée sur une religion au détriment des autres.

²⁷ Il est peut-être nécessaire de préciser qu'au Canada, la démocratie libérale prend la forme constitutionnelle d'une monarchie constitutionnelle et d'un régime de type parlementaire britannique en vertu du Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31, Vict., c. 3 (R.-U.) qui prévoit « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

L'antiperfectionnisme de l'État peut être plus complètement atteint en matière religieuse étant donné que cet aspect de la vie est relégué à la sphère privée.

Nous pouvons nous demander si une conception radicale de la neutralité politique peut être compatible avec un *quelconque* régime étant donné qu'il y a nécessairement à son fondement un choix quant à la forme de l'organisation politique. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'une conception radicale de la neutralité politique est incompatible avec le régime libéral. En postulant de la cohérence de cette tradition philosophique, le projet politique que constitue l'État libéral moderne est un choix fondateur qu'il est impossible d'invalider *à l'intérieur de cette pensée*. Il en va de même de son caractère démocratique qui en est un élément fondamental²⁸. L'obligation de neutralité telle que définie en philosophie libérale n'est pas violée ici : l'individualisme qui caractérise le droit libéral appuie l'idée que l'exigence de neutralité s'opère en premier lieu envers les individus et qu'elle ne vise que par voie de conséquence les idéaux eux-mêmes, lesquels ne bénéficient donc pas d'un droit d'existence²⁹. Cette distinction a pour fonction dans cette pensée de limiter la protection offerte à des idéaux contraires à l'objectif de neutralité et agit comme condition de cohérence interne du libéralisme : « tout choix individuel [n'a pas] le même droit à être réalisé [, u]ne conception du bien qui nous amène à limiter la liberté de choix des autres sera toujours en conflit avec un État neutre envers les individus, et cela justement à cause de sa fidélité à cette exigence »³⁰. L'antiperfectionnisme ne peut être parfait puisque toute forme d'organisation politique se fonde sur certains choix. Son objectif est plutôt de restreindre les limites que posent ces choix aux possibilités de choix individuels. D'ailleurs, le droit à la révolution et de résistance à l'oppression dans la tradition libérale est un droit naturel des individus de s'opposer à la tyrannie de l'État — ce qu'il faut entendre ici comme des comportements étatiques s'écartant des principes de la démocratie libérale³¹. Il ne

²⁸ En effet, que l'on regarde l'histoire française ou anglaise, des principes démocratiques s'implantent progressivement dès les tous débuts de la Modernité avec la Révolution française de 1789 et l'étape charnière du *Bill of Rights* anglais de 1689.

²⁹ P. DA SILVEIRA, *préc.*, note 12, p. 235-236.

³⁰ *Id.*, p. 235.

³¹ Le droit à la révolution est conçu comme un droit naturel dans la théorisation de John Locke par exemple. Selon sa conception libérale, il s'enclenche pour donner le droit aux individus de se protéger contre un pouvoir qui s'écarte des principes au cœur du contrat social fondant une communauté politique, il est « une modalité du contrôle des gouvernants par les gouvernés » : Éric DESMONS, « Philosophie sur la barricade. Blanqui : l'insurrection contre la démocratie représentative », dans Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), *Le droit de*

s'agit donc pas d'un droit absolu des peuples de changer leur régime politique pour celui de leur choix, mais plutôt de celui de rétablir le contrat social d'origine qui contient des principes libéraux³².

Il faut constater ici une limite intrinsèque de l'égalité politique telle que conçue dans le libéralisme : certains projets politiques comportent des éléments cruciaux incompatibles avec le régime démocratique libéral, rendant leur réalisation en son sein impossible ; on peut penser par exemple au monopartisme de l'État communiste ou encore à l'opposition à la structure étatique des idéaux anarchistes. Au contraire, ce régime peut être le cadre du développement de plusieurs projets politiques, du conservatisme au socialisme par exemple, de même qu'il peut prendre différentes formes, comme une monarchie constitutionnelle ou une république. Mais la mise en œuvre de certaines options politiques est *a priori* rejetée par le choix du libéralisme qui implique certains principes et impose une structure d'organisation politique. Si un changement de régime est impossible à justifier *dans la pensée libérale moderne*, il faut cependant souligner que la structure étatique moderne créée sous l'influence de cette tradition n'est pas protégée *juridiquement* : le Peuple demeure théoriquement maître du choix de son régime politique et rien dans le droit ne l'empêche de rejeter ce modèle pour en établir un nouveau³³. Si la structure de l'État est un absolu, qu'en est-il maintenant de l'exercice du pouvoir en son sein ?

résistance à l'oppression, Paris, Le genre humain, Éditions du Seuil, 2005, p. 103, à la page 116. Mais ce droit n'est pas admis par tous les contractualistes avant la Révolution française de 1791 qui lui insuffla une popularité. Voir : Dominique GROS, « Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression ? », dans Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), préc., note 36, p. 11, aux pages 14-5. Par ailleurs, la question de la juridicité de ce droit – non pas positif, mais naturel, qui relève de l'appel au jugement de Dieu ou à l'arbitrage du Peuple – ne se posait pas dans ses premières formulations : François SAINT-BONNET, « Droit de résistance et état d'exception », dans Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), préc., note 36, p. 225, aux pages 232-3. Elle deviendra un thème important après la Seconde Guerre mondiale dans la foulée des traités internationaux et des constitutions nationales protégeant les droits fondamentaux ; nous y revenons au Chapitre II.

³² Les principes protégés par le droit à la résistance dépendent des penseurs (de ce qu'ils considèrent comme des éléments essentiels du contrat social) et, dans le cas de son intégration au droit positif, du contenu des normes. Ainsi, le droit pourrait référer à des principes fondamentaux du libéralisme, de la démocratie et/ou du contrat social de façon plus générale. Certains auteurs contemporains y associent les droits et libertés de la personne dans leur ensemble ou ceux considérés essentiels. Voir différentes positions dans : Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), préc., note 36.

³³ Gregory H. FOX et Georg NOLTE, « Intolerant Democracies », (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1, 14-6. Voir aussi : Augustin SIMARD, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la démocratie militante en R.F.A. », (2008) 1 *Jus Politicum*, p. 1, en ligne : <<http://juspolicum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>> (site consulté le 5 juin 2017).

3.2. Quant aux actes posés par l'État

Procédurale et structurelle, l'égalité de droit moderne pose très peu de contraintes aux actes étatiques. Premièrement, le détenteur du pouvoir est à même d'imposer aux individus des choix politiques. L'État moderne est la création d'une unité décisionnelle, d'une structure organisationnelle prévoyant les règles des prises de décisions collectives. Nous l'avons vu, dans cette structure particulière, l'égalité politique est assurée par l'attribution à tous les membres du statut identique de citoyen bénéficiant d'un droit de participation à l'établissement du droit commun. Il en résulte que les décisions étatiques s'imposent à tous les citoyens, notamment peu importe leurs convictions politiques personnelles. Ainsi, la nature inhérente de la prise de décisions collectives dans ce régime rend inévitable que des actes de l'État aient des effets touchant les convictions politiques des individus. Par exemple, une règle de droit peut imposer des frais pour l'accès à des services publics et demeurera à la fois valide et applicable pour tous, même pour ceux qui se sentent forcés d'agir de façon contraire à leurs opinions politiques. L'égalité moderne étant une égalité procédurale, elle ne limite pas la souveraineté du parlement. Elle ne fut pas conçue originellement comme une protection contre les effets que les décisions étatiques peuvent avoir sur l'exercice par les individus de leurs convictions politiques, mais plutôt comme une structure garantissant une certaine participation à cette unité décisionnelle.

Deuxièmement, même en tant que protection de la participation politique, l'égalité moderne demeurerait très théorique. Les premiers penseurs libéraux contractualistes posèrent le principe d'une égalité naturelle entre les humains qui se transpose dans une égalité juridique de type conventionnel afin de créer une structure politique permettant cette égale participation³⁴, mais, paradoxalement, pouvant aussi fonder des inégalités dans le droit³⁵. Des inégalités de tout ordre, bien sûr, mais aussi des inégalités s'attaquant directement à ce principe de participation. Ainsi, le droit fut utilisé valablement pour évacuer de la communauté politique différentes catégories de personnes au cours de la Modernité, notamment par la définition de la citoyenneté (refusée aux Afro-Américains jusqu'au XIV amendement constitutionnel par exemple) et de l'aptitude à

³⁴ P. NOREAU, préc., note 8, p. 12.

³⁵ David GILLES, « L'égalité, valeur souveraine au cœur de la « démotique » moderne », (2012) 42 *R.D.U.S.* 255, 276.

voter (niée formellement à ceux-ci jusqu'au XVe amendement de la Constitution américaine, de même qu'aux femmes avant le XXe siècle dans la majorité des États occidentaux). La seule limite de la souveraineté parlementaire selon la pensée libérale moderne réside dans l'interdit théorique posé à l'État démocratique de se saborder, ou formulé autrement, le pouvoir politique ne doit pas être utilisé pour modifier l'organisation politique d'une façon qui porterait atteinte aux possibilités des citoyens de participer aux structures étatiques. La perte de légitimité du pouvoir en place qui en résulte et déclenche le droit de résistance à l'oppression traité précédemment relève cependant d'une justification de la révolution et non pas d'un principe juridique pouvant être invoqué devant les instances judiciaires. La structure de l'État moderne se fonde sur des principes de philosophie politique qui annoncent des garanties juridiques à venir comme le droit de vote universel et les libertés d'opinion et d'expression, mais sans avoir leur force³⁶. C'est justement la faiblesse du caractère essentiellement structurel et procédural de cette protection qui participera à l'évolution du droit à l'égalité au courant du XXe siècle et au renforcement des garanties juridiques en faveur de droits et libertés dorénavant jugés fondamentaux — cela fera l'objet du prochain chapitre.

³⁶ Les tribunaux canadiens et québécois ont souvent exprimé l'idée selon laquelle la liberté d'expression est un principe préexistant à l'édiction des chartes des droits et libertés. Par exemple, dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 12 : « ... la liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la Charte. Elle constitue un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer les idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté ». Cette opinion doit à notre avis être comprise dans le sens d'une reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression en tant que principe d'organisation politique, mais nous ne croyons pas qu'il soit juste de référer à la liberté d'expression en tant que *garantie* juridique avant l'édiction des chartes. En effet, la théorie (dégagée des arrêts *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, *Saumur c. Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299 et *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S., 285) d'une « charte implicite des droits » assurant une protection de niveau constitutionnel à la liberté d'expression fut rejetée dans : *Dupond c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770. La liberté d'expression fut plutôt reconnue en tant que principe d'interprétation du droit avant l'adoption de la Charte canadienne, voir : *Hébert c. P.G.Q.*, (1966), B.R. 197; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1976) 2 R.C.S. 662; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada 2010 Student Edition*, Carswell, Toronto, 2010, section 34.4(c). Il va peut-être sans le dire qu'un principe d'interprétation des lois n'offre pas une protection contre les actes de l'État aussi grande qu'une garantie de niveau constitutionnel. D'ailleurs, l'étude de Nicole DUPLÉ, « Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites », (1987) 21-1 *R.J.T.U.M.* 255 démontre que la protection avant les chartes acceptait des limites importantes aux libertés d'opinion et d'expression tant qu'elles n'équivalaient pas à une suppression totale.

CHAPITRE II – L'égalité et la formalisation des droits fondamentaux au XX^e siècle

Nous verrons dans ce chapitre que la volonté de concrétiser la promesse moderne d'une égalité de tous devant la loi et l'État par l'attribution du même statut juridique mena à l'adoption d'outils de protection des droits fondamentaux et à une redéfinition de l'égalité au profit d'une conception dite formelle. Ces changements sont à la fois en continuité avec les principes modernes et le résultat d'un renouveau conceptuel qui cherche à assurer plus concrètement l'accès aux mêmes droits et bénéfices de la loi (1.). De même, les fondements modernes de l'égalité *politique* en particulier se trouvent renforcés par cette conception formelle (2.), de telle façon que l'étendue de cette protection est redessinée (3.). En raison des liens conceptuels reconnus entre ces outils, nous analyserons l'évolution du droit au courant du XX^e siècle en référant à certains traités internationaux des droits de la personne, à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ et à la *Charte des droits et libertés de la personne*².

1. L'égalité formelle : une conception de continuité et de renouveau

Le mouvement vers la Modernité décrit par Freitag comme un long processus « de revendication et d'institution de l'égalité substantielle des droits [par] l'effacement ou la fusion progressive des privilèges particuliers et hiérarchisés [traditionnels] dans un droit commun »³ se poursuit pendant des siècles. Pour le sociologue, l'égalité est un concept qui a permis d'enclencher à la Modernité une réflexion sur les rapports entre les individus et les statuts sociaux qui les marquent, mais également, sur le rôle du droit quant à l'état de cette hiérarchie sociale. Cette

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après *Charte canadienne*).

² L.R.Q., c. C-12 (ci-après *Charte québécoise*). Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne servent à l'interprétation des protections de la *Charte canadienne* : « il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne » : *Slight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056, citant avec approbation : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313. De la même façon, le TDPDJ n'hésite pas à recourir à l'éclairage du droit international lors de l'interprétation de la *Charte québécoise*. Par ailleurs, la *Charte canadienne* est également pertinente dans l'examen de celle québécoise puisque la protection des droits fondamentaux assurée par les instruments provinciaux doit être conforme à la *Charte canadienne* puisque cette dernière s'applique aux législatures : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Le TDPDJ s'inspire donc de la jurisprudence découlant de cet instrument.

³ Michel FREITAG, *L'oubli de la société. Pour une théorie critique de la Postmodernité*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2002, p. 199 pour la citation et p. 199-213 pour les propos que nous résumons ici brièvement.

réflexion ne s'est jamais vraiment éteinte depuis puisqu'en aucun moment ne s'est dégagé un consensus social statuant de l'atteinte de cette idée d'égalité. L'égalité de droit ne semble jamais se conformer aux exigences de l'égalité de fait dont certains rêvent. Au contraire, à travers les différentes époques, l'examen de la notion en a fait évoluer la conception, mettant au jour de nouveaux obstacles à sa concrétude et modifiant les demandes s'en revendiquant. Aux XIX^e et XX^e siècles en particulier, des individus ont pris acte de certains désavantages partagés et se sont constitués en groupes pour exiger des mesures visant l'atteinte d'une égalité plus complète. Nous pouvons penser ici à la première vague féministe ou à la lutte des Afro-Américains, deux groupes exigeant notamment le suffrage universel et des droits égaux quant à l'accès à l'éducation et aux conditions de travail. Nous voyons dans ces revendications une volonté de concrétiser la promesse moderne d'une égalité de tous les individus devant la loi et l'État par l'attribution du même statut juridique ; mais elles excèdent également la conception moderne de l'égalité en exigeant l'accès aux mêmes droits et bénéfices de la loi. Sur le plan théorique, il y a continuité de la pensée moderne, mais également renouveau conceptuel au début du XX^e siècle.

Le Professeur Proulx situe en effet au début de ce siècle « la plus forte évolution » du concept d'égalité en matière juridique : l'égalité *formelle* s'éloigne d'une conception strictement procédurale en privilégiant une conception substantielle⁴. Il ne s'agit donc plus uniquement

⁴ Les diverses terminologies présentes dans la doctrine juridique pour désigner les différentes conceptions de l'égalité peuvent être confondantes. Nous avons adopté l'opposition entre l'égalité procédurale et l'égalité substantielle, car elle nous apparaît comme une désignation limpide quant au changement de paradigme qui s'opère au XX^e siècle : l'égalité n'est plus réfléchie uniquement au regard du processus de création et d'application du droit, mais également quant à la substance du droit. Le regard posé sur la substance du droit ne s'intéresse au début de ce siècle qu'au texte juridique lui-même — ce que nous désignons comme l'égalité formelle —, mais finira par prendre en compte la réalité sociale dans laquelle se déploie le droit — il s'agit de ce que nous désignons comme l'égalité réelle et que nous approfondirons au chapitre suivant. Nous adoptons ces deux derniers termes, car ils sont retenus dans la jurisprudence québécoise et canadienne. Des terminologies diverses sont présentes dans la doctrine juridique pour désigner les différentes conceptions de l'égalité et peuvent, à notre avis, être confondantes. Par exemple, Carignan, pour ce que nous choisissons de désigner comme l'égalité procédurale/substantielle, utilise la distinction formelle/matérielle (suivant une logique attribuant la matérialité au texte juridique) alors que Bosset utilise la paire égalité formelle/matérielle pour ce que nous désignons comme l'égalité formelle/réelle (cet auteur associe donc la matérialité au monde physique). Notre terminologie est plus proche de celle de Proulx qui délimite temporellement et conceptuellement : 1) l'égalité *devant* la loi qu'il qualifie de procédurale et qui domine l'époque moderne jusqu'au début du XX^e siècle, 2) l'égalité *dans* la loi qui lui apparaît comme un « principe juridique purement formel » qui s'impose alors pour environ 75 ans et 3) l'égalité *par* la loi qu'il nomme aussi « l'égalité réelle et concrète ». Voir : Pierre CARIGNAN, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491, 493-5 ; Pierre BOSSET, « Les

d'assurer l'égalité quant « au processus de création ou d'application du droit », mais également quant « au fond du droit », « au contenu des normes »⁵. Alors que l'égalité procédurale est une égalité « devant la loi », l'égalité formelle se situe « dans la loi »⁶ en ce sens qu'elle s'intéresse au contenu des normes juridiques en commandant d'« éliminer les inégalités structurelles susceptibles de découler du droit »⁷. Le raisonnement valide sous l'égide de l'égalité procédurale permettait qu'une loi constitue des groupes d'individus soumis à des normes différentes d'une façon qui apparaît choquante au XX^e siècle : « la loi la plus manifestement discriminatoire envers un groupe ethnique reconnaît à chacun des membres de ce groupe l'égalité devant la loi si elle est également discriminatoire à l'égard de tous les autres membres du même groupe [nos soulignements] »⁸. L'ajout de la conception formelle de l'égalité à celle procédurale permet alors de renforcer la garantie en rejetant cette logique de différenciation pour la remplacer par une logique de généralité⁹ de la loi, non pas uniquement quant à son application, mais aussi son contenu. Ainsi, la proposition des penseurs libéraux modernes d'une égalité des citoyens par l'attribution d'un statut identique n'est réalisée en droit qu'avec l'émergence de l'égalité formelle. C'est cette dernière qui pose l'exigence du suffrage universel, généralisant ainsi un principe pourtant au cœur de la théorisation de l'égalité procédurale moderne en ce qui concerne la création du droit : l'ensemble des sujets de droit doivent détenir le droit de participer à la sélection des décideurs politiques appelés à établir les normes juridiques¹⁰.

Bien que l'émergence de la notion d'égalité formelle ne soit pas étrangère au travail de penseurs juridiques et philosophiques¹¹, il est généralement considéré, suivant le fondateur du positivisme

fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, ÉYB, 2007, p. 3, à la p. 8 ; Daniel PROULX, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29-3 *C. de D.*, 491, 571-8.

⁵ P. CARIGNAN, préc., note 4, p. 505-6.

⁶ D. PROULX, préc., note 4, p. 571 et 578, voir notamment la note 15 qui précise que cette expression est une création doctrinale, mais que l'expression « égale protection de la loi » est également utilisée en français comme traduction de l'exigence d'une « equal protection of the laws » inscrite au XIV^e amendement de la Constitution américaine.

⁷ P. CARIGNAN, préc., note 4, p. 495.

⁸ *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, 297, j. Ritchie.

⁹ D. PROULX, préc., note 4, note 25, citant : J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », (1961-62) *Travaux de l'Association Henri-Capitant* t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343, 349-51.

¹⁰ Nous nous inspirons encore de P. CARIGNAN, préc., note 4, p. 505-6 : « le suffrage universel est formellement égalitaire au niveau de la création du droit dans la mesure où il permet à tous les citoyens de participer à l'élection des personnes appelées à voter les lois ».

¹¹ Pierre NOREAU, *Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : objets et perspectives pour la*

juridique Hans Kelsen, que l'égalité dans la loi ne peut exister qu'avec sa proclamation dans une norme positive, alors que l'égalité devant la loi est immanente au système juridique :

« [P]oser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général ; principe qui est immanent à tout ordre juridique, et le principe de la légalité de l'application des lois, qui est immanent à toutes les lois, - en d'autres termes le principe que les normes doivent être appliquées conformément aux normes »¹².

En effet, la force de l'égalité dans la loi est liée à la formalisation de ce que nous nommons aujourd'hui les droits et libertés fondamentaux. Ce mouvement commença au sein d'États possédant une constitution écrite¹³ et se déploya particulièrement avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴ adopté au sein de l'Organisation des Nations Unies en 1948 ainsi que des traités subséquents comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁵ de 1966 et les mesures nationales de mise en œuvre de ces traités internationaux. La DUDH affirme ainsi l'égalité devant et dans la loi¹⁶.

Cependant le changement qui s'opère avec cette nouvelle production juridique ne se limite pas à une évolution définitionnelle : tout comme l'égalité procédurale s'intégrait dans une structure politico-juridique à la Modernité, l'égalité formelle se réalise en s'appuyant sur la formalisation des droits et libertés fondamentaux. En continuité des principes de la Modernité, cette formalisation sert d'abord à réaffirmer les éléments structurels alors mis en place et que nous avons réunis sous le concept de neutralité politique. En effet, le statut identique de titulaire de la personnalité juridique et de la citoyenneté ne se présente plus comme un simple principe d'organisation politique et devient plutôt des droits détenus par les individus :

« Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. »¹⁷

sociologie politique du droit, Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal, C.A.I.J., JuriBistro, eDOCTRINE, 2009, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/congresdubarreau/2009/1733701511>> (site consulté le 6 avril 2012).

¹² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 190, cité dans : P. CARIGNAN, préc., note 4, p. 494, voir aussi les explications de ce dernier aux pages 493-5.

¹³ D. PROULX, préc., note 4, p. 571-2.

¹⁴ Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3^e sess., supp. N° 13, p. 17. Doc. U.N. A/810 (1948), ci-après : DUDH.

¹⁵ 16 décembre 1966, [1976] R.T.Can. n° 47, art. 18 (entré en vigueur au Canada le 23 mars 1976).

¹⁶ DUDH, préc., note 14, art. 7.

¹⁷ DUDH, préc., note 14, art. 6.

- « 1. Tout individu a droit à une nationalité.
2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité. »¹⁸

De même, des principes au cœur de l'organisation politique démocratique deviennent des droits dont sont titulaires les citoyens :

- « 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.
3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote. »¹⁹

Ceci nous amène à la seconde manière dont l'égalité formelle est appuyée par la formalisation des droits fondamentaux : cette dernière est une réaffirmation du choix du régime politique démocratique libéral et une façon de cimenter cette fondation du contrat social. L'égalité politique telle que comprise en pensée libérale traditionnelle comme une protection de la participation aux structures étatiques est désormais plus qu'un principe d'organisation politique, elle est une garantie juridique. Ainsi, en plus de l'impossibilité de justifier l'abandon de la démocratie libérale à l'intérieur de la pensée libérale traditionnelle, il existe désormais des mesures structurelles *de nature juridique* qui ont pour objectif d'assurer la pérennité d'éléments essentiels de ce régime selon une logique dite de « *locking-in* ». Ce concept, que nous empruntons aux sciences politiques, réfère à l'utilisation par le détenteur du pouvoir d'une stratégie d'instauration d'institutions juridiques, politiques, administratives et/ou économiques qui engageront les détenteurs de pouvoir subséquents à agir dans une certaine direction²⁰. Les traités internationaux et la constitutionnalisation en sont deux méthodes, d'ailleurs

¹⁸ DUDH, préc., note 14, art. 15.

¹⁹ DUDH, préc., note 14, art. 21.

²⁰ Andrew MORAVCSIK, « The Origins of Humans Rights Regimes : Democratic Delegation in Postwar Europe », (2000) 54-2 *International Organization* 217, particulièrement p. 226-227 : « international institutional commitments, like domestic institutional commitments, are self-interested means of "locking in" particular preferred domestic policies – at home and abroad – in the face of future political uncertainty. [...] Governments establish courts, administrative agencies, central banks, and other independent bodies as means by which the winners of political conflict seek to commit the polity to preferred policies ».

particulièrement utilisées pour formaliser et avoir un effet de *locking-in* des droits fondamentaux : la signature d'un traité qui engage l'État envers d'autres États ou l'adoption d'une Constitution encadrent la souveraineté des pouvoirs législatif et exécutif pour l'avenir²¹. Au Canada et au Québec, la méthode de la constitutionnalisation fut privilégiée depuis longtemps et utilisée de nouveau pour les chartes canadienne et québécoise²². Ainsi, si certains changements du régime politique peuvent se faire, ils doivent l'être en accord avec la Constitution qui impose des règles précises quant à sa propre modification comme le rappelle ici la Cour d'appel fédérale²³ :

« [Si le demandeur] prônait des changements révolutionnaires, ce comportement ne pourrait bien sûr être protégé par la Constitution puisqu'il serait, par définition, anticonstitutionnel. [...] Il ne peut utiliser son idéal d'une Constitution républicaine pour nier en droit la légitimité de la forme de gouvernement déjà en place. La Constitution actuelle peut en effet évoluer pour se transformer en cette république idéale, à condition que le processus politique qui mène à cette transformation se déroule paisiblement en conformité avec la Constitution. »

En particulier, la tenue régulière d'élections et le fonctionnement des chambres législatives sont des mesures constitutionnalisées depuis 1867²⁴ et soumises à d'exigeantes conditions pour leur modification²⁵ afin de protéger la forme de l'État. Nous verrons à la section suivante que des éléments centraux du régime démocratique libéral furent aussi stabilisés selon la méthode de *locking-in* avec l'adoption de la Charte canadienne en 1982. Notre réflexion au Chapitre I sur les limites de l'égalité politique quant à la forme de l'État est donc toujours valide : certains projets politiques incompatibles avec notre régime sont d'autant plus exclus de la sphère des

²¹ *Id.*

²² Il serait plus exact d'utiliser le terme quasi-constitutionnalisation dans le cas de la Charte québécoise étant donné le statut de cette dernière, mais il demeure qu'il s'agit de la même méthode de *locking-in*. Le statut quasi constitutionnel de la Charte découle de son article 52 qui stipule que « [a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte » et il fut notamment reconnu par les tribunaux dans : *Frenette c. Métropolitaine (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, 673. La Charte « lie l'État » et « vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec » en vertu de ses articles 54 et 55. Il en découle que les normes québécoises doivent être interprétées au regard de ses protections, tel que le reconnurent les tribunaux notamment dans : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (re : Larocque) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 20 et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 30.

²³ *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406.

²⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), Parties IV.

²⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 1, Partie V.

possibilités politiques que des éléments essentiels de ce régime détiennent un statut constitutionnel. La démocratie est passée d'une conception moderne procédurale à une substantielle ayant un effet paradoxal : des droits fondamentaux constitutionnalisés reconnus en principe à l'individu protègent aussi dans les faits une forme de régime politique et retire à la fois au Législateur et au Peuple le pouvoir de le changer par la voie législative²⁶. Ce changement pose une question importante sur laquelle nous reviendrons à la section 3 du présent chapitre : puisque la démocratie est maintenant intimement liée aux droits fondamentaux de l'individu, quel rôle l'État doit-il jouer ? Doit-il seulement s'abstenir d'édicter des normes antidémocratiques (sous peine de leur invalidation judiciaire) ou doit-il assurer une protection proactive, voire préventive, de la forme de l'État ?

Finalement, l'égalité formelle est également appuyée par la formalisation des droits fondamentaux au sommet de la hiérarchie des normes d'une troisième façon. Inspirée par la peur qu'une « tyrannie de la majorité »²⁷ en démocratie, *ie* la peur qu'un ou des groupes minoritaires se trouvent à faire systématiquement les frais d'un processus décisionnel fondé sur l'atteinte d'une majorité de voix, la reconnaissance de droits fondamentaux universels remplit un rôle de protection des minorités selon un principe « antimajoritaire » : en édictant la supériorité de certains droits et y soumettant les pouvoirs politiques, est créée une protection en faveur d'« un individu ou un groupe d'individus contre le danger que la majorité démocratique puisse exercer un pouvoir, parfois arbitrairement, à l'encontre de leurs droits »²⁸. Le principe

²⁶ Sur la démocratie procédurale et celle substantive : Gregory H. FOX et Georg NOLTE, « Intolerant Democracies », (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1, 14-20. Sur la perte du pouvoir du Peuple de choisir son régime : Augustin SIMARD, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la démocratie militante en R.F.A. », (2008) 1 *Jus Politicum*, p. 1, en ligne : <<http://juspoliticum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>> (site consulté le 5 juin 2017). Il nous semble qu'une idée similaire est présente chez le philosophe libéral John Rawls pour qui la démocratie libérale est passée d'une vision moins procédurale à l'une plus politique en choisissant des éléments essentiels constitutionnalisés sous la forme de droits fondamentaux, voir la présentation de sa pensée dans : Bertrand GUILLARME, « Rawls et le libéralisme politique », (1996) 46-2 *Revue française de science politique* 321, 332.

²⁷ Le concept fut développé par le philosophe Alexis de Toqueville alors qu'il étudie le système politico-juridique des États-Unis dans la première moitié du XIX^e siècle : NOREAU, préc., note 11, p. 5.

²⁸ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibre des droits fondamentaux », (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 7, 17-18. On parle aussi parfois de « technique antimajoritaire » pour référer à cette méthode de protection des minorités religieuses, mais aussi linguistiques et culturelles : José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003-2004) 34 *R.D.U.S.* 93, 116-117, en ligne : <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_34/34-12-woehrling.pdf> (site consulté le 14 avril 2013).

antimajoritaire mène à l'invalidation ou l'inapplication d'une norme juridique ou d'un acte étatique violant un droit fondamental d'un individu et, ainsi, crée une limite significative aux actes pouvant être posés par l'État. Le principe de souveraineté parlementaire perd sa primauté au profit d'une égalité de droits reconnus à tous²⁹. Précisons que cette logique antimajoritaire ne vise que les actes de l'État et n'a donc pas de répercussions sur la forme de l'État : le choix du régime démocratique libéral ne peut être remis en question en droit sur la base des convictions politiques d'un seul citoyen. Maintenant, afin d'explicitier les effets de la nouvelle conception de l'égalité appuyée par la formalisation des droits et libertés fondamentaux, la section suivante examine la réception au Québec et au Canada de droits et libertés qui participent particulièrement à une protection renforcée de l'égalité politique.

2. L'égalité politique formelle : une protection renforcée de la participation à la vie politique

L'égalité est de toute évidence un principe inhérent à la reconnaissance des libertés et droits fondamentaux puisque ceux-ci sont universels, bénéficiant à tous les êtres humains. Nous nous penchons ici sur ceux qui participent principalement à l'égalité politique : les droits politiques (2.1.) et les libertés d'opinion et d'expression (2.2.). Nous cherchons à déterminer les nouveaux paradigmes dans lesquels ces droits s'inscrivent et à en dégager les objectifs. Comprendre ce contexte paradigmatique éclairera notre analyse au Chapitre III de cette autre garantie qui vise à assurer l'égalité politique : l'interdit de discrimination politique.

2.1. Les droits politiques : une protection de la participation à la politique étatique

Ce que nous nommons aujourd'hui dans notre pays sous les expressions de « droits politiques »³⁰ ou de « droits démocratiques »³¹ ne constitue pas un changement drastique par rapport aux paradigmes modernes. Les droits de vote et d'éligibilité aux élections législatives constituent une réaffirmation du fondement moderne de l'égalité politique identifié au Chapitre précédent en tant que *participation aux structures représentatives étatiques* et qui était alors protégé avec le couple citoyenneté-personnalité juridique. En effet, il s'agit toujours de garantir

²⁹ D. PROULX, préc., note 4, p. 571.

³⁰ Charte québécoise, préc., note 22, art. 21 et 22.

³¹ Charte canadienne, préc., note 1, art. 3-5.

la participation au politique selon une conceptualisation de ce dernier strictement limité aux structures décisionnelles étatiques. Il s'agit toujours d'une recherche d'égalité dans l'organisation politique : les droits garantis sont liés dans leur essence au concept d'égalité selon le principe que la légitimité du pouvoir repose sur le droit égal de tous les citoyens à la participation au processus de décision politique. Il s'agit toujours d'une logique typiquement libérale de protection individuelle puisque chaque citoyen est détenteur du droit. D'ailleurs, on considère habituellement que les droits de vote et d'éligibilité sont reconnus de longue date dans notre pays et simplement réaffirmés par les chartes québécoise et canadienne³².

Cependant, cette réaffirmation n'est pas sans effet juridique. Il y a création d'assises juridiques plus solides d'abord par une énonciation claire des droits protégés. La Charte canadienne³³ prévoit ainsi le droit de vote et l'éligibilité de tous les citoyens canadiens aux élections fédérales et provinciales, la tenue d'élections pour la Chambre des communes et les assemblées législatives au moins à chaque 5 ans (sauf circonstances exceptionnelles et accord d'au moins les 2/3 des députés) et l'assurance de la tenue d'au moins une séance annuelle du Parlement et des législatures. D'autres droits viennent également appuyer l'objectif de participation citoyenne aux structures étatiques permettant un pluralisme politique. La liberté d'association garantie notamment l'organisation en partis politiques et la création de groupes de pression³⁴. Outre la précision des droits, rappelons que les traités internationaux et éventuellement des constitutions nationales renforcent les principes modernes selon une logique de *locking-in* et un principe antimajoritaire. Au Canada, les droits démocratiques des citoyens sont constitutionnalisés de telle façon qu'un individu ou un groupe ne peut être exclu de la communauté politique par les détenteurs du pouvoir. Nous nous intéresserons à la section 3 à la marge de manœuvre que détient toujours l'État pour encadrer ces droits, mais retenons pour l'instant que ces derniers sont une confirmation et un renforcement de l'objet moderne de l'égalité politique : la participation aux structures décisionnelles étatiques.

³² James R. ROBERTSON, *Droits électoraux : Charte canadienne des droits et libertés*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaire, p. 2., ressource en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/905-f.htm#asterisk2txt>> (site consulté le 12 avril 2012). Voir aussi : *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 24, art. 37-52.

³³ Charte canadienne, préc., note 1, art. 3-5.

³⁴ *Id.*, al. 2d).

2.2. Les libertés d'opinion et d'expression en matière politique : une protection du débat public

L'analyse du motif « convictions politiques » effectuée par la Commission des droits de la personne³⁵ et précitée au début de notre Chapitre introductif est très porteuse établit un lien entre l'égalité politique et les libertés d'opinion et d'expression protégées par l'article 3 de la Charte québécoise³⁶. Citant l'extrait suivant du *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*³⁷ de 1938, la Commission insiste d'abord sur l'importance de ce principe dans le développement des institutions démocratiques libérales, même avant les chartes :

« Sous le régime britannique, qui est le nôtre, aucun parti politique ne peut ériger une barrière dans le but d'empêcher les électeurs d'obtenir de la documentation sur la politique du gouvernement. La liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique ; on ne peut pas la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves. [...] La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement : une opinion publique libre et la libre discussion [...] ».

Le caractère « invisible » des opinions mène assez intuitivement au rapprochement entre les libertés d'opinion et d'expression : d'une part, la liberté d'opinion ne saurait être complète et effective qu'à la condition que son expression soit également protégée³⁸ et, d'autre part, les opinions ne deviennent habituellement susceptibles d'appréhension par le droit qu'à la suite de leur expression³⁹. Ces deux libertés sont d'ailleurs associées dès leur énonciation dans un même

³⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (Renée LESCOP et Haïlou WOLDE-GIORGHIS), *La notion de convictions politiques dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, avril 1983 (ci-après CDPQ-1) et COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (Renée LESCOP et Murielle GARON), *Hypothèses d'interprétation de convictions politiques*, Montréal, août 1983 (ci-après CDPQ-2).

³⁶ CDPQ-1, préc., note 35, p. 6-8.

³⁷ [1938] R.C.S. 100, p. 146 (J. Cannon). Nous expliquons au Chapitre I qu'il s'agissait alors d'un fondement de l'organisation politique sans être encore une garantie juridique.

³⁸ CDPQ-1, préc., note 35, p. 6.

³⁹ CDPQ-1, préc., note 35, p. 6 et 37 ; J. Stuart RUSSEL, « Discrimination on the Basis of Political Convictions or Beliefs », (1985) 45 *R. du B.* 377, 398. La même constatation est faite lors de l'interprétation des libertés d'opinion et d'expression contenue dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Sébastien TOUZÉ, « Article 19 », dans Emmanuel DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 447, à la p. 450.

article de la DUDH⁴⁰, une optique à l'évidence suivie dans la Charte canadienne qui réserve un alinéa à ces deux libertés⁴¹. La Charte québécoise semble abonder dans le même sens si l'on peut se fier à l'ordre d'énonciation des libertés fondamentales listées à son article 3⁴².

La complémentarité qui caractérise la conception de ces deux libertés nous indique qu'elles furent réfléchies pour se déployer toutes deux dans la sphère publique, car comme nous l'indiquons, la protection de l'opinion prend tout son sens en droit suivant son expression devant témoin. Nous retrouvons ici la distinction typique de la pensée libérale entre la sphère publique associée au politique et la sphère privée associée aux choix moraux et religieux. À notre avis, cette vision dichotomique de la société est encore présente dans la formulation des droits fondamentaux des nouveaux outils de protection et elle en oriente la lecture selon une approche formelle. Ainsi, les libertés d'opinion et de conscience ne sont pas équivalentes : l'opinion concerne les affaires publiques alors que la conscience est associée à la morale et aux affaires privées de telle façon que l'on peut dire de la liberté de conscience qu'elle est la version laïque de la liberté de religion⁴³. Dans les faits, une même position personnelle peut relever de la liberté de conscience ou de la liberté d'opinion, mais sa qualification juridique sera fonction des raisons et des visées de la personne qui la défend et des actions qu'elle entreprend. Par exemple, une personne peut considérer qu'il est immoral de manger de la viande animale et adopter un régime végétarien. Il s'agit d'un choix moral individuel qui s'inscrit dans sa liberté de conscience. Lorsque cette même personne s'engage dans des actions militantes ciblant l'industrie de la viande ou tentant d'influencer les achats des consommateurs, elle exerce ses libertés d'opinion et d'expression. Bien que ses convictions morales soient à la base de son activisme, elle s'engage dans des moyens ayant pour objectif d'influencer des choix individuels chez d'autres personnes ainsi que des choix collectifs dans notre société. Selon nous, cet

⁴⁰ DUDH, préc., note 14, art. 19.

⁴¹ Charte canadienne, préc., note 1, al. 2*b*).

⁴² Charte québécoise, préc., note 1, art. 3 : « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ».

⁴³ Bien que l'origine de la liberté de conscience est associée à celle de la liberté religieuse, on tend à lui reconnaître un sens distinct, référant à une « morale humaine » ou « morale laïque » plutôt que religieuse : Henri BRUN, « Un aspect crucial, mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience », (1987) 28-1 *C. de D.* 185, 190-1 ; R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 251 (j. Wilson, motifs concordants).

engagement dans le débat public est protégé par les libertés d'opinion et d'expression politiques bien que des arguments moraux puissent être invoqués. La distinction public-privé sert à départager les droits en jeu. Un argument de texte appuie cette distinction puisque les libertés de conscience et de religion, d'une part, et les libertés d'opinion et d'expression, d'autre part, apparaissent habituellement dans des articles ou des alinéas indépendants dans les outils de protection des droits fondamentaux⁴⁴.

Les libellés de ces outils, de même que l'extrait précité du *Renvoi* nous rappellent aussi que les libertés d'opinion et d'expression fondent un certain droit à l'information afin que chaque individu puisse se forger une opinion éclairée. Ces trois garanties fondamentales conjuguées ont pour objectif d'assurer les conditions du débat public sur les affaires d'intérêt public dans une société démocratique afin de permettre la prise de décisions politiques. Elles apparaissent liées au fonctionnement du régime démocratique de telle façon qu'elles puissent être considérées comme des principes préexistants à l'adoption de la Charte canadienne⁴⁵. Un statut de piliers du régime démocratique est attribué aux libertés d'opinion et d'expression ainsi qu'au droit à l'information dans la pensée libérale⁴⁶. Bien que théoriquement indissociables de cette tradition, ces piliers prirent habituellement la forme de principes d'organisation politique et

⁴⁴ Il y a distinction claire dans la DUDH puisque, comme nous l'avons vu les libertés d'opinion et d'expression sont protégées à l'art. 19 alors que la liberté de conscience et de religion est plutôt à son article 18. De même, l'al. 2a) est réservé à cette liberté par la Charte canadienne, préc., note 1. Dans la Charte québécoise, préc., note 22, art. 3, le lien peut sembler plus ténu puisque la liberté d'opinion apparaît dans le même article, mais les couples conscience-religion et opinion-expression ne sont pas rompus dans l'ordre d'énumération des libertés.

⁴⁵ *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S. 285. Rappelons que la Cour suprême examinait dans cette affaire la légalité de la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, S.R.Q., 1941, c. 42 — mieux connue sous l'appellation « Loi du cadenas » — qui interdisait la publication et la distribution de propagande communiste ou bolcheviste, de même que l'utilisation d'une maison aux fins d'une telle propagande, sous peine de sa fermeture par le procureur général de la province. La Cour trancha l'affaire en statuant sur une question de compétence constitutionnelle, mais, en cette période de Guerre froide pendant laquelle un régime concurrent au libéralisme fut à son plus fort sur la scène internationale, elle profita de l'occasion pour réitérer que la démocratie libérale doit permettre l'expression sur les affaires d'intérêt public afin de rester fidèle à ses principes, même lorsque l'expression constitue une critique du régime libéral. La liberté d'expression ou « liberté de parole » est considérée un principe de la constitution canadienne hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 462-463 ; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 12.

⁴⁶ Comme nous l'avons vu au Chapitre I, les penseurs libéraux de la Modernité accordèrent plus d'importance à la participation aux structures étatiques via le vote et l'éligibilité aux fonctions publiques, mais la libre discussion est aussi inhérente au régime politique qu'ils promeuvent, ne serait-ce que dans l'enceinte du Parlement. La fonction centrale de la discussion, du débat et de la délibération en démocratie devient cependant un objet d'intérêt marqué au sein de cette tradition philosophique au XX^e siècle : P. NOREAU, préc., note 11, p. 6-8.

d'interprétation du droit pendant la Modernité et ne devinrent de réelles garanties juridiques qu'avec leur constitutionnalisation⁴⁷.

La reconnaissance du caractère fondamental de ces droits au XX^e siècle marque l'émergence d'un nouvel objet attribué à l'égalité politique. Cette dernière ne vise plus uniquement la protection de la participation citoyenne aux structures décisionnelles étatiques, mais aussi la *participation au débat public entourant la prise de décisions collectives*. La protection de l'expression *sur des questions politiques* est d'ailleurs aujourd'hui considérée par les Tribunaux comme un élément principal — voire l'objectif premier — de la liberté d'expression justement parce que cette dernière est nécessaire au débat démocratique⁴⁸. Ainsi, l'expression politique est identifiée par la Cour suprême comme l'une des trois valeurs qui sous-tendent et justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression en raison du rôle central qui lui est attribué dans notre régime politique pour permettre aux individus d'être informé, de se forger une opinion et de participer au politique :

« La première [raison d'être de sa protection], est que la liberté d'expression est nécessaire pour qu'un peuple puisse se gouverner intelligemment et démocratiquement [...] La deuxième théorie est que la liberté d'expression protège la libre diffusion d'opinions, créant une certaine concurrence sur le marché des idées et facilitant par là la recherche de la vérité [...] La troisième théorie valorise l'expression pour sa valeur intrinsèque. Suivant ce point de vue, l'expression est un aspect de l'autonomie individuelle et doit être protégée parce qu'elle est indispensable au développement et à l'épanouissement personnels »⁴⁹.

Notons que le nouvel objet de l'égalité politique s'appuie sur un renouvellement de la conception du politique dans la pensée libérale. Cette dernière s'écarte d'une définition en stricte

⁴⁷ En effet, le statut de pilier attribué *d'un point de vue théorique* à la liberté d'expression dans ce régime ne signifie cependant pas que, d'un point de vue pratique, les tribunaux sont intervenus souvent pour la protéger. Par exemple, il semblerait que la liberté d'expression politique souffrit longtemps d'une indifférence judiciaire en Angleterre : Byron M. SHELDRIK, « Judicial review and Judicial Reticence : The Protection of Political Expression under the Common Law », (1997) 3 *J.C.L.* 191 (HeinOnline).

⁴⁸ Henri BRUN, « Le droit du public à l'information politique : un droit constitutionnel aux ancrages multiples », (2005) *Développements récents en droit de l'accès à l'information, Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, p.4-5. L'auteur cite notamment : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 763 ; *Libman c. Québec (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 569, p. 591 ; *Harper c. Canada (P.G.)*, [2004] 1 R.C.S. 827, p. 835.

⁴⁹ *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767.

référence aux structures décisionnelles de l'État, elle s'ouvre à voir du politique dans des activités se déroulant dans la sphère publique, un concept plus ample que les seules structures étatiques. Les choix politiques ne sont plus uniquement fondés sur un système de représentativité par lequel l'électeur se fait entendre lors du vote et, s'il le souhaite, en portant un sujet à l'attention de son représentant parlementaire. La presse et les médias, les associations citoyennes, tout comme le recours à divers moyens de pression deviennent à tout le moins tout aussi importants dans la conception du phénomène politique et du droit à une égale participation aux prises de décisions. Le politique ne se vit plus uniquement dans l'enceinte des parlements et s'étend à toute la société qui s'engage dans un débat public. Ainsi, parce qu'elles sont liées à la concrétisation de l'égalité politique, les libertés d'opinion et d'expression sont reconnues à tous les citoyens et leur exercice dans le cadre des débats publics est promu au nom de la santé démocratique de la société :

« ... notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire »⁵⁰.

Dans l'atteinte de cet objectif de participation démocratique large, nous retrouvons des principes qui agissent comme guide d'interprétation du droit, notamment quant aux libertés d'opinion et d'expression : le pluralisme, la diversité d'opinion, la tolérance et l'esprit d'ouverture⁵¹. Si ces principes sont souvent invoqués dans le contexte de la diversité culturelle et religieuse⁵², ils appuient aussi l'expression politique libre et notamment l'expression d'une dissidence comme le rappelait récemment la Cour supérieure du Québec⁵³. Ils permettent de concilier les droits des uns et des autres dans le cadre du débat public comme nous le verrons maintenant.

3. L'égalité politique formelle : son étendue et les limites qu'elle pose aux actes de l'État

Nous avons examiné au Chapitre I le principe de neutralité — tant religieuse que politique — qui repose sur la distinction entre les sphères publique et privée de façon à créer une structure

⁵⁰ Fraser, préc., note 45, p. 467.

⁵¹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968-9.

⁵² Par exemple : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 48 ; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 75.

⁵³ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246, par. 91-113.

politique égalitaire : en principe, la forme de l'État est celle d'un espace décisionnel partagé par l'ensemble des citoyens et détaché du religieux. La formalisation au XX^e siècle de droits supérieurs universels agissant selon un principe antimajoritaire solidifie le statut politico-juridique identique des citoyens et perfectionne l'ambition moderne d'un droit commun semblable pour tous. Par le fait même, la garantie de neutralité de l'État est consolidée quant à son aspect structurel : selon l'expression consacrée, l'État doit être aveugle aux particularismes des citoyens dans la reconnaissance de leurs droits. Elle est également bonifiée par la conception substantielle de l'égalité qui en teinte désormais la compréhension : elle ne concerne plus uniquement la forme de l'État, mais également ses actes ; elle ne relève plus seulement d'un principe d'organisation politique, mais devient une garantie juridique. Elle doit maintenant être comprise comme un *interdit* posé à l'État de faire subir aux citoyens une variation de leurs droits et libertés fondamentaux sur une base religieuse⁵⁴, mais également, à notre avis, sur une base politique.

Mais dans quelles circonstances considère-t-on qu'un acte de l'État se fonde sur une motivation religieuse ou politique ? En philosophie politique libérale, le concept de neutralité religieuse est habituellement entendu comme un antiperfectionnisme de l'État exigeant une neutralité des justifications, *ie* que l'État ne doit pas fonder ses actions sur un choix entre les conceptions du bien (ce qui s'oppose à une neutralité des conséquences qui imposerait à l'État de ne faire aucun choix imposant ou avantageant concrètement une conception du bien)⁵⁵. Au Canada, bien que des arguments religieux puissent être invoqués dans les débats publics⁵⁶, ils ne doivent pas servir d'assise aux décisions d'État de façon à respecter l'essentiel de cette conception. Un acte

⁵⁴ Pablo DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », (1996) 23-2 *Philosophiques* 227. S'appuyant sur une revue de philosophes libéraux (dont John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman et Will Kymlicka), l'auteur note que la neutralité est un concept politique, à distinguer d'un concept moral, en ce sens qu'il s'agit d'un interdit visant l'État. Pour être limpide, la proposition que nous ajoutons est que cet interdit est passé d'un principe de philosophie libérale ayant influencé l'organisation politique de l'État moderne à un principe s'appuyant sur des garanties de droit positif. Le concept de neutralité en est un contemporain utilisé pour expliquer l'organisation et les fondements de l'État libéral depuis ses débuts : *supra*, Chapitre I, note 24.

⁵⁵ *Id.*, p. 230-231. Plus précisément, « la neutralité des justifications est la version de la neutralité endossée par la plupart des défenseurs de l'idéal de neutralité » : Roberto MERILL, « Neutralité politique », dans *DicoPo* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.dicopo.fr/spip.php?article25>> (site consulté le 12 mai 2012), p. 4. Par ailleurs, nous précisons au Chapitre 3 la neutralité des *conséquences* en la rapprochant de l'égalité réelle qui s'intéresse aux effets des normes.

⁵⁶ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, préc., note 22, par. 67 (j. LeBel); *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772.

étatique ayant pour *objet* de favoriser ou défavoriser un culte lui sera contraire et pourra être invalidé sous les protections de la liberté et de l'égalité religieuse. Il nous semble que l'objectif au cœur de la neutralité des justifications est de s'assurer que les ressources étatiques — son pouvoir normatif tout autant que ses moyens financiers par exemple — ne soient pas utilisées au service, ou à l'encontre, d'un dogme particulier.

Mais alors que la neutralité religieuse interprétée comme un antiperfectionnisme des justifications prohibe le recours à des fondements religieux pour légitimer un acte étatique, il est difficile d'imaginer l'exercice du pouvoir politique sans référence à la mise en œuvre étatique d'objectifs politiques. Si l'antiperfectionnisme est un idéal plutôt qu'une réalité en ce qui a trait à la neutralité religieuse, une neutralité *politique* antiperfectionniste pourrait ne pas être aussi souhaitable si elle mène à un État exclusivement administratif dominé par une logique gestionnaire plutôt que de constituer un lieu de choix collectifs⁵⁷. Alors que la neutralité religieuse exige le cantonnement des croyances religieuses à l'extérieur des décisions étatiques, la neutralité politique ne peut exclure les questions politiques des considérations prises en compte par l'État. La neutralité politique ne s'oppose pas à ce que les actes de l'État se fondent sur des justifications politiques, en évacuant par le fait même la mise en place d'autres idées politiques pour un certain temps. Au contraire, le libéralisme vise à assurer la cohabitation pacifique de divers projets politiques au sein de la structure étatique (sous réserve de l'incompatibilité abordée au chapitre précédent) et à permettre aux citoyens de faire périodiquement un choix entre ces options pour déterminer laquelle doit être réalisée. L'égalité politique comprend donc la possibilité pour les partisans de divers projets politiques de s'associer pour tenter d'accéder au pouvoir selon les règles établies, mais le pouvoir acquis, l'option victorieuse met en œuvre ses idées par les actions de l'État. Le détenteur des pouvoirs législatif et exécutif est à même de poser les orientations politiques de l'État, par exemple quant au niveau d'interventionnisme dans l'économie ou aux domaines et à l'étendue des politiques sociales. La tradition démocratique libérale considère que les orientations de l'État relèvent des élus et que les tribunaux ne doivent pas interférer avec leurs prérogatives ; c'est dans l'arène politique que leurs décisions pourront être ultérieurement sanctionnées par les électeurs. Ainsi,

⁵⁷ Nous nous inspirons ici de la critique de la Postmodernité de : M. FREITAG, préc., note 3, p. 214-24.

au niveau juridique, rien ne semble même s’opposer à ce que le parti au pouvoir fonde ses décisions sur des motifs relevant plus de la partisanerie que de l’intérêt collectif.

Nous sommes ici à l’opposé d’une obligation de neutralité politique qui imposerait des limites aux justifications de ses actions par l’État ou qui nierait la légitimité de fondements politiques à celles-ci. Ce n’est donc pas le sens à attribuer à la neutralité des justifications en matière politique. Il faut à notre avis revenir à l’objet de la neutralité des justifications : limiter la souveraineté parlementaire absolue de la modernité quant à l’utilisation des ressources étatiques pour avantager une option. La neutralité politique est une idée en filigrane des outils contemporains de protection des droits fondamentaux, supportée par les droits politiques et les libertés d’opinion et d’expression. Le détenteur du pouvoir utilise les ressources de l’État pour mettre en œuvre ses idées politiques, mais il doit le faire d’une façon qui n’altère pas le droit de chaque citoyen à la participation politique. La protection de cette dernière est au cœur de l’égalité politique et trace la limite des actes pouvant être posés par l’État. La neutralité politique moderne reposait sur la structure politique. La neutralité politique à l’ère des droits fondamentaux réfère à la reconnaissance formelle des mêmes droits à tous les citoyens et à l’interdit de l’utilisation des ressources étatiques de façon à faire varier les possibilités de *participation* aux structures étatiques et au débat public. Notre proposition est que la neutralité politique telle que redéfinie ici est utile pour regrouper et synthétiser en une seule notion des raisonnements divers et parfois peu explicites présents dans la jurisprudence québécoise et canadienne impliquant l’égalité politique — c’est ce que nous démontrerons dans les sous-sections 3.1 à 3.3.

Cependant, si les outils de protection des droits fondamentaux édictent la supériorité de droits et libertés, ils se gardent de leur donner une puissance absolue afin de permettre à l’État d’établir des normes pour la conciliation des droits et libertés de chacun ainsi qu’avec des nécessités de la vie collective. L’article 1 de la Charte canadienne permet aux tribunaux de valider un acte étatique malgré sa violation d’un droit protégé : « [... les droits et libertés énoncés] ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Une atteinte peut donc être justifiée conformément aux principes édictés à l’article premier de la

Charte canadienne tel qu'interprétés dans l'arrêt *R. c. Oakes*⁵⁸ de la Cour suprême ; le test sert également de ligne directrice pour une justification selon des procédés similaires présents à la Charte québécoise⁵⁹. D'abord, une atteinte à un droit ou une liberté protégés ne pourra être justifiée que si elle est imposée par une règle de droit. La partie tentant de justifier une atteinte doit ensuite démontrer que, par l'édiction de cette règle, elle poursuivait un objectif « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution [...], *ie* un objectif qui] se rapporte à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »⁶⁰, écartant ainsi les objectifs peu importants ou contraires aux principes d'une telle société. La Cour précise certains des principes incontournables pour assurer le caractère libre et démocratique de la société canadienne — nous y retrouvons des principes également au cœur de l'égalité politique :

« Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société [nos soulignements] »⁶¹.

Ensuite, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent être raisonnables et pouvoir eux aussi être justifiés :

« Cela nécessite l'application d'"une sorte de critère de proportionnalité" [... qui] comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question [...] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme "suffisamment important" [soulignement du Tribunal] »⁶².

⁵⁸ [1986] 1 R.C.S. 103.

⁵⁹ *Infra*, Chapitre III, 2.3.3.

⁶⁰ *Oakes*, préc., note 58, par. 69.

⁶¹ *Id.*, par. 64.

⁶² *Id.*, par. 70.

Ainsi, bien que nous avançons un principe de neutralité politique qui impose des interdicts à l'État, la question du traitement des promoteurs de projets politiques incompatibles avec la démocratie libérale n'est pas réglée. Puisque la formalisation des droits fondamentaux implique la reconnaissance de droits substantifs détenus par les individus qui crée ce que nous pourrions appeler un droit à la démocratie, se pose une question : est-ce que l'État peut être justifié de prendre des mesures qui nient ces mêmes droits aux opposants de la démocratie libérale pour protéger à la fois les citoyens et la forme de l'État ? Il s'agit de la proposition mise de l'avant par la doctrine de la démocratie militante qui s'imposa en Europe dans le sillage de la Deuxième Guerre mondiale. Confrontés à la prise du pouvoir en toute légalité par le régime nazi en Allemagne et à ses conséquences cauchemardesques, les penseurs de cette doctrine tentent de trouver une réponse juridique afin d'empêcher que la démocratie se saborde elle-même⁶³. Parmi eux, le juriste Karl Loewenstein, lui-même exilé du nazisme, considère que l'égalité formelle permettant la participation de tous à la structure politique doit être limitée afin d'empêcher la possibilité de l'élection valide d'un gouvernement qui souhaite effectuer un changement de régime. Il propose l'adoption de constitutions nationales « explicitement discriminantes » envers les ennemis de la démocratie : même lorsque leurs actions demeurent parfaitement légales, les groupes fascistes doivent être exclus de la participation politique et invisibilisés afin de limiter l'influence de leurs idées sur la population⁶⁴. Cette doctrine rejette donc, au moins partiellement, l'idéal de neutralité de l'État et l'absolue déférence envers les choix du Législateur qui caractérise le positivisme juridique puisqu'elle retire des mains des élus le pouvoir du choix du régime politique en établissant une « constitution éternelle » de démocratie libérale⁶⁵. La notion de *locking-in* appliquée à la constitutionnalisation des droits fondamentaux et la doctrine de la démocratie militante partage donc l'objectif de protection de la démocratie libérale, mais, la démocratie militante possède en plus un aspect préventif et proactif qui mène à la négation de l'exercice de certains droits fondamentaux (principalement la liberté

⁶³ Niall BOND, « Démocratie et opposition extraparlamentaire en Allemagne sous la Grande Coalition », (2009) *Sens public*, p. 8-11, en ligne : <<http://sens-public.org/article631.html?lang=fr#>> (site consulté le 5 juin 2017) et A. SIMARD, préc., note 26, p. 5 et 6.

⁶⁴ A. SIMARD, préc., note 26, p. 5-10. Loewenstein s'intéresse particulièrement au fascisme qu'il conçoit comme une technique politique de déstabilisation du fonctionnement de la démocratie afin de favoriser un pouvoir autoritaire plutôt que comme un véritable projet politique — conséquemment, le fascisme ne pourrait être combattu sur le terrain des idées politiques, mais commanderait plutôt une réponse de répression de ses manifestations extérieures.

⁶⁵ *Id.*, p. 10-3.

d'expression et le droit d'association) pour ceux qui défendent des idées contraires à la démocratie libérale (se pose donc aussi la question de la contravention à leur liberté d'opinion).

Cette doctrine bénéficia d'une réelle réception en Europe où elle influença le contenu des constitutions d'après-guerre⁶⁶ ainsi que la *Convention européenne des droits de l'homme* dont l'article 17 prévoit que :

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

Cet article fut appliqué par la Cour européenne dans une optique de démocratie militante « radicale » qui permet la *déchéance* de droits fondamentaux lorsqu'ils peuvent servir à porter atteinte à la démocratie ; par exemple, la perte de la liberté d'expression ou du droit d'association reliée à des idées racistes ou négationnistes⁶⁷. Bien qu'il n'existe pas une telle disposition dans les chartes canadienne ou québécoise, il faut se poser la question de la possible influence de la doctrine de la démocratie militante sur la justification de limites aux droits et libertés. D'ailleurs, la Cour européenne adopte une version « modérée » de la démocratie militante dans le cadre de son contrôle de proportionnalité, *ie* lors de l'examen de normes nationales pour détecter une violation disproportionnée des droits reconnus par la Convention⁶⁸. Elle n'applique pas alors la déchéance de droits prévue à l'article 17, mais tente plutôt d'accorder une certaine protection des droits de la Convention tout en permettant des limitations *préventives* à l'encontre de ceux qui défendent des idées jugées incompatibles avec la démocratie. Il s'agit notamment d'autoriser des mesures internes limitant l'expression et l'association d'individus posant un risque *imminent* de renversement du régime démocratique ou encore des mesures antiterroristes (à noter que l'imminence du danger n'est pas un critère d'approbation dans ce cas puisqu'elle est postulée). La nature paradoxale d'une défense de la liberté avec un dicton du type « pas de liberté pour les

⁶⁶ N. BOND, préc., note 63.

⁶⁷ Ümit KILINÇ, « La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », (2012) 90 *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 297, en ligne : <<http://avukat-kilinc.com/all-cases-list/la-conception-de-la-democratie-militante-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>> (site consulté le 5 juin 2017).

⁶⁸ *Id.*

ennemis de la liberté »⁶⁹ entraîna, comme l'on peut s'en douter, beaucoup de critiques⁷⁰. La question de la protection étatique, à la fois, des droits fondamentaux des individus et des individus contre le terrorisme soulève d'ailleurs toujours aujourd'hui des débats déchirants.

Dans cette section, nous tenterons de préciser l'étendue de protection de l'égalité politique, entre droits fondamentaux limitant les pouvoirs publics et raisons justifiant des violations. Nous nous concentrerons sur les protections appuyant le plus directement l'égalité politique : les droits politiques (3.1.) et les libertés d'expression (3.2.) et d'opinion (3.3.). Nous y retrouverons l'idée de neutralité politique car, bien que des enjeux sociaux auxquels on répond en Europe par le recours à la doctrine de la démocratie militante se posent ici aussi, les réponses canadiennes se fondent moins sur une défense explicite de la démocratie que sur une optique de conciliation de droits fondamentaux concurrents orientée par les principes démocratiques. La différence en est une d'angle d'approche : ce sont les droits individuels qui sont défendus et non pas le système politique lui-même. Le résultat en est de solutions plus nuancées que celles prônées par la doctrine de la démocratie militante, même dans sa version modérée.

3.1. Les droits politiques : des intouchables si ce n'est en toute égalité

L'importance traditionnellement accordée à la participation aux structures décisionnelles étatiques dans la pensée libérale donne un statut particulier aux droits fondamentaux qui la protègent aujourd'hui. Dans le cas de la Charte canadienne, l'importance des garanties relatives au vote, à l'éligibilité et au fonctionnement des institutions démocratiques les exclut de sa disposition dérogatoire (art. 33) qui instaure des modalités permettant au Législateur de valablement porter atteinte à certains droits de la Charte. Certaines restrictions législatives furent

⁶⁹ Le dicton est attribué au révolutionnaire français Louis Antoine Léon Saint-Just.

⁷⁰ Ü. KILINÇ, préc., note 67. Voir aussi Georges VLACHOS, « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », (1972) 24-2 *Revue internationale de droit comparé* 279, 350-3, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1972_num_24_2_16163> (site consulté le 6 février 2017) : « [les clauses constitutionnelles que la doctrine de la démocratie militante appuie] peuvent engendrer, à leur tour, des effets diamétralement opposés à ceux qui en sont escomptés [...] elles contribuent à installer dans le système constitutionnel, comme catégorie juridique institutionnalisée, l'opposition entre les amis et les ennemis [...] Dans la pratique, elles aboutissent parfois à des procédés, législatifs, administratifs, voire même juridictionnels, qui n'ont rien de commun avec la défense des droits et libertés. Elles rejoignent, sous ce rapport toute une réglementation [...] qui se confond entièrement, en certains cas du moins, avec l'État policier, au mépris des libertés les plus essentielles de l'homme et du citoyen »

tout de même validées par les tribunaux canadiens parce qu'elles sont rachetées par l'article premier ou, dans le cas du droit de vote, en constituent des conditions inhérentes⁷¹. Dans la Charte québécoise, les droits politiques sont même hors d'atteinte de l'art. 9.1 qui agit pour les articles 1 à 9 comme l'article 1 de la Charte canadienne. C'est plutôt l'article 22 lui-même qui prévoit un encadrement législatif de ces droits puisqu'ils sont assurés à « toute personne légalement habilitée et qualifiée ». L'État peut donc agir pour limiter la participation aux structures politiques et certaines restrictions sont acceptées depuis longtemps dans notre tradition juridique, mais les tribunaux sont également intervenus dans les 15 dernières années pour développer une jurisprudence renforçant ces droits.

La communauté politique étant fondée sur le débat rationnel, des exigences en ce qui a trait à l'âge de la majorité et aux capacités mentales nécessaires à cette participation sont admises. De la même façon, la notion de système représentatif justifie le critère du lieu de résidence pour déterminer la circonscription de vote des citoyens et la théorie du contrat social pourrait justifier le retrait du droit de vote aux citoyens canadiens expatriés depuis plus de 5 ans⁷². Par ailleurs, les tâches à accomplir par les élus expliquent les restrictions fondées sur la capacité physique à siéger (dans le cas d'un emprisonnement ou encore d'une maladie grave et prolongée). Un principe démocratique comme la division des pouvoirs peut également avoir un effet structurel s'opposant à un cumul de fonctions comme celles d'élu et de juge. La protection de l'intégrité du système démocratique fut invoquée avec succès pour suspendre l'éligibilité suite à la condamnation pour des infractions électorales, mais une exclusion totale de la communauté politique ne saurait être admise même lorsqu'un individu ne respecte pas les valeurs démocratiques. De même, après de nombreux débats judiciaires⁷³, la Cour suprême condamna sévèrement en 2002 les arguments avancés pour justifier la privation de leur droit de vote aux détenus, invoquant notamment l'universalité de ce droit à la participation démocratique et rejetant une exclusion de la communauté politique sur la base d'un manque d'adhésion

⁷¹ Pour une étude exhaustive des restrictions sur lesquelles se sont penchés les tribunaux canadiens ainsi que des précisions sur le débat quant à la source de ces restrictions dans chaque cas (des restrictions inhérentes au droit de vote ou devant être examinées sous l'article 1), voir : J.R. ROBERTSON, préc., note 32, p. 4-18.

⁷² Il s'agit du moins du raisonnement majoritaire dans une décision de la Cour d'appel de l'Ontario : *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2015 ONCA 536, appel à la Cour suprême autorisé : *Gillian Frank et al. c. Procureur général du Canada*, 2016 CanLII 20442 (CSC).

⁷³ Voir l'historique dans : J.R. ROBERTSON, préc., note 32, p. 6-10.

personnelle à ses lois et aux valeurs que ces dernières représentent :

« La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. [...] De plus, l'argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique est inacceptable. Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte* [nos soulignements] »⁷⁴.

De plus, les tribunaux s'assurent que les règles électorales n'ont pas pour effet de renforcer les capacités de participation aux structures démocratiques de certains citoyens. L'éligibilité électorale fut interprétée comme un droit « de se porter candidat dans de mêmes conditions » afin de bénéficier d'une « égalité de départ » par la Cour supérieure du Québec lorsqu'elle invalida des dispositions de la *Loi électorale* québécoise qui accordaient des avantages financiers aux partis politiques ayant obtenu un plus fort appui lors des élections précédentes⁷⁵. Les juges de la Cour suprême du Canada sont aussi intervenus unanimement pour condamner des articles de la *Loi électorale du Canada* qui établissaient des distinctions avantageuses envers les partis politiques enregistrés, tout en ne permettant l'enregistrement qu'aux partis présentant au moins 50 candidats lors d'une élection⁷⁶. L'un des arguments appuyant cette conclusion fut qu'une distinction désavantageant les « partis marginaux ou régionaux » et avantageant les grands partis nationaux ne respecte pas le principe de discussion démocratique large alimentée par une variété d'opinions sur lequel reposent les droits démocratiques de l'art. 3 de la Charte canadienne ; même l'objectif de favoriser l'élection de gouvernements majoritaires (en rapportant les efforts de coalition au niveau des partis politiques plutôt que dans l'enceinte du Parlement) ne fut pas considéré par la majorité des juges d'une importance aussi grande que le principe de pluralité⁷⁷.

⁷⁴ *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, p. 522.

⁷⁵ *Hébert c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 267, interprétant la *Loi électorale*, L.R.Q. c. E-3.3. On peut dire que l'éligibilité électorale implique une « égalisation obligée des règles du jeu électoral » : Guy TREMBLAY, « L'évolution du rôle de député à l'Assemblée nationale », (2004) Printemps *Revue parlementaire canadienne* 20, 23, en ligne : <http://www.revparl.ca/27/1/27n1_04f_Tremblay.pdf> (site consulté le 5 mai 2015).

⁷⁶ *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, interprétant la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, c. E-2, abrogée et remplacée par : *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9.

⁷⁷ *Id.*, par. 180-3. Bien que d'accords sur le résultat, les juges Gonthier, LeBel et Deschamps rejettent cet argument retenu par la majorité et se montrent ouverts à la possibilité de mesures favorisant des partis politiques gagnant un

Il nous apparaît que les restrictions à la participation aux structures politiques jugées acceptables sont celles minimales et nécessaires au fonctionnement même du système démocratique : les individus doivent être à même de participer au débat rationnel, une certaine structure organisationnelle s'impose et le respect de ses règles peut justifier une atteinte, mais temporaire. L'exclusion de la communauté démocratique de ceux qui n'adhèrent pas à ses principes fut cependant rejetée vigoureusement par la Cour suprême, tout comme l'établissement de règles électorales invisibilisant des positions minoritaires. Les principes de neutralité et de pluralisme en matière politique jouissent d'une forte réception lors de l'interprétation des droits démocratiques. Même sans l'interdit de discrimination sur la base des convictions politiques, les droits politiques contiennent en eux-mêmes un principe d'égalité politique qui s'oppose à une variation de ces droits sur la base des opinions politiques des individus. L'approche privilégiée dans notre droit s'éloigne de la doctrine de la démocratie militante : il ne nous semble pas concevable au regard des principes jurisprudentiels présentés que le droit de vote ou l'éligibilité soit retiré à un individu parce que les positions qu'il promeut sont incompatibles avec les principes démocratiques. C'est en assurant une structure étatique et des actes gouvernementaux qui ne minent pas l'inclusion et le pluralisme que les chartes fortifient l'assise du régime démocratique libéral : les projets politiques incompatibles avec ces principes ne pourront y être mis en œuvre. Selon cette logique, des interdictions ou restrictions peuvent difficilement viser les droits politiques des individus. Le bannissement d'un parti politique (une option promue dans la doctrine de la démocratie militante) ne nous semble pas plus conforme aux principes juridiques de notre pays puisqu'on y reconnaît la proximité du droit d'association et des droits démocratiques : la protection du premier est nécessaire à l'exercice des deuxièmes dans un régime politique fondé sur la lutte pour le pouvoir entre des partis politiques⁷⁸. Les

plus fort appui populaire au nom de l'agrégation de la volonté politique qui faciliterait le fonctionnement des institutions démocratiques. Mais les mesures de l'espèce vont trop loin en ce sens puisqu'elles affectent de façon trop importante la capacité de participation individuelle au processus électoral. L'analyse sous l'angle des droits démocratiques vient ici clore un débat sur le financement public des partis politiques engagé depuis l'adoption de la Charte canadienne, mais d'abord formulé comme une atteinte aux libertés d'opinion et d'expression dans l'affaire *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357. La CSC avait alors statué que le financement public ne constitue pas une atteinte à la liberté d'expression, car elle ne la limite pas, contribuant au contraire à plus d'information et de discussion publiques ; l'égalité ou la neutralité n'avaient cependant pas été examinées.

⁷⁸ *Id.*, par. 40 : « les partis politiques sont beaucoup plus à même que tout citoyen de participer au débat public auquel donne lieu le processus électoral. En agissant comme représentant, au nom de leurs membres et de leurs partisans,

solutions juridiques québécoises et canadiennes face à des propositions politiques incompatibles avec la démocratie libérale ne sont pas aussi drastiques que l'exclusion d'un parti politique du processus électoral et passeront plutôt par l'établissement de limites strictement définies à la liberté d'expression comme nous allons maintenant le voir.

3.2. La liberté d'expression : un lieu de conciliation entre principes fondamentaux

Dans le célèbre arrêt *Irwin Toy*⁷⁹, la Cour suprême du Canada pose les bases de la méthode d'analyse applicable lors de l'allégation d'une atteinte à la liberté d'expression sous les chartes canadienne et québécoise. La première étape de cette analyse est de s'assurer que l'activité alléguée est incluse dans la « sphère de protection » de cette garantie. Une fois arrivé à la conclusion qu'une activité en fait partie, encore faut-il vérifier en deuxième étape de l'analyse, si l'acte étatique a effectivement eu pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression. Nous verrons d'abord quels sont les effets de cette méthode sur l'expression politique quant à la protection des types de messages (3.2.1.), de formes d'expression (3.2.2.) et de lieux (3.2.3.). Par ailleurs, comme toute liberté fondamentale, celle d'expression n'est pas absolue et une action étatique attentatoire pourra être admise selon le test de *Oakes*⁸⁰. Nous examinerons ici deux limites reconnues par les tribunaux en ce qui a trait à l'expression politique en particulier : l'obligation de neutralité politique des fonctionnaires (3.2.4.) et la protection contre la diffamation en droit civil (3.2.5.)⁸¹. Nous nous demanderons en vertu de quels principes l'État peut légalement intervenir d'une façon attentatoire à la liberté d'expression de certains? Selon quelles justifications? Afin de protéger quoi ou qui? Plusieurs barrières légales à l'expression politique auraient pu être examinées, mais puisque nous nous intéressons aux rationalités juridiques, nous circonscrivons notre présente analyse aux cas où la liberté d'expression sur des questions politiques fut positivement abordée dans le raisonnement judiciaire.

les partis politiques servent de véhicules permettant à chaque citoyen de participer à la vie politique du pays ».

⁷⁹ *Irwin Toy Ltd.*, préc., note 51.

⁸⁰ *Supra*, 2.

⁸¹ À des fins de concision et pour éviter des redondances, nous ne traiterons pas de la protection criminelle contre le libelle diffamatoire prévue au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 298-317, bien qu'elle fut appliquée au moins en une occasion en contexte politique contre des manifestants : *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439. Le *Code criminel* comprend plusieurs moyens de défense contre l'accusation de libelle diffamatoire qui permettent de protéger le débat démocratique. Ainsi, il présente une logique similaire à la protection de l'intérêt public en matière de diffamation civile que nous aborderons en détail.

3.2.1. Une protection de toutes les activités expressives, peu importe le message

La sphère de protection de la liberté d'expression est un concept large puisque toute activité qui possède un « contenu expressif », qui tente de « transmettre un message » y est *a priori* incluse, peu importe la teneur. Élément intéressant pour nos fins, un exemple de la Cour illustre comment l'intention de dénonciation politique peut distinguer les activités expressives d'activités quotidiennes porteuses d'aucune signification :

« Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b) [nos soulignements] »⁸².

En présence d'une activité expressive, il y aura atteinte à la liberté d'expression si :

« l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression. [nos soulignements] »⁸³.

La liberté d'expression est donc un interdit posé à l'État qui prohibe les actes de censure. Le Législateur peut cependant agir pour encadrer les conséquences matérielles d'activités liées à l'expression. La Cour fournit un exemple éclairant quant à cette distinction :

« une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est "liée au contenu", même si cette restriction a pour but de préserver la propriété d'un

⁸² *Irwin Toy Ltd.*, préc., note 51., p. 967-968.

⁸³ *Id.*, p. 974.

lieu public. La règle vise à contrôler l'accès à un message transmis ainsi qu'à contrôler la possibilité pour l'auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d'expression, c'est-à-dire la distribution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n'est pas une restriction "liée au contenu". Elle vise à régir les conséquences matérielles d'une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que "mode d'expression", ne revient pas toujours à restreindre un contenu. »⁸⁴

Les tribunaux ont rappelé à maintes occasions que tous les contenus sont égaux à l'égard de l'interdit de censure, même lorsque minoritaires ou impopulaires⁸⁵. Nous pouvons donc dire que la liberté d'expression comporte en elle-même un principe d'égalité politique : tout message politique entre *a priori* dans sa sphère de protection.

3.2.2. Une protection de toutes les formes d'expression, à l'exclusion de la violence

Une fois atteinte la conclusion de la présence d'une activité expressive, l'analyse pour statuer si cette dernière fait partie de la sphère des activités protégées n'est pas terminée. Dans la décision précitée, la Cour suprême mentionne rapidement un deuxième aspect de l'expression, à savoir que « [l]e contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes d'expression : par exemple, l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes »⁸⁶, mais que la forme violente est exclue de la sphère de la garantie⁸⁷. Ce raisonnement ne sera explicité que des années plus tard alors qu'elle établit la grille d'analyse applicable, laquelle pose les trois valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression en critères servant à déterminer les contours de cette garantie :

« L'activité expressive ne devrait être exclue du champ de protection de l'al. 2b) que si le lieu ou le mode d'expression en cause minent les valeurs sous-jacentes à cette garantie. L'expression violente, exclue du champ de protection de l'al. 2b) à cause du mode d'expression choisi, offre une analogie utile. L'expression violente peut constituer un moyen d'expression politique et servir à favoriser l'épanouissement personnel de son auteur. Toutefois, elle n'est pas protégée par l'al. 2b) [de la Charte canadienne] parce que la violence mine les valeurs que l'al. 2b) vise à protéger. La violence nuit au dialogue [démocratique] plutôt que de l'encourager. La violence

⁸⁴ *Id.*, p. 974-5.

⁸⁵ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 753 ; *Keegstra*, préc., note 48, p. 828 ; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 488.

⁸⁶ *Irwin Toy Ltd.*, préc., note 51, p. 969-70. La forme de l'expression peut aussi être désignée par le « mode » d'expression et le « contenant » de l'expression (en opposition à son « contenu », ie son message).

⁸⁷ *Id.* La CSC s'appuie sur une mention tout aussi brève de l'arrêt *Dolphin Delivery*, préc., note 45, par. 20.

nuit à l'épanouissement personnel de la victime plutôt que de le favoriser. Et la violence fait obstacle à la recherche de la vérité plutôt que de la faciliter. »⁸⁸

L'incompatibilité de sa forme (ou du lieu choisi) avec les valeurs au cœur de cette liberté peut entraîner une exclusion hors de la sphère de la liberté d'expression, mais il n'est pas question d'exclure un message de la sphère de la garantie sur la base de son incompatibilité — il s'agit de l'objectif de la distinction entre le message et la forme de l'expression⁸⁹.

Seule la violence fut à ce jour rejetée de la sphère de protection. La Cour suprême nous indique dans un jugement fort divisé qu'il faut entendre par *violence* une « expression manifestée directement par un préjudice corporel »⁹⁰, un « message transmis directement par la violence physique »⁹¹. Une dissidence de trois juges sur un banc de sept endosse une définition plus large comprenant les dommages portés à des biens⁹². Le jugement majoritaire nous apparaît plus sensé puisqu'il est difficile de justifier l'exclusion de la sphère de protection de tout geste pouvant apparaître comme une « violence » envers des objets, plusieurs peuvent être anodins et tout à fait sans danger. Plusieurs gestes de contestation politique fournissent des exemples en ce sens : brûler symboliquement un drapeau de façon contrôlée et sécuritaire, frapper une *piñata* ou déchirer un document gouvernemental représentant une décision critiquée... La probabilité de conséquences dramatiques sur la vie ou la sécurité humaine devrait à notre avis s'imposer comme critère distinguant les gestes à exclure sous l'exception de la violence des gestes *a priori* protéger. Des gestes relevant de la liberté d'expression politique peuvent tout de même être criminalisés dans un deuxième temps comme limitation justifiée en vertu de l'article premier de la Charte canadienne – par exemple, la protection de la propriété privée ou publique justifie probablement la criminalisation du recours au vandalisme même lorsqu'utilisé à des fins de contestation politique. Des considérations similaires sont au cœur des développements jurisprudentiels inconstants (et peut-être inachevés) sur l'exclusion de la *menace* de violence⁹³.

⁸⁸ *Ville de Montréal c. 2952-1366 Québec inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 72. Sur les 3 valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression : *Ford*, préc., note 49, p. 765-7 et *Irwin Toy Ltd.*, préc., note 51, p. 970.

⁸⁹ La CSC insiste particulièrement sur cette distinction dans : *Keegstra*, préc., note 48.

⁹⁰ *Id.*, p. 732.

⁹¹ *Id.* ; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 915.

⁹² *Id.*, p. 830 : « l'usage de la force physique de manière à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens [...] une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui ».

⁹³ *Keegstra*, préc., note 48 (la propagande haineuse, même assimilée à une menace de violence, est un message et

En effet, même en reconnaissant son inclusion, l'État pourra agir à son encontre de différentes façons qui se qualifieront probablement comme limites justifiées dans une société libre et démocratique. Selon un tel raisonnement, fut d'ailleurs rejetée la possibilité d'une quelconque protection d'« une forme d'expression violente ou terroriste ou contribuant à la violence ou au terrorisme »⁹⁴. Le refus d'une protection constitutionnelle du terrorisme vise évidemment les actes directement en lien avec la perpétration de violence⁹⁵, mais semble aussi s'élargir à des appuis indirects⁹⁶.

donc est incluse dans la sphère de protection, mais sa criminalisation est justifiée sous l'art. 1 de la Charte canadienne) ; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467 et *Taylor*, préc., note 91 (la propagande haineuse écrite est incluse, mais son interdiction est justifiée) ; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 107 (l'appartenance à une organisation terroriste — tout comme la menace de violence à laquelle elle peut être comparée — demeure probablement une expression incluse, mais de toute façon, raisonne la CSC, l'expulsion de migrants sur cette base est certainement justifiée). De façon surprenante dans *R. c. Khawaja*, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 70, la CSC énonce que la menace de violence est exclue de la sphère de la garantie en s'appuyant sur les arrêts *Dolphin Delivery*, préc., note 45, par. 20 (sans prendre en compte les interprétations subséquentes de cette décision précoce), *Suresh*, par. 107 (qui ne tranche pourtant pas le débat entre l'exclusion de la menace ou la justification sous l'article 1) et *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants*, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 28 (qui énonce au passage l'exclusion, sans examen et sans y fonder sa conclusion) ainsi qu'en renversant le raisonnement majoritaire dans *Keegstra*. Malheureusement, cette décision crée un certain flou quant à la distinction entre le message et la forme en laissant penser qu'un message incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression pourrait être exclu de la sphère de protection de la liberté d'expression. À notre avis, il est préférable de considérer qu'une menace de violence physique relève du contenu et est donc incluse dans la sphère de protection, mais que son interdiction est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Un cadre théorique établissant une distinction claire entre le message et la forme d'une expression est la meilleure garantie contre une interprétation de la liberté d'expression qui justifierait la censure d'un message sur la base de son incompatibilité avec les trois valeurs sous-tendant cette liberté ; un résultat qui irait à l'encontre de l'idée même de protection égale de tous les messages.

⁹⁴ *Suresh*, préc., note 93, par. 107 : « L'effet combiné de l'al. 2b) et de l'analyse de la justification au regard de l'article premier de la Charte laisse croire qu'une forme d'expression violente ou terroriste ou contribuant à la violence ou au terrorisme ne bénéficiera vraisemblablement pas de la protection des garanties prévues par la Charte ». Dans *Khawaja*, préc., note 93, la CSC préfère l'exclusion claire du terrorisme de la sphère de protection, mais en fondant son raisonnement sur une association du terrorisme à la menace de violence, ce qui cause les problèmes théoriques mentionnés : *supra*, note 93.

⁹⁵ Par exemple, l'affaire *Khawaja*, préc., note 93 traite de l'intention de causer une explosion sur l'ordre d'un groupe terroriste, de la possession d'une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger et de l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité en lien avec le terrorisme.

⁹⁶ Dans *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616, la Cour fédérale conclut que la collecte de fonds, le recrutement et l'organisation constituent des activités expressives protégées par la Constitution lorsqu'elles sont entreprises en faveur d'organisations non violentes, mais qu'elles perdent ce bénéfice lorsqu'elles encouragent et soutiennent le terrorisme (en l'espèce le renversement d'un gouvernement étranger). Allant encore plus loin dans *Suresh*, préc., note 93, la CSC décida qu'être membre d'une organisation étrangère apparaissant sur la liste étatique des organisations terroristes constitue un appui à un tel groupe, même en l'absence de preuves d'un appui personnel et direct à un acte de violence précis ; un appui de ce type est suffisant pour justifier l'expulsion d'un réfugié pour cause de danger pour la sécurité du Canada. En dehors du contexte de l'immigration, la liberté d'expression pourrait être plus étendue si l'on peut se fier au jugement dans *R. c. Namouh*, 2009 QCCQ 5833, par. 19 : « [l]a définition de l'expression *activité terroriste* à l'article 83.01 C.cr. de même que les dispositions créatrices d'infractions en matière de terrorisme ne permettent aucunement la condamnation de l'expression d'idées

La liberté de s'exprimer sur les enjeux politiques protège donc la contestation politique à l'exception du recours à des moyens violents. Cette limite permet que l'État crée des crimes qui peuvent être considérés des « crimes politiques » en ce sens qu'il s'agit d'interdits visant à empêcher des actes qui pourraient remettre en question l'existence même ou des éléments essentiels du fonctionnement du régime politique. Au Canada, on peut penser à plusieurs des infractions des parties II et II.1 du *Code criminel* comme celle de trahison qui s'oppose au renversement par la force ou la violence du gouvernement, celle d'intimidation par la violence du Parlement ou d'une législature, celles des infractions séditeuses qui prohibent la propagande sur l'usage de la force comme moyen de changement de gouvernement ou encore celle du terrorisme⁹⁷. Les infractions d'attroupement illégal et d'émeute relèvent d'une logique similaire : le droit de manifester est reconnu, mais ne s'étend pas au recours à la violence⁹⁸, une notion que les tribunaux ont habituellement interprétée restrictivement dans ce contexte en rejetant toute confusion avec un simple désordre⁹⁹. La démocratie libérale se fonde sur la foi en la libre discussion afin de prendre des décisions au sein de ses institutions et l'usage de la violence contre des personnes pour influencer celles-ci s'y oppose drastiquement. Ainsi, nous sommes une fois de plus en présence d'une limite à une liberté fondamentale légitimée par le régime politique : l'exclusion de la violence de la sphère de la garantie de libre expression vise la protection de l'existence de la démocratie. La conception libérale de la neutralité politique est

favorables au terrorisme ni même que le seul fait d'être membre d'un groupe terroriste ».

⁹⁷ *Code criminel*, préc., note 81, art. 46-83.33, et particulièrement 46(2), 51, 59 et 83.01.

⁹⁸ *Id.*, art. 63-69. La validité constitutionnelle de ces dispositions au regard des limites qu'elles posent aux libertés d'expression, de réunion pacifique et d'association fut questionnée dans les affaires : *R. c. Lecompte*, [1999] R.J.Q. 1462 (C.M.M.) ; *Lecompte c. R.*, [2000] n° AZ-50077938 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée : C.S. Can., 2001-03-01) et *Chiasson-Lebel c. R.*, [2000] R.J.Q. 597 (C.M.M.). Les dispositions furent interprétées et validées en tant qu'exclusion du recours à la violence des sphères de protection des libertés invoquées. Ceci étant dit, cet examen n'a pas épuisé d'autres critiques juridiques : Patrick FORGET, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Coll. Le droit aussi..., Montréal, Liber, 2005, p. 123-166.

⁹⁹ En statuant sur la légalité d'interventions policières ayant interrompu des manifestations au Québec, les tribunaux rappelèrent aux forces policières que leur pouvoir d'arrestation en vertu de l'interdit criminel d'attroupement illégal n'apparaît que lorsqu'il s'agit d'empêcher des actes de violence et non des actes de désordres isolés : *R. c. Aubin*, 2008 QCCS 4543. De même, leur pouvoir d'arrestation pour faire cesser une infraction réglementaire ne peut être exercé que dans une situation d'urgence qui requiert une intervention immédiate : *Kavanaght c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCS 4830, confirmé quant au fond : *Montréal (Ville de) c. Kavanaght*, 2013 QCCA 1985. Le contexte d'une manifestation difficile ne peut, à lui seul, justifier une arrestation : *Gasse c. Québec (Ville de)*, [2005] n° AZ-50343115 (C.Q.). La différence entre l'état du droit et l'utilisation faite du droit par les forces de l'ordre pose cependant des questions cruciales quant aux réelles possibilités d'exercice du droit de manifester : *infra*, Chapitre III, 2.2.2.

respectée puisque, d'une part, le détenteur du pouvoir est autorisé à créer des crimes pour préserver l'organisation politique et non pas un gouvernement ou un pouvoir en place particulier¹⁰⁰ et, d'autre part, l'usage de la violence fonde la légitimité des interdits alors que les motivations politiques demeurent insignifiantes. *A contrario*, le principe de neutralité politique de l'État interdit à ce dernier d'utiliser son pouvoir d'édiction, mais aussi d'application de normes pour faire taire une contestation politique pacifique qui le dérange¹⁰¹.

3.2.3. Une protection privilégiant l'expression dans les lieux publics

La liberté d'expression assure certaines conditions d'existence du débat démocratique, dont une protection de lieux où il peut se dérouler, selon une conception axée sur la sphère publique. Le test de l'inclusion dans la sphère de garantie de la liberté d'expression peut cependant en retrancher certains lieux dont l'État est propriétaire lorsque l'expression y minerait les valeurs sous-jacentes à la garantie¹⁰². Il s'agit essentiellement de déterminer si la reconnaissance de

¹⁰⁰ La démarcation pourra parfois apparaître floue, mais elle devient plus claire en se posant la question : est-ce que l'acte protège les institutions démocratiques ? Si oui, le principe de neutralité est respecté même si l'acte avantage les intérêts des détenteurs de pouvoir en place.

¹⁰¹ En droit canadien, l'importance de la distinction entre le militantisme et le recours à la violence envers des personnes à des fins politiques fut au cœur du débat sur l'adoption de la controversée définition ouverte du terrorisme dans le *Code criminel*, préc., note 81, al. 83.01(1)b). Préservant une définition selon laquelle un acte terroriste peut en être un qui « perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés », un amendement fut inséré suite aux critiques de l'opposition pour en exclure les actes « dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) », *ie* « (A) cause[r] des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l'usage de la violence ; (B) met[tre] en danger la vie d'une personne ; (C) compromet[tre] gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population ». En faisant des effets sur la santé et la sécurité des personnes un critère définitionnel du terrorisme, l'amendement tente de prévenir une utilisation politiquement biaisée de cette disposition. Bien que nous acquiesçons à l'opinion de la Professeure Lucie Lemonde que la solution est imparfaite puisqu'elle « atténue les aspects les plus inquiétants de cette définition, mais elle ne distingue pas vraiment entre les activités criminelles non-terroristes, la dissidence politique et le terrorisme », il s'agit tout de même d'une indication que le principe de neutralité politique bénéficie d'un certain ancrage dans notre tradition politico-juridique, voir : Lucie LEMONDE, « L'impact des mesures anti-terroristes sur les droits et libertés », dans *Table-ronde sur le 11 septembre : un an après*, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Montréal, 2002, en ligne : <<http://www.ceim.uqam.ca/pdf/11sept/LLemonde.pdf>>. Tout de même, la définition ouverte du terrorisme, en référant à des motivations politiques ou religieuses, interroge les frontières de ce principe. Pourquoi créer un crime en référence aux idées le motivant si c'est l'usage de la violence qui justifie la limite à la liberté d'expression ? Pourquoi créer une distinction légale entre l'explosion meurtrière motivée par des croyances politiques ou religieuses et celle fondée sur un autre dessin ? Bien que les motivations tant à droite qu'à gauche de l'échiquier politique peuvent être visées par la définition canadienne du terrorisme, elle s'intéresse à la présence de telles idées.

¹⁰² Le droit de propriété du gouvernement n'est pas suffisant pour justifier une atteinte à la liberté d'expression des citoyens : *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139. Le test applicable pour l'exclusion d'un lieu de la sphère de la garantie fut ensuite précisé dans : *Ville de Montréal*, préc., note 88, par. 73-77. Puisque la Charte canadienne ne crée des obligations que pour l'État, la question de la liberté d'expression sur

cette liberté dans un lieu public donné est compatible avec ses fonctions sans engendrer un tel effet. Un lieu dont les fonctions historiques comprennent l'expression publique sera facilement reconnu dans la sphère de la garantie¹⁰³, comme les parcs et des rues destinés à l'usage public qui constituent un exemple typique¹⁰⁴, les aéroports¹⁰⁵, les poteaux de services publics¹⁰⁶ et les autobus d'un service de transport public¹⁰⁷. Ces décisions confirment la protection sous la liberté d'expression de certaines stratégies militantes consacrées. Toutefois, la fonction réelle de certains lieux publics justifie leur exclusion : « de nombreuses fonctions de l'administration publique, des réunions du Cabinet au simple travail de bureau, nécessitent un certain isolement [... et y élargir le droit à la liberté d'expression] pourrait bien compromettre la démocratie et l'efficacité de la gouvernance »¹⁰⁸. Constatons encore une fois que des limites à une liberté fondamentale se justifient par les nécessités du fonctionnement de l'appareil étatique. L'état du droit à leur égard est résumé par le Professeur Forget selon une formulation très intéressante : « le gouvernement a le devoir d'accommoder les militants pacifiques de tout acabit lorsque la réalité manifestante est compatible avec la destination du lieu »¹⁰⁹.

les propriétés privées ne se pose sous son égide que si la limite à l'expression est imposée par un acte de l'État : *Id.*, par. 62.

¹⁰³ *Ville de Montréal*, préc., note 102, par. 75.

¹⁰⁴ *Id.*, notamment au par. 66 : la CSC statue que l'émission de bruit n'y est pas contraire à l'utilisation usuelle ; *Greater Vancouver*, préc., note 93 ; *Comité pour la République du Canada*, préc., note 102 ; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19.

¹⁰⁵ *Comité pour la République du Canada*, préc., note 102 : différentes analyses y sont exprimées, mais les juges concluent tous que la distribution de tracts et l'approche de clients pour discuter de questions politiques dans un aéroport emportent la protection de l'al. 2*b*) de la Charte canadienne.

¹⁰⁶ *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084 : sans trancher entre les différentes analyses proposées dans *Comité pour la République du Canada*, préc., note 102, la CSC conclut que chacune mène à la conclusion que l'affichage sur certaines propriétés publiques, dont les poteaux de service public, est protégé. À notre avis la protection reconnue à l'affichage sur des poteaux de services publics s'applique par analogie à celle sur toute installation publique tant qu'il n'y a pas d'effet démesuré sur ses fonctions premières. Une municipalité ne peut pas créer une interdiction totale d'affichage bien qu'elle puisse mettre en place plusieurs moyens pour encadrer l'utilisation de ce moyen d'expression dans l'espace public. Cette décision ne distingue pas clairement quels moyens seraient des restrictions justifiées ou non, ni quelle serait la période raisonnable pendant laquelle une affiche devrait être tolérée avant son retrait.

¹⁰⁷ *Greater Vancouver*, préc., note 93.

¹⁰⁸ *Ville de Montréal*, préc., note 88, par. 76. Également au paragraphe suivant, la Cour prévoit la possibilité de prise en compte d'autres facteurs : « Les changements sociaux et technologiques peuvent avoir une incidence sur les endroits où l'expression mérite d'être protégée eu égard aux valeurs qui sous-tendent cette garantie. Le critère proposé tient compte de cette éventualité en permettant que d'autres facteurs que celui de la fonction historique ou réelle soient pris en considération au besoin. »

¹⁰⁹ P. FORGET, préc., note 98, p. 72.

3.2.4. La criminalisation d'une activité n'équivaut pas à son exclusion de la sphère de protection

Un dernier mot quant à la sphère de protection s'impose afin d'écarter un raisonnement erroné : la criminalisation d'une expression n'est pas une exclusion de la sphère de la garantie par la forme. Le recours au droit d'une façon qui restreint l'expression relève d'un choix politique et, selon le principe de constitutionnalité des lois, cet acte étatique peut faire l'objet d'un examen judiciaire pour en déterminer la conformité avec les chartes des droits et libertés. Est juridiquement boiteux un raisonnement selon lequel :

« une certaine signification [...] "n'est pas une opinion, mais un crime" [car c]ette formule opère une distinction exclusive entre l'opinion, qui ne peut être un crime, et le crime, qui ne peut être une opinion. Ceci revient à considérer que le caractère délictueux d'un comportement lui est intrinsèque, qu'il relève de sa nature et non d'une décision du législateur pénal »¹¹⁰.

Dans les premiers jugements sur l'exclusion de formes d'expression de la sphère de protection de la liberté d'expression, certaines formulations pouvaient laisser croire que le critère était la criminalisation plutôt, ou en plus, de la violence¹¹¹. Le développement jurisprudentiel subséquent évacue sans l'ombre d'un doute cette possibilité¹¹².

Nous croyons qu'il faut comprendre de la même manière la reconnaissance par la Cour suprême du « modèle de l'acte fautif [...] pour déterminer la légalité du discours politique » dans l'arrêt *Pepsi-Cola*¹¹³. Dans cette affaire, la Cour reconnaît le piquetage secondaire en tant qu'une forme d'expression légale qui peut cependant être restreinte par des règles de droit : le piquetage devient illégal lorsqu'il se confond avec une conduite criminelle (*ie* essentiellement un piquetage fondé sur l'usage de la violence) ou délictuelle (*ie* des fautes civiles comme l'incitation à la rupture de contrat, l'intrusion, l'intimidation et la nuisance, selon les exemples de la CSC elle-même). La Cour n'oppose pas en tant que catégories distinctes expression et infraction. Elle émet plutôt l'avis que dans le contexte du piquetage, les infractions mentionnées

¹¹⁰ Thomas HOCHMANN, « Qu'est-ce qu'un "délit d'opinion" ? », (2012) 53-4 *C. de D.*, 793, 798-9.

¹¹¹ *Dolphin Delivery*, préc., note 45, par. 20 ; *Irwin Toy*, préc., note 51, p. 970.

¹¹² *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1182 et 1185 (j. Lamer, motifs concordants) : « le simple fait que le Parlement ait décidé de criminaliser une activité donnée n'exclut pas cette activité du champ de l'al. 2b) de la Charte [...] I] se peut qu'un certain nombre d'infractions prévues au *Code criminel* qui visent à restreindre le contenu ou la forme d'expression aient à franchir l'étape de l'analyse en vertu de l'article premier ».

¹¹³ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156.

apparaissent des limites justifiées à cette forme d'expression, mais rien dans ce jugement n'écarte un examen judiciaire futur pour déterminer si une disposition légale précise est une atteinte injustifiée à la liberté d'expression d'un piqueteur ou du syndicat l'organisant¹¹⁴. La décision étatique de rendre illégale une activité ayant un caractère expressif n'équivaut pas à son exclusion de la sphère de la garantie de la liberté d'expression ; des règles de droit peuvent limiter les droits fondamentaux, mais seulement dans la mesure permise par la Charte¹¹⁵.

3.2.5. La neutralité politique des fonctionnaires étatiques

La question des limites acceptables à l'expression politique fut le plus directement examinée par les tribunaux canadiens dans le cas particulier des fonctionnaires de l'État. L'existence d'une convention constitutionnelle de neutralité politique de la fonction publique fut formellement reconnue par la Cour suprême du Canada¹¹⁶. Elle impose un devoir d'impartialité aux fonctionnaires, ce qui réfère d'abord à une prestation de services neutre envers la population afin d'assurer la confiance de celle-ci dans l'équité de l'appareil d'État¹¹⁷. C'est le respect de l'égalité des citoyens qui justifie ici le devoir du fonctionnaire. Jumelée à l'idée d'efficacité, l'impartialité renvoie également à un devoir de loyauté envers l'employeur : les fonctionnaires doivent mettre de côté leurs propres opinions lors de leur prestation de travail et servir avec la même rigueur les députés et ministres de toutes allégeances politiques qui se succèdent à la barre de l'État¹¹⁸. On veut assurer la stabilité d'emploi de ressources humaines compétentes qui

¹¹⁴ D'ailleurs, la *Personal Information Protection Act* fut déclarée inconstitutionnelle pour atteinte injustifiée à la liberté d'expression d'un syndicat, car elle l'empêchait de prendre et de publier sur un site Web des photos des personnes franchissant la ligne de piquetage qu'il organisait : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733.

¹¹⁵ *Id.*, par. 64.

¹¹⁶ *Procureur général de l'Ontario c. S.E.F.P.O.*, [1987] 2 R.C.S. 2 et *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 ; les décisions judiciaires fondées sur les idées de neutralité, d'impartialité, d'efficacité et de loyauté préexistent cependant cette reconnaissance d'une convention constitutionnelle, voir par exemple : *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455. Par ailleurs, l'obligation de neutralité politique pouvait être présente dans des sources législatives comme la *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 10, datant de 1983 et toujours en vigueur.

¹¹⁷ *S.E.F.P.O.*, préc., note 116, par. 97 et 99 et *Osborne*, préc., note 116, p. 108-9.

¹¹⁸ *Fraser*, préc., note 116, p. 471 et *S.E.F.P.O.*, préc., note 116, par. 97-9. Le gouvernement est habituellement le bénéficiaire de l'obligation de neutralité, mais il est possible de se demander si certaines fonctions publiques n'exigent pas plutôt un service envers l'ordre constitutionnel. C'est l'une des questions qui sera au cœur d'une cause intentée par un ancien fonctionnaire du Ministère de la Justice du Canada. Ses tâches étant d'examen et de conseil quant à la conformité de nouvelles législations à la Charte canadienne, il affirme que son employeur n'était pas en droit de lui exiger de développer des argumentaires progouvernementaux en faveur de cette conformité plutôt qu'une analyse objective : Sean FINE, «Lawyer's lawsuit highlights Ottawa's court clashes over Charter

exécutent fidèlement les choix gouvernementaux, sans tenter de leur nuire ou d'avantager un parti politique d'opposition. Le fonctionnement du régime démocratique libéral agit cette fois comme justification.

Finalement, les fonctionnaires doivent faire preuve d'une certaine retenue dans différentes manifestations publiques de leurs convictions politiques. Des restrictions à leur participation au processus électoral sont justifiées, mais elles doivent viser uniquement les fonctionnaires exerçant un pouvoir discrétionnaire susceptible d'être influencé par des considérations d'ordre politique¹¹⁹. La neutralité politique des fonctionnaires pose également des contraintes à leur possibilité de critiquer publiquement le gouvernement en place¹²⁰, un « devoir de réserve »¹²¹. Cette obligation n'en est pas une positive en ce sens qu'elle ne va pas jusqu'à contraindre l'endossement public des politiques du gouvernement, elle pose plutôt négativement des limites à l'expression publique¹²². On peut y associer l'encadrement législatif très strict en ce qui concerne la divulgation et la discussion publiques d'informations auxquelles le fonctionnaire a eu un accès privilégié en raison de sa charge¹²³. La Cour suprême va cependant plus loin, bien qu'il n'y ait pas d'interdit total de participation au débat public et que « le degré de modération

rights», (20 septembre 2015) *The Globe and Mail*, en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/lawyers-lawsuit-highlights-ottawas-court-clashes-over-charter-rights/article26449862/>> (site consulté le 22 septembre 2015).

¹¹⁹ Osborne, préc., note 116, voir notamment l'opinion du J. Sopinka à la p. 99 selon laquelle le devoir de neutralité vise de prime abord des fonctions de conseil en matière politique ou encore l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en matière administrative. Il peut aussi y avoir des emplois de nature technique ou industrielle au sein de l'État dont l'exécution n'est pas du tout susceptible d'être influencée par des considérations politiques. Dans ces cas, une quelconque limite à la participation électorale serait difficilement justifiable. Ce principe de variation de l'obligation de neutralité fut suivi récemment sans altération dans : *Québec (Directeur général des élections) (DGEQ) c. Harvey*, 2014 QCCS 3331. Avant que ne le confirme la Cour suprême dans Osborne, quelques tribunaux inférieurs avaient déjà statué qu'une interdiction totale de se présenter à une élection ou de travailler pour un candidat ou un parti politique ne constituait pas une atteinte minimale à la liberté d'expression politique des fonctionnaires : *Fraser and Attorney-General Nova Scotia (Re)*, (1987) 30 DLR (4th) 340 (C.S. N.-É.) et *Tremblay c. Commission de la Fonction publique du Québec*, [1990] R.J.Q. 1386 (C.S.). Voir aussi l'application aux membres de la GRC dans : *Delisle c. Canada (Procureure générale)*, [1998] R.J.Q. 2751. Notons par ailleurs que les droits politiques et le droit d'association furent aussi invoqués dans ces causes, mais nous nous concentrons ici sur la liberté d'expression, car c'est l'angle d'analyse que retiendra finalement la Cour suprême dans Osborne.

¹²⁰ Fraser, préc., note 116, p. 466.

¹²¹ Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaider pour un espace critique accru », (2005) 46 C. de D. 847, 866 et suiv. ; *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 11.

¹²² Fraser, préc., note 116, p. 470.

¹²³ Voir l'analyse de C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 121, p. 867-9, ainsi que : *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 54 ; *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 6 ; *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*, (2002) 25 G.O. II, 3603, [c. F-3.1.1, r. 3], art. 8.

dont on doit faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire »¹²⁴, la retenue dont il doit faire preuve concerne non seulement son aptitude à exercer ses tâches, mais également la façon dont le public perçoit son aptitude à l'emploi ; en conséquence, « un fonctionnaire ne doit pas [...] attaquer de manière soutenue et très visible des politiques importantes du gouvernement » même si ces dernières ne concernent pas ses fonctions¹²⁵. Par ailleurs, dans le cas d'accomplissement d'actes illégaux ou mettant en danger la vie, la santé ou la sécurité des fonctionnaires ou d'autres personnes¹²⁶, ou encore lorsque des questions d'intérêt public sont en jeu¹²⁷, l'intérêt à faire connaître les pratiques gouvernementales l'emporte sur le devoir de loyauté. Remarquons que les restrictions en cause respectent l'essence de la protection de l'égalité politique formelle puisqu'elles ne visent pas des individus ou des groupes sur la base de leurs idées, mais bien de leurs fonctions dans le régime démocratique.

3.2.6. La protection civile contre l'atteinte à la réputation, à la dignité ou à la vie privée

Le principe de la responsabilité extracontractuelle pour diffamation fut jugé une limite raisonnable à la liberté d'expression en vertu de la protection de la réputation des individus qui découle de leur dignité inhérente ; la dignité se voit accorder une certaine valeur par la Cour suprême puisque ce concept sous-tend tous les droits de la Charte canadienne bien qu'il en soit formellement absent¹²⁸. Au Québec, le recours approprié est donc l'article 1457 du *Code civil du Québec*¹²⁹, lu en relation avec ses articles 3 et 35 qui, eux, reconnaissent un droit à la réputation et à la vie privée, en plus des droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée prévus à la Charte québécoise. Une atteinte discriminatoire à ces droits peut également

¹²⁴ Fraser, préc., note 116, p. 466.

¹²⁵ *Id.*, p. 466-70. Trois raisons s'opposent à un interdit total selon ce passage : le droit constitutionnel de participation démocratique de tout citoyen, le nombre trop important d'employés de l'État qui serait visé et le simple bon sens quant à la limitation de droits nécessaire pour atteindre l'objectif de neutralité politique.

¹²⁶ Fraser, préc., note 116, p. 470.

¹²⁷ C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 121, p. 870-1. Il faut dire que l'intérêt public est également le critère qui autorise un employé en entreprise privée à dénoncer son employeur, voir : *Id.*, p. 855-62.

¹²⁸ Hill c. Église de Scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130.

¹²⁹ L.Q. 1991 c. 64. Voir aussi son art. 2929 qui impose une prescription d'un an de la connaissance de l'atteinte à la réputation. Notons que bien que la doctrine fasse une distinction entre le droit à l'honneur (l'appréciation subjective qu'une personne a d'elle-même) et le droit à la réputation (l'appréciation objective par les autres de la valeur d'une personne), les tribunaux traitent habituellement les atteintes à ces droits dans un même cadre d'analyse qui est celui de la diffamation : Sylvain BOURASSA, «Les droits de la personnalité», dans Collection de droit 2017-18, École du Barreau, vol. n° 3, *Personnes et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 47, aux pages 66-7.

être invoquée en vertu de la Charte québécoise¹³⁰. Les principes en matière de diffamation civile effectuent un équilibre entre droits fondamentaux se faisant concurrence puisque le préjudice de diffamation est constitué par l'atteinte à la réputation, mais son existence ne sera pas suffisante pour conclure à la responsabilité de son auteur : encore faut-il que ce dernier ait commis une faute, laquelle s'apprécie à la lumière de sa liberté d'expression¹³¹. Cette analyse se fonde sur, d'une part, « l'activité de l'agent au moment où le préjudice a été causé et les conditions dans lesquelles elle s'exerçait [et, d'autre part,] l'intérêt du public à l'égard des informations en cause »¹³². En vertu du premier élément, toute personne doit faire preuve d'une certaine précaution avant d'énoncer des faits qui pourraient porter atteinte à la réputation d'une autre, mais le niveau de vérifications préalables est plus élevé chez les professionnels de l'information¹³³. De même, un individu qui possède une certaine expertise doit en faire une présentation honnête, mais cela ne limite pas son droit de critique dans le cadre d'une controverse publique¹³⁴. Précisons qu'il n'est pas question d'imposer un critère de vérité, car, bien que la fausseté puisse être une indication de faute, le droit civil québécois permet de rapporter les informations disponibles sur une question même si elles sont incomplètes ainsi que de les commenter en tirant des conclusions de faits honnêtes, mais qui peuvent se révéler erronées par la suite¹³⁵. Le critère de l'activité est également favorable à la protection de l'expression des émetteurs qui exercent une fonction démocratique¹³⁶. L'analyse de l'activité de

¹³⁰ Charte québécoise, préc., note 22, art. 4 ou 5, invoqué conjointement à l'art. 10.

¹³¹ Sur la distinction entre faute et préjudice : Pierre TRUDEL, « Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la participation aux débats démocratiques nous conduit en cour », (1998) *Bulletin de droit municipal*, en ligne: <<http://pierretudel.chairelrwilson.ca/cours/drt3805g/diffamationdebatspublics.html>>. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 24 ; *Gill c. Chélin*, 2015 QCCA 1280 par. 40-6.

¹³² P. TRUDEL, préc., note 132.

¹³³ Sur le critère du journaliste raisonnable voir *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec* [2004] 3 R.C.S. 95, par. 61-62. Les journalistes n'ont cependant pas d'obligations différentes de celles du simple citoyen lorsqu'ils expriment leur opinion dans le cadre d'une chronique puisque la décision *Genex communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, intègre en droit civil la distinction entre le travail journalistique auquel s'applique des normes professionnelles et le commentaire qui n'y est pas soumis bien qu'un média similaire soit utilisé. Elle fut développée par la Cour suprême en contexte de *common law* dans *WIC Radio inc. c. Simpson*, 2 R.C.S. 420. Voir : *Proulx c. Martineau*, 2015 QCCA 472, par. 27 à 29.

¹³⁴ Voir par exemple : *Gill*, préc., note 132.

¹³⁵ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 et *Prud'homme, c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 36-7.

¹³⁶ Dans *Prud'homme*, préc., note 155, par. 49 et suiv., la Cour suprême émet l'avis que le caractère contextuel de l'évaluation de la faute saura assurer une protection équivalente en droit civil à la défense de *common law* d'immunité relative des élus municipaux. Celle-ci fut d'abord pensée comme une protection particulière de la liberté de parole de ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions, mais elle fut étendue par les développements

l'agent suppose également de replacer les propos litigieux dans leur contexte de diffusion. Pour le Professeur Trudel, une attention au contexte social permet de distinguer l'intention de nuire de la participation légitime à un débat public, ce qui mène par exemple à excuser la dureté de propos lorsqu'un important conflit social a exacerbé les tensions entre les parties¹³⁷. Le contexte paradigmatique en matière de diffamation est certainement ce que la Cour d'appel désigne par le « jeu de la politique » dans *Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette*¹³⁸, un contexte qui commande la retenue judiciaire :

« Certains politiciens et commentateurs politiques ne font pas dans la dentelle, c'est un constat incontournable. [Mais] les tribunaux ne sont pas arbitres en matière de courtoisie, de politesse et de bon goût. En conséquence, il n'est pas souhaitable que les juges appliquent le standard de leurs propres goûts pour bâillonner les commentateurs puisque ce serait là marquer la fin de la critique dans notre société. »¹³⁹

Le critère de l'intérêt public a un objectif similaire de protection de l'expression, mais dans une sphère plus large que les strictes institutions étatiques.

Difficile à circonscrire, l'intérêt public est un concept qui permet d'établir un équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la réputation et dont la définition doit être évolutive pour s'adapter aux mentalités de l'époque dans laquelle on se situe¹⁴⁰. Si la trame factuelle de certaines affaires focalise sur les questions relevant de l'État¹⁴¹, la Cour suprême indiqua

jurisprudentiels subséquents à toute personne « qui communique des renseignements [et qui] a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les transmettre à une autre personne qui a un intérêt réciproque à les recevoir ». Le critère de l'activité rejoint alors celui de l'intérêt public.

¹³⁷ P. TRUDEL, préc., note 132.

¹³⁸ [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.), par. 30 (ci-après *SSJBM*), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée : C.S. Can., 2003-06-12.

¹³⁹ *Id.*, par. 27.

¹⁴⁰ P. TRUDEL, préc., note 132 ; *Bou Malhab*, préc., note 132, par. 19 où la j. Deschamps commente l'évolution du droit de la diffamation en faveur d'un point d'équilibre plus favorable à la liberté d'expression qu'à la réputation en présence d'un intérêt public.

¹⁴¹ Dans *Prud'homme*, préc., note 135, la Cour suprême considère d'intérêt public les critiques formulées par un élu municipal à l'encontre des stratégies judiciaires préconisées par ses collègues, mais aussi contre des agissements d'entrepreneurs agricoles qui auraient abusivement favorisé leurs intérêts aux dépens de ceux de la collectivité. Avec l'affaire *Blanchette c. Bury*, [2001] R.R.A. 904, c'est plutôt un chroniqueur qui se voit reconnaître le droit de rapporter et de reprocher les agissements de M^e Blanchette alors qu'il agit en tant que représentant du Parti québécois dans un bureau de scrutin. Fut également jugée d'intérêt public la controversée lettre de la Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal qui qualifiait de « traîtres » les députés québécois au Parlement canadien ayant voté en faveur du rapatriement de la Constitution, car il s'agissait d'une contribution au débat sur la relation du Québec au Canada : *SSJBM*, préc., note 138. Dans *Chenail c. Lavigne*, 2011 QCCA 862, par. 23, 28 et 30, la Cour d'appel énonce l'importance de prendre en compte le contexte politique lorsque la diffamation alléguée concerne des

clairement que l'intérêt public se situe au-delà des seules affaires concernant des élus ou de partis politiques en adoptant une vision selon laquelle la vitalité démocratique ne peut pas reposer sur les seules instances étatiques :

« L'intérêt public n'est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques [...]. Il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public » [...]. Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. L'intérêt démocratique pour que se tiennent des débats publics sur une gamme de sujets de cette ampleur doit se traduire dans la jurisprudence »¹⁴².

L'intérêt public ne se limite pas non plus aux seuls enjeux majoritaires puisqu'il inclut également l'intérêt d'un groupe, même restreint, à recevoir une information¹⁴³. De même, des « gestes posés en société » diminuent les attentes légitimes en matière de vie privée et se qualifient plus facilement comme sujet d'intérêt public¹⁴⁴. Un sujet relevant traditionnellement de la sphère privée comme la religion peut également être publiquement discuté et critiqué¹⁴⁵. *A contrario*, ne seront pas d'intérêt public des informations personnelles, même concernant un personnage public, qui n'ont rien à voir avec ses capacités à exercer une charge publique ou plus

attaques entre élus puisqu'il existe un droit de critiquer des adversaires politiques et un droit de soulever un possible conflit d'intérêts chez un politicien, deux éléments d'intérêt public. L'intérêt d'un débat public libre exige des personnages publics une certaine acceptation d'être la cible de critiques, mais aussi de moqueries. Par exemple, dans *Arthur c. Gravel* [1991] R.J.Q. 2123 (C.A.Q.), l'animateur de radio André Arthur avait traité le député Gravel de « moppologiste ». Le juge Baudouin, dissident, aurait condamné l'animateur, car il considérerait que le terme constituait une injure référant aux origines sociales du député auparavant concierge et sans aucun lien avec ses fonctions publiques. Les juges majoritaires considérèrent quant à eux que l'utilisation du terme était liée à la charge du député puisqu'il servait à souligner son manque d'habileté dans la conduite d'un de ses dossiers. Bien que l'appréciation des faits diverge, le droit demeure le même : les politiciens peuvent faire l'objet de moqueries en lien avec leur fonction publique.

¹⁴² *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 106. Y est défini l'intérêt public dans le contexte de la création de la nouvelle défense de *common law* de communication responsable, mais la Cour réfère explicitement à la définition de la notion dans la défense plus ancienne du commentaire loyal (par. 103-5), ce qui nous permet de présenter une définition unifiée valide autant dans le contexte de l'énonciation de faits (à laquelle s'applique la communication responsable) que l'expression d'opinions (telle que protégée depuis plus longtemps par le commentaire loyal).

¹⁴³ *Id.*, par. 102. De même, la situation financière d'une station de radio privée et de son directeur-gérant également actionnaire minoritaire peut faire l'objet d'un reportage puisqu'elle se rapporte à la situation économique d'une région, sa diffusion remplit une « utilité sociale » : *Société Radio-Canada*, préc., note 135.

¹⁴⁴ C'est le cas de la vente de biens au public qui permet de s'intéresser aux pratiques des entreprises et de les critiquer : *Gestion finance Tamalia inc. c. Garrel*, 2012 QCCA 1612 ; *Société TVA inc. c. Marcotte*, 2015 QCCA 1118, par. 96. La judiciarisation d'une affaire privée ouvre également la porte à l'utilisation des faits l'entourant pour illustrer l'encadrement juridique d'une situation, voire à la personnalisation du débat autour d'un individu bien qu'il ne soit pas un personnage public : *Gill*, préc., note 132, par. 50-1.

¹⁴⁵ *École musulmane de Montréal c. Benhabib*, 2016 QCCS 6067, par. 92-101.

généralement un rôle dans la société (comme entrepreneur, travailleur en milieu scolaire...) et à mériter la confiance de la population à cette fin¹⁴⁶. Le concept d'intérêt public protège donc la libre discussion sur des enjeux politiques ou sociétaux en fournissant une excuse valide pour exprimer, sans engager sa responsabilité civile, des faits et des opinions qui pourraient par ailleurs porter atteinte à la réputation d'une personne.

Lorsque l'allégation de diffamation concernait l'expression d'opinions (plutôt que de faits), les tribunaux québécois ont longtemps intégré aux causes de diffamation civile la défense de commentaire loyal et honnête issue de la *common law*, mais non sans créer une confusion conceptuelle à laquelle s'attaque la Cour suprême avec l'arrêt *Prud'homme*¹⁴⁷. Sa solution pour maintenir l'intégrité du régime civiliste est de faire des trois critères de cette défense de *common law* autant de facteurs pertinents à l'analyse contextuelle de la faute civile, à savoir : 1) la présence d'une communication dans l'intérêt public, 2) faite avec une intention honnête et 3) d'une opinion raisonnablement soutenable. La prise en compte par les tribunaux québécois d'un intérêt public à la communication de propos attaqués en diffamation pour statuer sur leur caractère fautif est donc issue de cette tradition. Les deux autres critères peuvent aussi être pris en compte, mais suivant une adaptation importante. Ainsi, la démonstration de la mauvaise foi de l'émetteur n'est pas indispensable au Québec, tout comme l'intention honnête ne dispense pas automatiquement l'accusé puisque la diffamation dans le régime civiliste se distingue de celle de *common law* en ce que la négligence, même de bonne foi, peut être constitutive de faute¹⁴⁸. La personne qui allègue la diffamation pourra cependant l'emporter si elle réussit à renverser la présomption de bonne foi dont bénéficie l'accusé en prouvant une intention

¹⁴⁶ *Grant*, préc., note 142, par. 105. Par exemple, nous avons rapporté le cas du journaliste Bury qui était en droit d'écrire sur les agissements de M^e Blanchette lors d'un scrutin, mais, une partie de sa chronique fut jugée fautive, car il y avait d'élucubrations sur des traumatismes d'enfance de M^e Blanchette qui étaient sans lien avec les gestes reprochés : *Blanchette*, préc., note 161. Même la révélation de faits véridiques pourra constituer une faute si elle ne relève que d'« un simple objectif de voyeurisme médiatique » plutôt que de remplir une « utilité sociale » : *Société Radio-Canada*, préc., note 135. Le dévoilement des possessions d'une politicienne, bien que relevant *a priori* de sa vie privée, pourra être justifié par l'intérêt public pour éviter ou dénoncer des situations de conflit d'intérêts : *Chenail*, préc., note 141, par. 30. Une logique similaire fonde les obligations légales de dénonciation de leurs intérêts par les élus.

¹⁴⁷ Préc., note 135, par. 61-3.

¹⁴⁸ *Lafferty, Harwoods & Partners c. Parizeau*, [2003] R.J.Q. 2758, par. 31-4 et 41-2. La CAQ y explique bien la distinction entre la nature délictuelle de la diffamation en *common law* et celle au Québec qui est délictuelle et quasi-délictuelle. L'adaptation des critères de *common law* au régime civiliste avait d'abord été traité dans *Prud'homme* par la Cour suprême.

malveillante¹⁴⁹. Un contexte de diffusion de nature politique rendra cette démonstration plus ardue puisque prendre parti dans un débat ou se camper dans une position ne suffit pas pour conclure que l'auteur des propos attaqués avait la volonté de nuire au camp adverse¹⁵⁰. Il est même accepté de « stigmatiser » un adversaire politique, en ce sens de « flétrir, blâmer avec dureté et publiquement »¹⁵¹. Les circonstances d'un court débat peuvent aussi justifier l'omission de certaines informations sur une question et le choix d'insister sur celles qui appuient le point de vue défendu¹⁵². L'intention d'informer la population sur un sujet d'intérêt public ne saurait évidemment être fautive et militera au contraire en faveur de la divulgation d'informations défavorables à un opposant comme la possibilité d'un conflit d'intérêts¹⁵³.

Le troisième facteur du commentaire loyal et honnête, à savoir le caractère raisonnablement soutenable de l'opinion, est très étroitement lié à celui de la sincérité de la croyance dans le cadre d'analyse de la *common law*¹⁵⁴. Il faut l'intégrer avec précaution en droit civil puisque la distance conceptuelle est importante entre la raisonnable de l'opinion dans ce régime et le concept civiliste de personne raisonnable¹⁵⁵. À première vue, le caractère objectif de la personne raisonnable couplé à la condamnation de la négligence en droit civil risquent de réduire la liberté d'expression politique de façon plus importante que la limite de la malveillance chez nos provinces voisines, d'où la nécessité d'accorder du poids au contexte de diffusion des propos lors de l'étude de la raisonnable du comportement de leur auteur. En ce sens, les décisions de *common law* peuvent être des inspirations pertinentes quant à la notion d'intérêt public, mais également quant à leur position sur ce qui est raisonnable dans le cadre du débat public. Y est adoptée une conception selon laquelle la valeur de démocratie au fondement de la liberté

¹⁴⁹ *Id.*, par. 31-4.

¹⁵⁰ *Gill*, préc., note 132, par. 78-81.

¹⁵¹ *SSJBM*, préc., note 138, par. 38.

¹⁵² *Prud'homme*, préc., note 135, par. 72 et 81.

¹⁵³ *Chenail*, préc., note 141, par. 30. Dans cette affaire, l'intention double de l'accusé d'informer le public et de nuire à une rivale est même marginale dans l'analyse de la faute de l'accusé qui ne se voit reprocher qu'un manque de vérifications préalables à la divulgation d'informations sur la mairesse d'une petite municipalité québécoise.

¹⁵⁴ Voir les extraits doctrinaux cités avec approbation par la Cour d'appel dans : *SSJBM*, préc., note 138, par. 28 et 31.

¹⁵⁵ D'ailleurs dans *Prud'homme*, préc., note 135, par. 62, la Cour suprême critiquait l'approche contradictoire de la Cour d'appel dans *SSJBM*, préc., note 138, qui consistait à déterminer d'abord la faute (avec le critère objectif de la personne raisonnable) puis à appliquer la défense de commentaire loyal (fondée sur l'intention subjective). C'est ce qui l'amena à décider que la raisonnable demeure pertinente en droit civil, mais sous le schéma d'analyse contextuelle de la faute qui permet d'intégrer les éléments des défenses de *common law*. Voir aussi *Lafferty*, préc., note 168.

d'expression exige l'acceptation d'un langage dur lors de l'affrontement des points de vue sur les enjeux de société. Rappelons que même l'appel à la haine contre des opposants politiques apparaissait conciliable avec la démocratie par la juge McLachlin dans *Keegstra*¹⁵⁶.

Nous avons peu de causes pour nous indiquer les limites de la raisonnablement quant à l'expression spécifiquement politique en droit civil. Dans *SSJB*, la Cour d'appel adoptait une méthode centrée sur l'examen des mœurs politiques actuelles et historiques pour dégager ce qui constitue un comportement raisonnable. L'utilisation du mot « traître » contre des députés fédéraux québécois ayant voté en faveur du rapatriement de la Constitution canadienne n'est pas jugée diffamatoire : le texte de la Société est conforme aux codes de la critique politique telle qu'elle a cours au Canada depuis au moins un siècle et demi¹⁵⁷. L'appel à la vengeance ou à la violence physique aurait excédé le critère de la raisonnablement, mais l'appel à la mobilisation politique ou à la vengeance par la voie des urnes est une pratique tout à fait normale en démocratie¹⁵⁸. Cette méthode permet d'éviter des interventions qui feraient de l'acceptabilité sociale ou des opinions personnelles des juges le véritable critère de la raisonnablement en matière d'expression politique — le contexte politique appelle à une réponse dans l'arène politique plutôt que celle judiciaire¹⁵⁹. Elle ne fut pas suivie par les juges majoritaires de la Cour d'appel dans l'affaire *Lafferty, Harwood & Partners c. Parizeau et al.*¹⁶⁰ qui illustre les dangers d'une analyse de la raisonnablement de l'opinion plutôt que du comportement. M. Lafferty et sa compagnie y sont attaqués en diffamation par deux hommes politiques québécois d'envergure au sein du mouvement indépendantiste, Jacques Parizeau et Lucien Bouchard, relativement au *Lafferty Canadian Report* de 1993 dans lequel des parallèles sont tracés entre le nazisme et l'indépendantisme québécois. La majorité de la Cour d'appel confirme la condamnation de M. Lafferty. Le juge Letarte statue sur le caractère déraisonnable des affirmations en cause dans des motifs expéditifs qui escamotent l'analyse du contexte social d'énonciation des propos ou des mœurs politiques¹⁶¹. Dans ses motifs concordants, le juge Nuss procède à un examen

¹⁵⁶ *Keegstra*, préc., note 48, p. 149; *infra*, Chapitre III, 3.1.

¹⁵⁷ *SSJBM*, préc., note 138, par. 26, 30 et 31.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 33-7.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 26, 30 et 31.

¹⁶⁰ Préc., note 148.

¹⁶¹ *Id.*, par. 39-40. Par ailleurs, le caractère fautif des écrits de M. Lafferty repose également sur leur fausseté et l'absence de recherches préalables à leur énonciation d'après une analyse tout aussi expéditive du juge Letarte :

historique non pas des mœurs politiques, mais, du bien-fondé factuel de l'association du nationalisme au nazisme¹⁶². Il exprime aussi l'avis que la liberté d'expression permet la critique du nationalisme comme idée, mais non des rapprochements entre Hitler et les demandeurs personnellement.

L'approche du juge dissident François Pelletier nous semble plus conforme aux principes précédemment énoncés. Puisque l'enjeu en est un ici d'opinion (plutôt que de la présentation de faits), l'analyse de la raisonnable du comportement doit se fonder sur l'opportunité de leur expression et non sur un critère de conformité factuelle. Il faut prendre en compte le contexte du débat public qui est un environnement permissif quant aux attaques personnelles ou aux écarts de langage : la comparaison au fascisme est usuelle en politique, en plus d'avoir été utilisées par des acteurs politiques de premier plan à la même période pour critiquer le mouvement nationaliste québécois¹⁶³. Conforme à celle préconisée dans *SSJB*, cette méthode permet d'éviter que les tribunaux appliquent un standard de qualité de la réflexion intellectuelle équivalent à la discussion savante et qui évacuerait du débat public une frange importante de la population¹⁶⁴. Elle permet la critique des acteurs politiques concrets sans la cantonner aux débats théoriques dès que la réputation d'un individu est en jeu. Malheureusement, malgré l'accueil de la demande pour autorisation d'appeler de cette décision à la Cour suprême, le droit québécois de la diffamation ne pourra pas bénéficier d'un tel réexamen puisqu'une entente hors cour fut conclue entre les plaignants et la succession de M. Lafferty suite à son décès¹⁶⁵.

L'examen du droit québécois de la diffamation nous permet donc de conclure que l'expression de convictions politiques dans un contexte de débat public bénéficie d'une protection particulière qui module l'appréciation de la faute. La liberté d'expression étant un droit essentiel à l'exercice de fonctions publiques, mais également à la participation citoyenne en démocratie

par. 43.

¹⁶² *Id.*, par. 78-102, voir particulièrement 83, 93 et 97.

¹⁶³ *Id.*, par. 151-5 et 160-5.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 156-9.

¹⁶⁵ *Id.* (demande pour autorisation d'appeler accueillie, C.S.C., 06-05-2004, 30103) ; LE DEVOIR, « Diffamation – Parizeau et Bouchard règlent hors cour », (15 février 2005) *Le Devoir*, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/74909/diffamation-parizeau-et-bouchard-reglent-hors-cour>> (consulté le 15 décembre 2016).

libérale, il existe une réticence envers un interventionnisme judiciaire ayant un effet de censure. La notion d'intérêt public ne référant plus uniquement aux affaires d'État, cette réticence bénéficie de plus en plus aux individus souhaitant s'exprimer sur des enjeux sociaux dans la sphère publique, au-delà des seules structures étatiques. Notre régime politique fondé sur la discussion pour la prise de décisions collectives crée des impératifs qui s'imposent face aux intérêts individuels comme la protection de la vie privée, de la dignité et de la réputation. Les tribunaux appliquent tout de même des exigences de vérifications et de présentation honnêtes des faits et savoirs puisque la prise de décision dans ce régime repose sur l'existence de médias et d'experts en tout genre alimentant la discussion publique avec des informations fiables et de qualité. Tel que constaté précédemment, la liberté d'expression contient en elle-même un principe d'égalité, notamment en matière politique : aucune idée n'en est exclue *a priori*. Cependant, il y a un réel risque lors de l'appréciation de la faute de diffamation, que le critère de raisonnable soit appliqué d'une façon préjudiciable aux messages qui se situent en dehors des cadres de la pensée libérale ; ceux conformes aux idées habituellement entendues apparaissent naturellement plus raisonnables. Lorsque le critère est compris comme la raisonnable du message, il existe un danger que soit appliquée une évaluation fondée sur l'acceptabilité de celui-ci (socialement ou du point de vue personnel du juge). La tendance à concevoir plutôt la raisonnable comme une question d'opportunité de l'expression des propos selon un examen contextuel des mœurs politiques permet déjà d'échapper quelque peu au biais d'une évaluation centrée sur l'idée exprimée, mais le critère en demeure un qui sert à policer le discours. Puisque les tribunaux ont tout de même énoncé à de nombreuses reprises que les opinions dérangeantes, impopulaires, dissidentes ou marginales ont une place dans le débat public, il nous semble que notre droit en matière de diffamation ne donne pas ouverture à une censure d'idées sur le fondement que leur proposition est incompatible avec les principes de notre régime politique (contrairement aux recommandations de la doctrine de la démocratie militante) ; la seule exception demeure la promotion ou l'appel à la violence politique contre une personne identifiable¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Des propos diffamatoires généraux contre un nombre trop important d'individus non identifiés ne rempliraient probablement pas le critère de la présence d'un préjudice *personnel* à la réputation ou la dignité d'un individu précis tel qu'il fut développé par la Cour suprême dans : *Bou Malhab*, préc., note 132.

Par ailleurs, puisque les principes présentés sont appliqués par le Tribunal des droits de la personne lorsqu'une atteinte *discriminatoire* à la dignité ou à la réputation est alléguée¹⁶⁷, nous croyons que l'interdit de discrimination sur la base des convictions politiques donnerait lieu à des résultats similaires privilégiant l'expression dans l'intérêt public. Une critique ou une blague de nature politique, dure envers un individu, mais pertinente au débat public, ne serait probablement pas reconnue comme une discrimination politique portant atteinte à son droit à la dignité ou à la réputation. Finalement, notons qu'il semble peu probable que l'expression d'une personne soit réprouvée pour protéger la dignité ou la réputation d'un large groupe politique ou d'une catégorie de personnes partageant une idée politique — et cela malgré l'existence de l'interdit de discrimination politique — puisqu'en l'absence d'une victime subissant clairement une atteinte *personnelle* à sa dignité ou sa réputation, l'équilibrage entre ces droits fondamentaux et la liberté d'expression s'effectue en faveur de cette dernière en matière civile¹⁶⁸.

En définitive, la liberté d'expression sur les questions politiques souffre de très peu de limites en droit positif. Celles acceptées par les tribunaux relèvent toutes des nécessités du fonctionnement du régime démocratique et participent donc à sa protection : la nature d'un régime délibératif exige l'exclusion de la violence politique, les lieux où s'exercent les tâches liées au fonctionnement démocratique ne peuvent être abusivement perturbés et la mise en œuvre des choix des élus commande une fonction publique impartiale. Contrairement à la proposition de la doctrine de la démocratie militante, aucune politique d'invisibilisation ne peut viser un projet politique en entier pour son incompatibilité avec les principes du libéralisme

¹⁶⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18. Dans cette affaire, l'humoriste Mike Ward fut condamné par le Tribunal concernant des blagues portant atteinte à la dignité et la réputation du jeune Jérémy Gabriel sur la base de son handicap. Le Tribunal réfère explicitement au droit civil en matière de diffamation et qualifie les blagues en cause de peu de valeur d'un point de vue démocratique. Dans ce contexte, la protection contre la discrimination l'emporte sur la liberté d'expression, mais nous croyons que la réponse serait différente en présence d'un intérêt public. Pour une présentation et une analyse plus complète de cette décision, voir : Geneviève BOND ROUSSEL, « Quand le rire se heurte au droit », (2017) 26-2 *Dire* 32.

¹⁶⁸ *Bou Malhab*, préc., note 132. La CSC conclura que l'appartenance à un groupe visé par des propos offensants (en l'espèce les chauffeurs de taxi montréalais de langue créole ou arabe) est insuffisante pour conclure à la présence d'un préjudice, car celui-ci doit être personnel ou, autrement dit, il doit y avoir une atteinte personnelle à la réputation. Or, la Cour ajoute que la preuve d'un préjudice personnel sera plus difficile à faire notamment lorsque le groupe est d'un nombre important et que la nature des propos les rend peu crédibles aux yeux d'un citoyen ordinaire qui y verra des généralisations abusives.

démocratique ; seuls les moyens d'action violents et les discours appelant à la violence sont exclus des possibilités formelles d'expression politique. Malgré ce portrait canadien très favorable, une vigilance de tous les instants demeure nécessaire selon le Professeur Trudel puisque l'importante protection du débat public dans la théorie juridique peut être mise à mal dans la réalité judiciaire¹⁶⁹. Un principe d'organisation politico-juridique comme la libre discussion démocratique peut, malgré sa force théorique, apparaître flou et intangible aux juges devant trancher dans un cas d'espèce opposant une expression qui choque par sa marginalité ou son impolitesse à des conséquences négatives concrètes pour un individu (ou même une compagnie). La législation québécoise contre les poursuites abusives représente d'ailleurs un rappel au pouvoir judiciaire de son rôle de protecteur des débats publics¹⁷⁰. Nous nous intéresserons plus avant au Chapitre III à l'écart entre l'égalité théorique des messages politiques et les possibilités réelles de leur transmission. Mais d'abord, il nous faut terminer notre réflexion en dégagant plus clairement les implications de la protection de la liberté d'opinion en matière de convictions politiques.

3.3. La liberté d'opinion : un équilibre entre liberté individuelle et prise de décision collective

Autant la doctrine que la jurisprudence accordent une attention pour le moins sommaire à la définition de la liberté d'opinion, ce qui à notre avis amoindrit injustement la protection dont pourraient bénéficier les individus quant à leurs opinions politiques. Une cause de cette carence est certainement la difficulté à reconnaître une vie indépendante à la liberté d'opinion : la pensée étant en elle-même indétectable, le droit n'est engagé que suite à son expression – avec pour conséquence un traitement judiciaire de la liberté d'opinion presque exclusivement sous celle

¹⁶⁹ P. TRUDEL, préc., note 132 ; Pierre TRUDEL, « Le droit à la réputation, à la vie privée et à l'image », dans *Recueil du cours DRT 3805 (Droit de l'information et de la communication)*, Montréal, 2011, p. 106-10., en ligne: <<http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/cours/drt3805g/rep.vieprive.pdf>> (site consulté le 3 avril 2016).

¹⁷⁰ La reconnaissance d'un phénomène de poursuites abusives, aussi connues sous les expressions « poursuite-bâillon », « poursuites vexatoires » et « *strategic lawsuit against public participation* » (SLAPP), fait suite à un phénomène d'utilisation des tribunaux par des individus, mais surtout des compagnies pour faire taire des critiques à leur endroit en soumettant leurs détracteurs à des procédures judiciaires longues et coûteuses ayant cependant peu de fondement juridique valide, voir: Normand LANDRY, *SLAPP : bâillonnement et répression judiciaire du discours politique*, Montréal, Écosociété, 2012. Le pouvoir du juge de sanctionner les abus de procédure énoncé en 2014 mentionne clairement la protection de la liberté d'expression dans le cadre des débats publics: *Code de procédure civile*, R.L.R.Q. c. C-25.01, art. 51, al. 2.

d'expression. Tel que nous le démontrions à la section 2.2., l'association de ces deux libertés est probante et permet de dégager qu'elles ont pour objectif de sécuriser la participation citoyenne au débat public. Cette conclusion ne justifie pas pour autant l'omission d'une réflexion singulière sur les potentialités juridiques de la liberté d'opinion politique. Une autre raison pouvant expliquer la réticence du monde juridique envers cette réflexion est la difficulté d'identifier un point d'équilibre entre la protection individuelle des opinions politiques opérant selon un principe antimajoritaire et le caractère collectif de la prise de décisions politiques en démocratie. Dans quels cas l'opinion politique d'une personne devrait-elle invalider une décision démocratique ? Or, la meilleure façon de répondre à cette question est de définir cette liberté pour en dégager ses limites.

Commençons en rappelant ce qu'elle n'est pas. La reconnaissance de droits fondamentaux participants à l'égalité politique — comme la liberté d'opinion — n'en est pas une d'un droit qui serait détenu par chaque individu de vivre dans un monde correspondant à ses idées quant à la bonne organisation politique. Encore une fois, la forme de l'État est protégée par la constitutionnalisation des droits fondamentaux. La liberté d'opinion ne peut pas être comprise comme un droit des citoyens à l'invalidation de lois s'opposant à leurs convictions politiques. L'organisation politique en démocratie libérale exige que les choix collectifs s'imposent à tous. Comme l'indiqua la Cour suprême, les opinions minoritaires peuvent s'exprimer dans le cadre du débat démocratique et doivent même être prises en compte par les décideurs, mais, les lois finalement adoptées s'imposent à tous¹⁷¹. Interpréter la liberté d'opinion dans le sens de l'octroi d'une discrétion à chaque citoyen quant à la validité des décisions collectives équivaut à un changement de régime politique en faveur d'un fonctionnement consensualiste. La démocratie libérale relève plutôt d'un fonctionnement à majorité, même avec l'assouplissement d'une protection antimajoritaire des droits fondamentaux. La liberté d'opinion ne peut être interprétée dans un sens qui généralise cet assouplissement à toute décision politique. Elle doit plutôt être comprise en tant qu'un droit de l'individu d'avoir une opinion personnelle, potentiellement distincte des orientations de l'État. Cette conception est d'ailleurs exprimée par le Juge Huband

¹⁷¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

de la *Manitoba Court of Appeal* dans un des rares jugements mentionnant cette garantie¹⁷² :

« The consciences of many of our citizens are offended by legislation passed by parliaments or by provincial legislatures. Laws with respect to abortion, divorce, or liquor control will offend many. Indeed, there is hardly an enactment that is not capable of offending the conscience of some individual. No doubt The Real Property Act does violence to the sensitivities of someone.

But these enactments will not be struck down on the motion of one or more citizens on that account.

The Government has a right to proceed with its legislative program building upon legislation passed by previous parliaments or legislatures. To have it otherwise, would make government prisoner to every tiny minority viewpoint which could be cast as an issue of conscience. The legislative program of a government does not constitute an interference with one's freedom of conscience, nor one's freedom of thought, belief or opinion. Whatever the legislative direction of our parliamentarians or legislators, a citizen is free to think and believe and give expression to contrary ideas. His freedoms are not compromised. He is free to work towards different objectives, and the election of persons who will better reflect his views in the next election ».

Comme pour tout autre droit ou liberté fondamentale, le principe antimajoritaire s'applique tout de même à la liberté d'opinion, mais pour assurer l'invalidation d'actes étatiques empêchant les citoyens de penser, de croire dans les idées de leur choix¹⁷³. Cette liberté appuie une certaine neutralité politique. De façon tangible, l'interdit d'utilisation des ressources de l'État dans ce but peut se concrétiser selon au moins trois scénarios que nous examinons : l'adhésion forcée (3.3.1), la censure (3.2.2.) et l'association de sanctions à une opinion (3.2.3.).

3.3.1. *L'adhésion forcée à une opinion*

L'État ne peut pas imposer une opinion politique, en ce sens d'obliger un individu à adhérer intimement à un point de vue ou à y démontrer un soutien personnel. Un premier aspect de cet interdit fut déjà énoncé par les tribunaux sous l'angle de la liberté d'expression, mais il apparaît difficile de nier que les libertés d'expression et d'opinion sont inextricablement entremêlées dans ce raisonnement. Ainsi, à notre avis, le Juge Cory avait nécessairement aussi cette dernière en tête lorsqu'il exprima l'avis unanime de la Cour suprême dans l'affaire *MacKay* selon lequel le financement public des partis politiques ne peut être considéré comme un :

« appui forcé à une opinion opposée [constituant selon les plaignants une atteinte]

¹⁷² *MacKay and al. v. Manitoba*, 1985 CanLII 128 (MB CA).

¹⁷³ La définition est de: H. BRUN, préc., note 43, p. 187.

au droit du contribuable à la liberté d'expression [puisqu'elle] loi n'interdit pas à un contribuable ni à quiconque d'avoir ou d'exprimer une opinion ou une croyance. Au contraire, la loi semble favoriser et encourager la diffusion et l'expression d'un large éventail d'opinions et de positions. De cette manière, elle améliore la connaissance de divers points de vue et facilite leur discussion publique [nos soulignements] »¹⁷⁴.

Il nous semble que ce raisonnement se fonde sur une distinction et une mise à distance entre l'individu et l'État : dans la mesure où elles n'exigent aucune démonstration d'un appui personnel, les orientations étatiques n'engagent pas les opinions individuelles des citoyens même s'ils doivent y soumettre leur comportement, tant qu'ils demeurent libres d'être en désaccord et de l'exprimer. Le penseur de droite qui rejette le pouvoir d'imposition du gouvernement, l'anarchiste qui refuse l'organisation étatique et le souverainiste qui ne reconnaît pas le pouvoir du gouvernement fédéral devront tous payer leurs impôts et respecter les choix collectifs quant à l'utilisation de ces fonds. Cette mise à distance constitue l'équilibre entre les opinions individuelles et la prise de décisions collectives au sein de toute unité décisionnelle en droit libéral, que l'on pense à un État ou un syndicat par exemple : quand une telle unité est créée, l'ensemble de ses membres ont le droit d'exprimer toute idée lors du processus décisionnel et toute critique de son résultat, mais ils demeurent soumis à ce dernier¹⁷⁵.

Ainsi, une décision étatique s'applique valablement à un individu même si son objet est contraire aux opinions politiques de celui-ci tant que l'État n'exige pas une adhésion intime à une idée ou la démonstration publique d'une adhésion personnelle. La protection en est une à l'encontre des pratiques courantes des régimes autoritaires pour imposer une idéologie ou un type d'organisation politique : obligations d'adhérer à un groupe ou parti politique, de participer à des démonstrations politiques (rassemblements et parades dans des lieux publics ou encore

¹⁷⁴ MacKay, préc., note 77.

¹⁷⁵ Ce principe est clairement établi dans les relations de travail au Canada, où les tribunaux y réfèrent comme le « droit à la dissidence syndicale » qui est entendu comme une exigence de participation et de santé démocratique. Ce droit était reconnu avant même l'édiction de la Charte canadienne et défini comme « le droit inconditionnel [de tous les syndiqués] de se prononcer contre la façon dont le syndicat conduit ses affaires » : *Tippett c. International Typographical Union, Local 226* (1975), 63 D.L.R. (3d) 522 (C.S.C.-B.), p. 546, cité dans *Berry c. Pulley*, [2002] 2 R.C.S. 493, par. 60. Dans cette dernière affaire, un banc unanime de la CSC refuse d'« exposer à la responsabilité personnelle les syndiqués dissidents [car cela] irait à l'encontre du droit inconditionnel des syndiqués de se prononcer contre le programme de leur agent négociateur [, ce qui] aurait pour effet de dissuader la participation des syndiqués aux affaires syndicales et d'éroder la démocratie syndicale ». La Cour rappelle cependant que « par son adhésion, le syndiqué consent à respecter les règles du syndicat, et par l'adhésion qui les lie, les syndiqués ont les uns envers les autres des obligations juridiques de se conformer à ces règles ».

chants patriotiques dans les écoles et lieux de travail), de porter un symbole politique... L'idée de l'établissement d'une obligation de voter qui semble gagner en popularité¹⁷⁶ constituerait selon nous l'imposition d'une démonstration publique d'une foi personnelle dans l'organisation politique démocratique libérale, ce qui ne relève pas de la protection de la participation citoyenne, mais plutôt d'une inclusion forcée contraire à la liberté d'opinion. Changer le droit de vote en une obligation est problématique à l'égard de tout citoyen qui ne souhaite pas donner un appui à un candidat vu l'offre politique circonstancielle d'une élection et, de façon plus flagrante, à l'égard de celui qui ne souhaite pas donner son assentiment au régime démocratique libéral. L'imposition du respect des décisions démocratiques à l'ensemble des citoyens, même ceux qui rejettent jusqu'à la forme de l'organisation politique et décident de ne pas y prendre part, est une nécessité du fonctionnement de la démocratie libérale. Exiger non pas ce respect, mais bien l'expression publique d'une foi intime dans ce régime outrepassé la limite créée par la liberté d'opinion et ne nous semble pas justifiée ni par les rationalités, ni pas les nécessités du fonctionnement du régime politique.

Reconnaître la nature de la liberté d'opinion en tant que protection de l'intimité de la pensée des individus et accentuer la place qu'on lui accorde dans l'analyse sous l'angle de la liberté d'expression amène à une protection renforcée de la liberté intellectuelle contre tout acquiescement forcé à un point de vue politique. On évite la conclusion malheureuse selon laquelle dans certaines circonstances, la démonstration d'un appui à une idée politique peut être exigée si elle permet tout de même une critique parallèle ou subséquente. Il nous semble qu'un tel raisonnement entache le jugement majoritaire de la Cour fédérale dans l'affaire *Roach*¹⁷⁷ portant sur le serment d'allégeance à la Reine imposé pour l'obtention de la citoyenneté

¹⁷⁶ L'idée a intéressé le Parti libéral du Canada : LE DEVOIR, «Vote obligatoire. Les libéraux sondent leurs troupes», (30 août 2014) *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/417239/le-parti-liberal-du-canada-explore-actuellement-l-idee-du-vote-obligatoire> (site consulté le 30 août 2014), tout comme l'Institut du nouveau monde, un organisme québécois qui promeut la participation citoyenne: Lia LÉVESQUE, «Un vote obligatoire pour favoriser l'implication des jeunes?», (7 août 2012) *La Presse*, en ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/elections-quebec-2014/201208/07/01-4563045-un-vote-obligatoire-pour-favoriser-limplication-des-jeunes.php> (site consulté le 23 janvier 2016). Elle est en place dans certains États, mais s'écarte de la logique libérale de droits individuels: SANS FRONTIÈRES, «Les Belges obligés de voter... y compris au Canada», (6 mai 2003) *Radio-Canada*, en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/radio/sansfrontieres/23100.shtml> (site consulté le 23 janvier 2016).

¹⁷⁷ *Roach*, préc., note 23.

canadienne. L'opinion dissidente du Juge Linden s'appuie à notre avis plus justement sur les libertés d'opinion et d'expression. Il exprime l'avis que le serment puisse constituer une atteinte à la liberté d'avoir et d'exprimer des opinions ou critiques antimonarchiques sans avoir à faire un choix entre cette liberté et l'obtention de la citoyenneté, tout comme sans avoir à craindre de briser son serment lors d'activités politiques ultérieures par ailleurs parfaitement légales pour tout autre Canadien. À notre avis, même en l'absence de sanctions associées au bris d'un serment, la seule exigence d'un *appui* public au modèle constitutionnel monarchique viole la liberté d'opinion alors qu'une solution simple est à portée : un serment insistant plutôt sur le *respect* de la Constitution canadienne ne poserait pas de problème¹⁷⁸.

Par ailleurs, une analyse de la liberté d'opinion dissociée de la liberté d'expression permet de faire apparaître un autre aspect de l'interdit d'imposition d'une opinion politique : l'État ne peut pas exiger des citoyens qu'ils soient à disposition pour recevoir des informations qui visent la promotion d'une option politique. Il ne s'agit pas d'un interdit de promotion de ses idées par le pouvoir en place, ni même de propagande, mais plutôt de créer des sources d'information orientée vers une option politique et de *consultation obligatoire*. Le droit à l'information associé à la prise de décision démocratique ne peut être transformé en un devoir de se soumettre à un processus d'acquisition de certaines idées politiques, qu'il s'agisse de la présence à des rassemblements ou de lectures et visionnements obligatoires par exemple. En ce sens, un cours d'éducation à la citoyenneté dans le cursus scolaire peut être une condition d'obtention du diplôme d'études secondaires tant que le contenu abordé est diversifié et ouvert à la discussion de toutes idées, y compris des critiques de la démocratie libérale¹⁷⁹.

¹⁷⁸ D'ailleurs, la majorité dans *Roach* ne réussit à justifier le Serment d'allégeance à la Reine qu'en le dénaturant: il ne s'agirait pas selon eux d'un serment envers la Reine comme représentante monarchique, mais plutôt comme représentante vivante de la Constitution canadienne. Le serment n'exigerait donc des demandeurs de citoyenneté qu'un « engagement à accepter notre Constitution », un « accord à la structure fondamentale de notre pays ». Par ailleurs, la décision *Roach* fut appliquée dans une affaire concernant les différentes marques de respect et d'allégeance à la Reine en tant que chef des Forces armées canadiennes auxquelles doivent se plier les militaires : *Giolla-Chainnigh c. Canada (Procureur général)*, (C.F., 2008-01-21), 2008 CF 69. Il nous apparaît que, pour les raisons déjà explicitées, il y a ici encore une atteinte à la liberté d'opinion en matière politique. Cependant, il se pourrait qu'elle soit justifiée dans le cadre de cet emploi spécifiquement vu le rôle de la Reine dans la hiérarchie militaire canadienne.

¹⁷⁹ Pour un résumé succinct et certaines sources concernant l'approche québécoise: INSTITUT DU NOUVEAU MONDE, «Éducation civique», en ligne : <<http://inm.qc.ca/blog/education-civique/>> (site consulté le 24 janvier 2016).

3.3.2. La censure d'une opinion

La liberté d'opinion prohibe tout acte étatique dont l'objet serait la condamnation d'une opinion politique. L'interdiction, la criminalisation, la censure ou tout autre acte visant à éliminer un message politique est déjà protégé en vertu de la liberté d'expression¹⁸⁰. Une prise en compte particulière de la liberté d'opinion dans l'analyse de la protection déjà offerte par la liberté d'expression est plutôt rare dans la jurisprudence. Elle permet pourtant d'éclairer l'interprétation des normes d'une façon plus conforme aux textes des chartes québécoise et canadienne. Un exemple se retrouve dans la dissidence du juge Pelletier de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Lafferty* lorsqu'il se penche sur les critères qui devraient guider l'établissement de la faute de diffamation :

« Parce qu'on ne peut juger de l'opinion qu'une fois qu'elle a été exprimée, on tend trop souvent à oublier que, de façon indépendante, elle jouit du statut de liberté fondamentale et fait ainsi l'objet d'une protection légale spécifique. En théorie, tout au moins, la liberté d'opinion est distincte de la liberté d'expression dont la portée plus générale atteint un grand nombre d'activités humaines. [...]

La liberté d'opinion, elle, loge à une autre enseigne parce que, fondamentalement, chaque citoyen a droit de se former une opinion avant même de l'exprimer. Lorsque, au plan pratique, on associe la liberté d'opinion à la liberté d'expression, il faut le faire en gardant en mémoire qu'un citoyen jouit d'une plus grande latitude lorsqu'il énonce une opinion que lorsqu'il énonce un fait. Autrement dit, en matière d'opinion, la liberté d'expression consacrée par les chartes a une plus vaste portée et on ne peut mesurer à la même échelle le caractère fautif de l'énoncé d'un avis et celui d'un fait. Au regard du test de l'opportunité de la tenue d'un propos, c'est dans l'abus que loge la faute, mais, lorsqu'il s'agit de l'expression d'une opinion, la frontière de ce qui est permis se situe nettement plus loin que lorsqu'il ne s'agit que de l'énoncé d'un fait [références omises ; nos soulignements] »¹⁸¹.

La double garantie applicable à l'expression d'opinions ne devrait pas être sans conséquence selon les principes d'interprétation du droit les plus élémentaires.

¹⁸⁰ *Supra*, 3.2.

¹⁸¹ *Lafferty*, préc., note 148, par. 139-40 (dissidence). Notons qu'en matière de liberté de religion, la liberté de croire est aussi plus large que la liberté d'agir sur la base de sa foi car, c'est au moment de poser un acte que les croyances peuvent entrer en confrontation avec les droits et libertés des autres personnes : *Université Trinity Western*, préc., note 56.

3.3.3. *L'association de sanctions à la seule opinion*

L'inclusion de la libre opinion dans les outils de protection des droits fondamentaux nous semble en droite ligne avec les racines de ceux-ci : l'égalité structurelle moderne visait à rendre l'État aveugle aux caractéristiques personnelles des individus, ces derniers ne devaient plus être jugés sur ce qu'ils étaient, mais sur ce qu'ils faisaient. Le traité des délits et des peines de Cesare Beccaria, qui fut d'une grande influence pour les réformes pénales modernes sur le continent européen, avait pour objectif de freiner l'arbitraire étatique¹⁸² : les crimes ne peuvent être calqués sur les péchés religieux¹⁸³ et les peines doivent être identiques pour un même crime, peu importe le statut social du coupable¹⁸⁴. La protection contre l'utilisation arbitraire du pouvoir assura d'ailleurs une certaine protection de la libre pensée et de l'égalité au Canada avant l'adoption des chartes des droits fondamentaux comme dans l'exemple classique *Roncarelli v. Duplessis*¹⁸⁵. La reconnaissance du caractère fondamental de la liberté d'opinion s'inscrit dans cette logique et a pour conséquence d'interdire l'association d'une sanction à la seule opinion. Il s'agit évidemment de refuser les crimes de pensée orwelliens, mais aussi les situations où les opinions d'une personne motivent ou influencent l'atteinte à un droit, le non-respect d'une garantie ou la perte autrement injustifiée de tout avantage ou privilège.

En matière politique, la liberté d'opinion est évidemment appuyée par l'interdit de discrimination sur la base des convictions politiques. D'ailleurs, le seul jugement rendu par le Tribunal des droits de la personne sous ce motif de discrimination concerne des représailles imposées contre un groupe environnemental parce qu'il avait émis certaines opinions contre une municipalité : cette dernière ayant convié tous les organismes communautaires à une activité, elle ne pouvait pas retirer cette opportunité à un groupe pour s'en venger¹⁸⁶. Ces protections

¹⁸² Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991, p. 9-47 pour la préface de Robert Badinter sur l'influence de ce traité.

¹⁸³ *Id.*, Chapitres XII et XXXIX.

¹⁸⁴ *Id.*, Chapitres IV et XI.

¹⁸⁵ [1959] S.C.R. 121. Le premier ministre et procureur général de la province de Québec, Maurice Duplessis, fut condamné pour avoir commis une faute en agissant hors de ses fonctions lorsqu'il demanda à la Commission des liqueurs de retirer au demandeur son permis de vente d'alcool en restauration. Les faits en première instance établissaient que M. Duplessis visait M. Roncarelli, car ce dernier s'était porté garant de nombreux membres de sa congrégation des Témoins de Jéhovah accusés pour distribution de littérature religieuse. Les motifs respectifs des juges Rand et Abbott mentionnent en particulier que ni le défendeur ni la Commission ne possède le pouvoir légal de refuser ou de révoquer un permis pour l'exercice d'un droit sans lien avec le permis.

¹⁸⁶ *CDPQ c. LaSalle (Cité de)*, (1982) 3 CHRR D/659 (CP).

conjuguées s'opposent notamment à l'utilisation du droit et des ressources policières contre des groupes sur la base de leurs convictions politiques : l'État ne pourra pas utiliser son pouvoir législatif pour criminaliser une option politique et toute surveillance policière ou poursuite judiciaire doit être motivée par des actes posés et non pas les opinions des individus¹⁸⁷. Par exemple, la protection de la vie privée et le principe du soupçon raisonnable imposent aux policiers de bâtir leurs enquêtes sur des actes dont ils sont témoins ou qui sont portés à leur intention, en leur interdisant une surveillance des individus sur la seule base de leurs opinions politiques. Par ailleurs, suite à une condamnation, la sanction appliquée devrait être la même pour des crimes similaires, peu importe les opinions politiques des individus. Un raisonnement faisant de la motivation politique un facteur aggravant lors de l'évaluation de la peine viole la liberté d'opinion et l'égalité en matière politique et l'on peut certainement douter que la sanction ait un effet de dissuasion et de protection du régime démocratique plus grand parce qu'elle fut gonflée sur un fondement politique¹⁸⁸. Nous retrouvons encore ici le principe de neutralité politique de l'État qui est également important pour l'interdit de discrimination politique.

Avant d'examiner plus spécifiquement ce dernier au Chapitre III, résumons ce que nous avons appris par l'analyse de la formalisation des droits et libertés fondamentaux. Celle-ci intègre un principe d'égalité formelle aux droits protégés qui assure une garantie juridique de participation politique aux structures étatiques et au débat public limitant la souveraineté parlementaire. L'État doit ainsi respecter un principe de neutralité politique quant à la reconnaissance des droits des citoyens et quant à leurs possibilités de participation politique. Bien que le débat public soit protégé sur les enjeux sociaux de façon large, l'objectif demeure d'alimenter une discussion publique qui permet ultimement de prendre des décisions politiques à l'intérieur des structures étatiques. Ainsi, le politique demeure conceptualisé en référence à l'État. Par ailleurs, nous avons démontré que la doctrine de la démocratie militante ne représente pas l'état de notre droit. La déchéance des droits fondamentaux d'un citoyen au regard de ses opinions politiques y semble inadmissible. Les tribunaux cherchent plutôt à établir des limites minimales aux droits

¹⁸⁷ *Supra*, Chapitre Introductif, 3.

¹⁸⁸ À notre avis, quoi qu'il faille condamner les gestes meurtriers politiquement motivés, le crime et donc la sanction est au niveau de l'acte et non de l'idée. Ce principe n'est pas respecté par le juge Cournoyer de la Cour supérieure du Québec dans un jugement digne de la doctrine de la démocratie militante : *R. c. Bain*, 2016 QCCS 5785.

participant de l'égalité politique lorsqu'elles se justifient par la protection des individus contre des exclusions arbitraires ou encore par des nécessités liées à la protection de l'existence même ou du fonctionnement du régime démocratique libéral. Les idées défendues ne fondent pas en théorie une justification aux atteintes bien que nous ayons souligné que ce principe pourrait être plus complètement défendu par les tribunaux s'ils accordaient plus d'attention à la liberté d'opinion et s'ils écartaient plus clairement l'analyse de la raisonabilité de l'opinion au profit de celle du comportement dans les affaires de diffamation.

CHAPITRE III – L'égalité et la Postmodernité

Le concept de postmodernité en sciences sociales est utilisé « pour caractériser l'état actuel de la civilisation occidentale, dans la mesure où elle aurait perdu confiance dans les valeurs de la modernité [...] qui ont prévalu depuis le XVIII^e siècle »¹. Cette perte de confiance se répercute à plusieurs niveaux de l'organisation sociale et nous verrons dans le présent chapitre comment elle a pu influencer l'organisation sociale contemporaine et la conception des droits fondamentaux (1.). Nous verrons ensuite que cette évolution sociale et ses répercussions juridiques éclairent l'interprétation de l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques (2.). Nous tenterons finalement de comprendre les implications de cette nouvelle conception sur les autres droits fondamentaux qui participent à l'égalité politique (3.).

1. La société postmoderne : le contexte d'une adaptation des droits et libertés

La réalité d'un passage de l'époque moderne à celle postmoderne est encore l'objet de débats et les partisans de cette analyse ne s'entendent pas nécessairement sur le moment historique de cette transition. Une approche orientée vers l'observation de transformations technologiques et organisationnelles situe habituellement cette transition après la Seconde Guerre mondiale alors qu'une approche axée sur l'histoire des idées considéra qu'il y a à cette période une accélération du mouvement postmoderne par ailleurs déjà enclenché dès la fin du XIX^e siècle². Il faut aussi noter que la littérature sur la question est constituée d'auteurs qui se montrent enthousiastes face aux potentialités de cette nouvelle ère, mais que d'autres se positionnent clairement comme critiques³. La description postmoderne de la société est à notre avis utile car elle présente l'avantage de souligner certaines caractéristiques du monde contemporain et de positionner

¹ Dictionnaire Larousse, en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/postmodernit%C3%A9/62937>>.

² Pour des illustrations de ces deux positions, respectivement : Georges VLACHOS, « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », (1972) 24-2 *Revue internationale de droit comparé* 279, 285, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1972_num_24_2_16163> (site consulté le 6 février 2017) et Michel FREITAG, *L'oubli de la société. Pour une théorie critique de la Postmodernité*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2002, p. 214-24.

³ Dans, Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », (1994) 27-1 *Droit et société* 443, 447, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1994_num_27_1_1285>, les auteurs parlent d'un « certain engagement, voire un militantisme » chez les théoriciens du postmodernisme, mais il faut aussi noter qu'il peut y avoir un constat d'un passage au postmodernisme accompagné d'une critique très affirmée comme chez le sociologue québécois Michel Freitag, voir notamment : M. FREITAG, préc., note 2.

adéquatement des enjeux auxquels le droit est appelé à répondre, notamment en matière de protections fondamentales.

L'idée d'un passage à la Postmodernité est fondée notamment sur le constat empirique d'une complexification de l'organisation sociale et d'une multiplication des acteurs formant des « réseaux » et qui organisent la vie des individus à différents niveaux : à la structure étatique moderne, s'ajoute des organisations publiques à l'intérieur des États (municipalités, organes administratifs de régulation) et au niveau supranational (tous les forums internationaux réunissant des États), mais également des acteurs privés (compagnies, organisations, associations) qui ne s'appuient pas nécessairement sur les frontières étatiques⁴. Les auteurs postmodernes décrivent un fonctionnement politique et social différent de celui de la Modernité, certainement en rupture avec l'échafaudage conceptuel qui y prévalait, mais où l'État joue encore un rôle. Les idéaux de l'époque sont remis en question, voire condamnés, alors qu'émerge une nouvelle organisation sociopolitique à laquelle l'État, encore de facture moderne, tente de s'adapter. Pour l'ancien professeur de l'École supérieure des sciences politiques Georges Vlachos, la profusion d'acteurs à notre époque doit être comprise comme la mise en place de « structures pluralistes » remplaçant l'organisation moderne :

« Le fait dominant de l'histoire politique et sociale de la seconde moitié du XXe siècle est sans doute la substitution quasi totale de structures pluralistes aux structures individualistes antérieures et la disparition concomitante de la séparation de la société privée et de l'État [... L]'État n'apparaît plus, quel qu'en soit le régime, comme une construction artificielle, comme un *deus mortalis* superposé ou opposé à une société privée composée de producteurs individuels réputés autonomes, mais comme une force elle-même engagée, d'une façon ou d'une autre, dans le jeu des antagonismes collectifs [...] Si l'État actuel symbolise encore une idée d'intérêt général ou de bien commun, l'on doit plutôt entendre par là qu'il exprime simplement un moment d'équilibre, de coordination ou de compromis du système mouvant et complexe des antagonismes collectifs... »⁵

⁴ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 285-6 et P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 3, p. 445-6. Pour le sociologue québécois Michel Freitag ces intermédiaires s'imposant dans la relation privilégiée citoyen-État qui prévalait à l'ère moderne créent une fragmentation dangereuse pour l'existence de la communauté politique moderne des individus égaux devant l'État car la médiation du politique par les groupes suppose que ces derniers soient en compétition pour le pouvoir et donc que leur poids respectif — et le poids des individus qui en sont membres — soit relatif à l'adhésion qu'ils obtiennent : M. FREITAG, préc., note 2. Nous défendrons la position qu'il y a plutôt transformation de la communauté politique et de la conception de l'égalité.

⁵ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 285-6.

Ces structures sont accompagnées de plusieurs formes de pluralisme juridique⁶, dont un « pluralisme de la production normative étatique » alors que l'État adopte un rôle social touchant de plus en plus de domaines de la vie et culminant avec l'instauration du modèle de l'État-providence. S'installe également un « pluralisme des ordres juridiques » puisque les groupes auxquels l'État reconnaît la personnalité juridique devinrent en mesure de produire un droit privé⁷. Le rôle de l'État est à la fois plus large puisqu'il touche de nouveaux champs et restreint par la concurrence qu'il subit pour la régulation sociale⁸. Ce nouveau fonctionnement favorise une coopération non hiérarchique où l'État n'est qu'une composante du réseau⁹, mais implique aussi des luttes pour l'établissement de la régulation sociale. Les acteurs non étatiques créent leur propre droit qu'ils tentent d'imposer aux autres acteurs et à l'État, tout comme ils essaient d'influencer la production normative étatique et celle des autres acteurs¹⁰. Il n'est pas étonnant dans ce contexte que la contestation politique contemporaine ne vise plus uniquement l'État, mais également des acteurs privés. Ce pluralisme juridique a un effet de flou sur la distinction moderne tranchée entre les sphères publique et privée¹¹. Avec la fin de son monopole sur la production normative, l'État ne représente plus le seul lieu de prise de décisions quant aux questions qui intéressent la collectivité ; il y a au contraire, plusieurs collectivités et autant de lieux de décisions. Les interventions de l'État ne sont plus tenues à l'écart du domaine privé, mais elles y rencontrent une forte concurrence. Un tel contexte ne peut que brouiller les frontières du politique puisque les structures décisionnelles plurielles, et donc la participation aux décisions collectives, débordent des structures étatiques.

⁶ Hassan ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 135, aux pages 150-5. Voir aussi la description historique concordante de G. VLACHOS, préc., note 2, p. 279-84.

⁷ *Id.* La reconnaissance étatique d'une personnalité juridique aux groupes devenus des personnes morales est souvent présentée comme un tournant décisif dans la montée en importance des groupes dans l'organisation sociale qui caractérise la Postmodernité : M. FREITAG, préc., note 2 ; G. VLACHOS, préc., note 2.

⁸ P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 3, p. 445-6.

⁹ Séverine BELLINA, « L'analyse plurielle du droit : enjeux épistémologiques et responsabilités du jeune chercheur », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 25, à la page 45 ; Christoph EBERHARD, « L'impact méthodologique de l'analyse plurielle dans l'étude anthropologique des cultures juridiques », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 53, à la page 89 ; Ghislain OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 9, à la page 18.

¹⁰ C. EBERHARD, préc., note 9, p. 90.

¹¹ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 311-3.

Ces constats ne sont pas sans effet sur les catégories qui nous permettraient de réfléchir le droit étatique et plusieurs théoriciens juridiques tirent la conclusion que « la conception moderne du droit est [...] obsolète »¹². Ainsi, comment doit-on aujourd'hui réfléchir le droit et le rôle de l'État ? Les théoriciens juridiques du postmodernisme s'entendent sur l'existence d'une rupture avec la Modernité... sans que ne se dégage un consensus sur la nouvelle voie épistémologique à prendre¹³. Néanmoins, on préconise certainement de revenir à l'expérience vécue et de saisir toute la complexité de l'existence sociale, plutôt que de s'enfermer dans des modèles théoriques abstraits¹⁴. Cette préoccupation toute postmoderne est au cœur de la redéfinition de l'égalité en faveur d'une conception réelle (1.1.) et elle influence plus largement une lecture personnaliste et pluraliste des droits fondamentaux (1.2.).

1.1. L'égalité réelle et quelques concepts connexes

L'essor des groupes dans l'organisation sociale concerne notamment ceux fondés sur une caractéristique identitaire commune. Le passage de l'égalité procédurale à celle formelle, en nommant expressément des groupes qui furent historiquement victimes de discriminations, participa à une réflexion sur les effets sociaux du droit et amena ces groupes à poser un « regard critique sur des normes et pratiques sociales faussement "neutre" »¹⁵. Cette réflexion sur l'égalité permet l'émergence d'une nouvelle conception : l'égalité réelle ou matérielle, l'égalité *par* la loi (plutôt que *devant* ou *dans* la loi)¹⁶. La critique formulée par les groupes identitaires, mais aussi dans la littérature juridique est nettement d'inspiration postmoderne : la prétention à la neutralité du droit moderne est perçue comme un leurre ou encore le résultat d'une analyse grossière, obnubilée par l'abstraction théorique, sans contact avec la réalité empirique. La formulation d'une nouvelle vision de l'égalité n'aurait même pas été possible selon le Professeur Vlachos sans le tournant pluraliste de notre ère :

¹² P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 3, p. 445-6. En ce qui concerne l'obsolescence de la conception des droits fondamentaux en générations, voir : G. VLACHOS, préc., note 2, p. 310-3.

¹³ P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 3, p. 449-51.

¹⁴ *Id.*, p. 450 ; H. ABDELHAMID, préc., note 6, p. 138-47.

¹⁵ Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, ÉYB, 2007, p. 3, à la page 8. Voir aussi : M. FREITAG, préc., note 2, p. 214-224.

¹⁶ Encore une fois, la catégorisation est de : Daniel PROULX, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29-3 *C. de D.*, 567, 571 et 578.

« ... un ensemble d'inégalités institutionnalisées — psychologiques, morales, économiques, culturelles — [...] avait tout simplement [été] ignoré ou passé sous silence [par l'individualisme moderne...] Sous un régime juridique et constitutionnel entièrement dominé par la distinction entre la société privée et l'État, il eût été difficile d'imaginer un système protecteur de l'homme individuel considéré dans la totalité de ses rapports virtuels avec les individus ou groupes qui composent la collectivité globale. [...] L'égalité concevable en régime de dualisme strict et d'opposition dogmatique entre le privé et le public ne pouvait être que l'égalité formelle [... Il fallut que] le concept d'une société privée homogène opposée à l'État [soit] éliminé plus ou moins entièrement [... pour que] l'homme individuel, en tant que réalité morale concrète, c'est-à-dire en tant que personne, avec tout ce que cela comporte de positif sous l'angle de l'appréciation des intérêts psychologiques, économiques, sociaux ou culturels, a pu être pensé réellement en fonction d'un ensemble d'inégalités ou de dissemblances réelles qui, devenues apparentes au sein d'une société pluraliste dévoilée, permettaient [une conception réelle de l'égalité] [nos soulignements] »¹⁷.

Comme le souligne le Professeur Proulx¹⁸, le tournant en faveur de la considération des groupes et des conditions concrètes d'existence influence même à partir de la fin du XXe siècle la philosophie politique libérale qui vient à la conclusion que l'égalité juridique formelle ne permet pas l'atteinte de l'objectif de maximisation de la liberté et de l'épanouissement personnels qu'elle poursuit. Il explique que ce courant philosophique cherche dès lors à refonder l'égalité sur une nouvelle valeur de justice sociale, distributive ou compensatoire, pour assurer la cohésion sociale permettant la survie de la communauté politique et qui « dicte un changement de perspective majeur dans la tradition de pensée libérale individualiste : l'égalité ne doit plus être envisagée uniquement en fonction des individus, mais également en tenant compte des groupes dont ils font partie et que la loi ou la société a négligés, voire dominés et humiliés par le passé »¹⁹. Le rôle de l'État s'en trouve modifié puisqu'il est maintenant engagé envers l'établissement d'une plus grande égalité de fait par des politiques sociales bénéfiques pour les groupes défavorisés et des politiques de traitements préférentiels (aussi appelées « action positive » ou « programme d'accès à l'égalité »). Daniel Proulx cite en exemple le principe de

¹⁷ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 300.

¹⁸ D. PROULX, préc., note 16, p. 573-80. Voir aussi la reprise et la bonification plus récente de cet article : Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », (2015) Hors-série *R.Q.D.I.*, 61, 62-7.

¹⁹ *Id.*, p. 578.

différence développé par le philosophe libéral John Rawls et qui apporte une justification au développement de l'État-providence. Cette nouvelle perspective s'impose également dans le droit libéral avec la proclamation de droits économiques et sociaux (bien qu'ils soient encore dépendants de la volonté politique²⁰) et la reconnaissance d'une conception réelle de l'égalité.

La constatation que l'égalité formelle n'évacue pas dans les faits certains biais et certaines discriminations auxquels participe l'État, voire qu'elle peut même les accentuer²¹, mène donc au développement de l'égalité réelle, un principe « selon lequel un traitement différent peut s'avérer nécessaire pour assurer l'égalité de certains groupes dans la société »²². Bien qu'elle ne soit désignée sous cette nomination qu'avec l'arrêt *Kapp*²³, c'est presque 20 ans auparavant, dans l'arrêt *Andrews*, que la Cour suprême reconnut pour la première fois la conception réelle de l'égalité sous l'égide de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴ :

« est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. [...] Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [...] la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. [...] Il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre »²⁵.

²⁰ Le statut des droits économiques et sociaux relève essentiellement pour l'instant d'une déclaration d'intention puisque les tribunaux considèrent qu'ils ne fondent pas une obligation étatique de mise en œuvre des politiques sociales nécessaires à leur réalisation. Il faut dire qu'ils ne sont pas protégés par la Charte canadienne et ne bénéficient pas d'un caractère supra législatif sous la Charte québécoise (art. 52). Considérés comme des droits « programmatoires », les tribunaux laissent largement le soin au Législateur d'établir ses choix de politiques, sous réserve que celles-ci doivent être fournies sans discrimination. Voir : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429.

²¹ D. PROULX, préc., note 16, p. 574.

²² Martha BUTLER, *L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la Charte. Étude générale*, Publication n° 2013-83-F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et sociales, Service d'information et de recherche parlementaires, 2013, p. 3, en ligne : <<https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2013-83-f.pdf>> (site consulté le 2 juillet 2017).

²³ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

²⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après *Charte canadienne*). Pour l'historique jurisprudentiel : BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT (Martha BUTLER), préc., note 21, p. 2, 3, 7 et 8.

²⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164-5, voir également les p. 163-71 pour

La Cour suprême est également à l'origine de l'adoption de cette perspective sous l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁶.

Des similitudes notables sont partagées par les visions formelle et réelle de l'égalité. Elles relèvent toutes deux de l'égalité substantielle puisqu'elles s'intéressent toutes deux au contenu des normes. Elles s'inscrivent toutes deux dans une attention portée à la réalité sociohistorique puisqu'à partir de la DUDH, les motifs interdits de discrimination des outils de protection des droits fondamentaux constituent la reconnaissance de discriminations historiques ayant et continuant d'affliger différents groupes partageant une caractéristique commune à laquelle une signification sociale est apposée²⁷. Cette considération était cependant limitée *lors de l'analyse juridique* au texte de la loi sans s'étendre à ses résultats effectifs, ce qui amena le Professeur français Jean Rivero à commenter que l'égalité formelle considère l'« Homme abstrait » alors que l'égalité réelle regarde l'« homme situé » dans son contexte social²⁸. La différence entre l'analyse formelle et réelle fut souvent expliquée par la doctrine en ayant recours aux notions de discrimination directe et indirecte²⁹. L'égalité formelle fut ainsi présentée comme un raisonnement s'intéressant aux discriminations directes, *ie* aux différences de traitement présentes dans une norme juridique, une pratique ou un acte lui-même alors que l'égalité réelle permet de s'intéresser aux discriminations indirectes, à savoir aux différences de traitement qui ne sont pas prévues par la norme, la pratique ou l'acte lui-même, mais qui apparaissent dans les effets de son application. Un exemple classique est les politiques de taille et de poids minimaux

une critique d'une conception de l'égalité restreinte à celle formelle uniquement et une présentation de précédents jurisprudentiels pré et post Charte canadienne ayant ouvert la voie à la reconnaissance d'une égalité réelle. Notons que la Cour profite de cette cause pour interpréter l'art. 15(1) de la Charte canadienne comme une protection à la fois de l'égalité procédurale, formelle et réelle ainsi qu'établir le critère permettant de conclure à une discrimination bien que les faits de l'espèce concernaient une discrimination strictement formelle : l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique établissait une distinction fondée sur la citoyenneté pour l'accession à la profession d'avocat et qui fut jugée discriminatoire.

²⁶ L.R.Q., c. C-12 (ci-après Charte québécoise). *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, dans : D. PROULX, préc., note 18, p. 73.

²⁷ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *La critique identitaire, la liberté d'expression : un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique. La pensée juridique à l'ère de l'angoisse*, thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 1997, p. 42.

²⁸ Jean RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », (1961-62) *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 351, dans : D. PROULX, préc., note 16, p. 574.

²⁹ P. BOSSET, préc., note 15, p. 11-2 ; D. PROULX, préc., note 18, p. 75. Voir aussi la première décision de la Cour suprême reconnaissant une obligation d'accommodement raisonnable : *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 551.

pour servir dans les services de police ou de sécurité incendie : les critères apparaissent neutres de prime abord car ils ne visent aucun groupe protégé, mais en pratique, ils éliminent de façon disproportionnée les femmes et les membres des groupes culturels asiatiques et latino-américains sans être une indication efficace des capacités³⁰.

Le développement jurisprudentiel en faveur d'une obligation d'accommodement raisonnable est également lié à ces notions puisqu'il s'agit d'une attention au contexte social et aux caractéristiques des individus ainsi qu'une reconnaissance de la nécessité en certaines circonstances d'un traitement différentiel pour l'atteinte de l'égalité. Pierre Bosset définit la notion comme suit :

« une *obligation juridique*, applicable dans une situation de *discrimination*, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du *raisonnable*, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme [italiques originaux] »³¹.

En plus, l'égalité réelle a introduit dans notre droit le concept de discrimination systémique :

« On parle de discrimination directe lorsqu'une personne est soumise à un traitement différent reposant sur un motif de discrimination prohibé, et ce, de façon ouverte et avouée. La discrimination indirecte renvoie à l'application d'une règle, d'une politique ou d'une pratique, en apparence neutre, qui a des effets préjudiciables sur les membres des groupes visés par l'article 10 de la Charte. La discrimination systémique, quant à elle, englobe à la fois la discrimination directe et indirecte, mais elle va beaucoup plus loin. Elle repose sur l'interaction dynamique entre des décisions et des attitudes teintées de préjugés, ainsi que sur des modèles organisationnels et des pratiques institutionnelles qui ont des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les groupes protégés par la Charte »³².

³⁰ D. PROULX, préc., note 18, p. 75.

³¹ P. BOSSET, préc., note 15, p. 10, voir aussi 11-2. La distinction entre la discrimination directe et indirecte est toujours utilisée par la doctrine *comme notion analytique* permettant d'explicitier la différence entre l'égalité formelle et réelle et elle nous apparaît encore pertinente dans cette optique bien qu'elle fût abandonnée par la Cour suprême *en tant que critère* de l'obligation d'accommodement raisonnable : depuis l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)*, [1999] 3 R.C.S. 3, il n'est plus nécessaire de qualifier la discrimination d'indirecte pour conclure à une obligation d'accommodement. Lorsqu'une discrimination est constatée, qu'elle soit directe ou indirecte, on favorise d'abord une réflexion sur la possibilité d'un ajustement de la pratique ou politique concernée pour éradiquer l'effet discriminant et, en cas d'impossibilité, on doit évaluer l'opportunité d'une adaptation particularisée de la norme en faveur de l'individu ou du groupe désavantagé.

³² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE

La conséquence vitale de la différence entre l'analyse purement formelle et l'analyse incorporant aussi l'égalité réelle est que :

« l'égalité réelle doit se mesurer à l'aune des effets discriminatoires ou préjudiciables d'une mesure sur les groupes défavorisés, c'est-à-dire au-delà du texte de loi officiellement "égal" ou des conditions générales exigées "également" de tous [...] Dans cette perspective, ce sont les conséquences pratiques d'une décision ou d'une politique qui comptent, par opposition au libellé de celle-ci ou aux intentions de son auteur [nos soulignements] »³³.

Autant sous la Charte canadienne³⁴ que celle québécoise³⁵, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une intention discriminatoire, ou formulé autrement, du caractère volontaire ou conscient de la discrimination chez son auteur. Le responsable d'une discrimination peut ne pas l'avoir voulu, voire ne même pas s'être rendu compte que son comportement fut influencé par des préjugés ou stéréotypes liés à un groupe protégé.

En résumé, la perspective réelle de l'égalité peut d'abord agir comme justification à des politiques sociales ou des mesures d'action positive au bénéfice de groupes défavorisés ou marginalisés ; il est alors question d'une justification à des choix politiques effectués par une autorité et elle n'a pas d'effet juridique autre que d'expliquer les dispositions légales qui autorisent l'État à faire de la « discrimination positive »³⁶. Mais en plus, l'égalité réelle est une

L'ÉDUCATION-COOPÉRATION ET DES COMMUNICATIONS, *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés. Rapport de la consultation sur le profilage racial et ses conséquences*, Montréal, 2011, p. 13-4, en ligne : <http://www.cdpcj.qc.ca/publications/Profilage_rapport_FR.pdf> (consulté le 12 avril 2012). Voir également la définition de la discrimination systémique reconnue par la C.A.Q. dans le contexte de la Charte québécoise et ses effets sur la preuve de discrimination dans : *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 37-8.

³³ D. PROULX, préc., note 18, p. 66.

³⁴ *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 327-8 (j. Abella, représentant la majorité quant à l'interprétation du droit à l'égalité sous la Charte canadienne) : « [Il est erroné de s'attarder] à la question de savoir s'il existe une attitude, plutôt qu'un effet, discriminatoire [...] C'est la *conduite* discriminatoire que cherche à prévenir l'art. 15, non pas l'attitude ou le mobile à l'origine de cette conduite [italiques originaux] ». Cette décision est venue clarifier la reformulation effectuée dans les arrêts *Kapp*, préc., note 23 et *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396 du critère qui avait d'abord été établi dans *Andrews*, préc., note 25.

³⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789.

³⁶ Le deuxième paragraphe de l'art. 15 de la Charte canadienne a cet objectif : « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. » On peut dégager le même de la formulation de l'art. 10 de la Charte québécoise qui circonscrit la définition de la discrimination aux

méthode d'analyse juridique qui permet de faire apparaître des discriminations qui passeraient inaperçues avec un examen strictement formel. Elle ne remplace pas l'égalité formelle, mais plutôt, s'y ajoute afin d'offrir une protection plus complète. Ses conséquences au niveau juridique sont de deux ordres. D'abord, une règle de droit peut être invalidée lorsque dans ses effets elle est contraire au principe d'égalité inhérent à chacun des droits fondamentaux³⁷. Ensuite, l'interdit de discrimination doit être analysé au regard des effets sur les groupes protégés³⁸, de telle façon qu'une règle de droit est susceptible d'être invalidée alors que tout autre acte étatique peut voir sa validité remise en cause ou encore enclencher l'obligation d'accommodement raisonnable³⁹. Dans le cas de la Charte québécoise, les mesures, politiques ou pratiques d'un acteur privé qui viole l'interdit de discrimination au regard de ses effets sur un groupe protégé pourront subir des conséquences similaires. Dans tous ces cas, le principe ou la valeur qui sous-tend l'égalité réelle est l'inclusion de tous malgré le défi que peut poser, dans une société diversifiée, le développement de normes et de pratiques ayant des effets semblables sur la reconnaissance et l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés des personnes. L'égalité réelle doit être comprise comme un outil d'inclusion au projet politique que constitue l'État, mais aussi à la société dans son ensemble⁴⁰. La critique de l'exclusion s'impose d'ailleurs aujourd'hui au sein de la critique juridique identitaire⁴¹ et l'intégration est proposée comme critère de validité des différenciations nécessaires à l'atteinte de l'égalité réelle⁴². À notre avis, l'objectif d'inclusion peut être lié à la perspective personnaliste et pluraliste des droits.

situations qui ont « pour effet de détruire ou de compromettre » le « droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne ».

³⁷ *Infra*, 3.1. pour des exemples en contexte politique.

³⁸ *Infra*, 2.2. pour des exemples en contexte politique.

³⁹ La Cour suprême a établi que l'obligation d'accommodement raisonnable ne s'applique pas aux mesures législatives étant donné leur nature ou vocation générale ; elles ne peuvent qu'être invalidées lorsqu'il y a une violation injustifiée du droit : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

⁴⁰ Puisque l'objectif d'inclusion relève d'un droit, celui à l'égalité, il ne faut pas y voir une obligation ou un devoir d'inclusion qui incomberait à la personne, mais bien une protection contre l'exclusion ; cette protection peut être formulée comme un droit à l'inclusion lorsque son détenteur décide de le revendiquer, mais rien ne l'y oblige. Voir notre réflexion sur la liberté d'opinion dans son aspect de protection contre l'adhésion forcée à une opinion : *supra*, Chapitre II, 3.3.

⁴¹ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 27, p. 30-5. Rappelons que l'art. 10 de la Charte québécoise définit d'ailleurs la discrimination comme une « distinction, exclusion ou préférence ».

⁴² G. VLACHOS, préc., note 2, p. 304-5. Par exemple, l'inclusion est présentée par certains comme un critère d'évaluation de l'opportunité des accommodements raisonnables : Julius GREY, « L'accommodement raisonnable : multiculturalisme et vision républicaine », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), préc., note 25, p. 235, à la page 237.

1.2. La perspective personnaliste et pluraliste des droits fondamentaux

Pour le Professeur Vlachos, nous sommes passés d'une conception subjectiviste à une conception personnaliste et pluraliste des protections fondamentales depuis l'adoption de la DUDH⁴³. Cette perspective place la protection de la personne au centre du système juridique. Elle s'éloigne du positivisme moderniste et formel fondé sur l'individu abstrait pour embrasser une vision plus complète de la personne humaine située dans son contexte social, notamment au regard de ses groupes d'appartenance. Elle adopte donc l'angle de l'égalité réelle. Elle est adaptée au contexte pluraliste de la société postmoderne car elle reconnaît la participation des groupes dans l'expérience humaine, mais aussi dans l'exercice réel des droits. Elle octroie conséquemment le bénéfice de la protection des droits et libertés aux groupes dans la mesure où ceux-ci sont exercés en faveur des personnes. Mais elle protège les personnes des abus des acteurs privés individuels ou collectifs, en plus de ceux de la puissance publique. Ainsi, les droits fondamentaux personnalistes visent à protéger les personnes contre « toutes les aliénations » :

« Si l'État n'est plus [...] l'élément antithétique de la société privée autonome et si l'individu se trouve impliqué dans un complexe de rapports de dépendance ou de domination diversifiés, la liberté de l'homme ne saurait plus être définie uniquement en fonction de l'État et de ses organes, mais en fonction de la totalité des aliénations possibles dont il peut être la victime, en raison même de la diversité des structures de domination. Dès lors, les droits fondamentaux ne sont plus à protéger uniquement contre les actes ou les agissements de l'autorité étatique, mais aussi contre les actes et les agissements d'autres individus ou groupes conduisant à des rapports ou à des situations d'aliénation analogues à ceux vis-à-vis desquels l'homme était ou devait être protégé dans la société individualiste »⁴⁴.

L'idée d'aliénation réfère à notre avis à ses différents sens courants : à la dépossession d'une personne de ce qui constitue son être essentiel, sa raison d'être, de vivre ; à la perte de son libre

⁴³ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 287-334. Le personnalisme, ou personnalisme communautaire, est associé aux travaux des années 1930 au sein de la revue française *Esprit* et aux écrits de son fondateur, le philosophe français Emmanuel Mounier : Jean-Marie DOMENACH, *Emmanuel Mounier*, coll. Essais. Points, Paris, Seuil, 2014. On utilise aussi aujourd'hui l'expression personnalisme postmoderne : Stamatios TZITZIS, *La personne, l'humanisme, le droit*, coll. Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.

⁴⁴ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 287.

arbitre ; à la déchéance de ses droits⁴⁵. Cette nouvelle visée des droits fondamentaux transforme le rôle de l'État quant à leur protection puisqu'aux interdits qu'ils posent à l'exercice de la puissance publique s'ajoutent des obligations positives envers les personnes ; interdictions et obligations ne se conforment plus à la classification tripartite en générations de droits fondamentaux puisque le respect et la protection de la personne peuvent commander l'abstention ou l'intervention de l'État tout autant pour les droits individuels, les droits politiques ou les droits économiques et sociaux⁴⁶. Nous expliquerons maintenant pourquoi la perspective personnaliste et pluraliste décrit selon nous parfaitement l'égalité politique protégée par la Charte québécoise⁴⁷. Elle aide à la réflexion sur l'adaptation de notre droit, encore de facture très moderne, aux nouvelles réalités décrites par les penseurs de la postmodernité en nous permettant de revisiter et de faire évoluer la conception de nos notions juridiques.

2. L'interdit de discrimination politique : une protection de la personne contre toutes les aliénations

La Charte québécoise assure en quelque sorte une double protection : premièrement, la garantie des droits et libertés de la personne tels qu'ils sont édictés à ses articles 1 à 56 et, deuxièmement, la garantie que ces droits ne souffriront d'aucune variation se caractérisant comme une discrimination étant donné son article 10 :

« Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la

⁴⁵ Dictionnaire Larousse en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ali%C3%A9nation/2256>>.

⁴⁶ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 310-321.

⁴⁷ Une lecture personnaliste de Charte canadienne ne s'impose pas nécessairement bien qu'elle puisse être au fondement même de son adoption : André BURELLE, *Pierre Elliott Trudeau : l'intellectuel et le politique*, Montréal, Fides, 2005. Dans le cas de la Charte québécoise, son application dans la sphère privée milite selon nous fortement en faveur de cette perspective. Cette dernière permet également d'atteindre un équilibre et une cohérence entre les conceptions antinomiques « libérale » et « sociale » qui marqueraient la pensée juridique contemporaine selon Jürgen Habermas et que Me Michel Coutu retrouve dans l'évolution de l'interprétation de la Charte québécoise : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DE LA PLANIFICATION (Michel COUTU), *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés. Études n° 3 — Les libertés et droits fondamentaux, entre individus et société*, Montréal, 2003, en ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/publications/bilan_charte_etude_3.pdf> (site consulté le 21 avril 2016).

religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »

Ainsi, bien que des limites aux droits et libertés protégés pourront être justifiées, une tentative de justification fondée sur une discrimination échouera. Ceci nous permet d'appuyer la conclusion de la Commission selon laquelle le motif interdit de discrimination des convictions politiques vise à :

«... assurer la protection de l'exercice réel de la liberté d'opinion et d'expression et de la soustraire ainsi à toute mesure de représailles, et ce, par respect du principe que toute personne est censée détenir le droit de déterminer par elle-même ce qu'elle croit vrai et de le communiquer aux autres »⁴⁸.

Ainsi, parmi toutes les opinions que les individus ont la liberté d'exprimer dans une société démocratique, se situe l'ensemble plus restreint des convictions politiques qui bénéficient en plus d'une protection contre la discrimination. À notre avis, l'objectif de la protection contre la discrimination politique dégagé par la Commission est juste, mais mérite d'être enrichi par sa mise en relation avec l'ensemble des droits et libertés de la personne ainsi qu'avec la perspective personnaliste et pluraliste des droits fondamentaux.

Cette protection s'allie dans un premier temps aux droits fondamentaux garantissant la participation aux structures décisionnelles étatiques (les droits politiques) et au débat public (les libertés d'opinion et d'expression) afin d'invalider toute mesure ayant directement pour objet de restreindre les possibilités de la participation politique d'un individu sur la base de ses convictions politiques. La censure de certains points de vue politique, l'interdiction d'une formation politique, l'usage des forces de l'ordre afin de faire taire une contestation ou encore le déni du droit de vote aux membres d'un parti politique ne sont que quelques exemples de mesures restreignant directement la participation politique et qui sont clairement interdites par

⁴⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (Renée LESCOP et Hailou WOLDE-GIORGHIS), *La notion de convictions politiques dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, avril 1983, p. 8.

la Charte québécoise. Dans un deuxième temps, l'interdit de discrimination politique peut aussi s'associer à tout autre droit ou liberté de la personne afin d'offrir une protection contre toutes *représailles* fondées sur les convictions politiques d'un individu. L'atteinte à un droit fondamental qui ne dessert pas la participation politique doit être tout autant condamnée car elle pourra avoir un effet négatif indirect sur la participation politique : si l'expression d'une idée politique entraîne l'éviction de sa demeure ou un emprisonnement arbitraire (respectivement en violation des articles 7 et 24 de la Charte québécoise), en quoi la possibilité de l'énoncer en toute légalité garantirait-elle la participation politique ?

Cette analyse confirme que l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques s'inscrit dans la perspective personnaliste et pluraliste décrite par le Professeur Vlachos. Cet interdit est d'abord une exigence d'inclusion de tous à la communauté politique en protégeant la participation démocratique dans les structures étatiques et le débat public. Il est également une garantie d'un traitement égal de la part de l'État dans tous ses actes : aucune perte ou variation des droits, de même qu'aucunes *représailles* ne peuvent se rapporter aux convictions politiques d'une personne. Il s'agit ici d'interdits posés à l'État quant à la place que peut prendre chaque citoyen dans la sphère publique, mais également quant à la poursuite d'une réflexion politique dans la sphère privée, seul ou en association avec d'autres. L'activité politique peut en effet y prendre place : on peut penser à la liberté des individus de participer à des cercles de discussion politique qui ne visent ni la création d'un parti politique ni la prise de parole publique pour influencer les politiques publiques. La liberté d'association⁴⁹ et la reconnaissance d'une personnalité morale bénéficiant dans une certaine mesure des droits et libertés⁵⁰ sont ainsi des

⁴⁹ Depuis le début du siècle, le droit d'association bénéficie d'ailleurs d'une interprétation de plus en plus généreuse, notamment avec l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016 dans lequel la Cour suprême favorisa un élargissement des activités couvertes par la liberté d'association, au-delà du seul exercice collectif de libertés et droits déjà détenus individuellement : « Dans certains cas, la protection de l'al. 2d) [de la Charte canadienne] devrait couvrir des activités qui, par leur nature inhérente, sont collectives, en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. »

⁵⁰ La question de l'application aux personnes morales de chacun des droits fondamentaux est une question complexe dont nous ne pouvons traiter pour des raisons de concision, mais mentionnons que la Cour suprême reconnaît qu'une personne morale puisse invoquer en défense la liberté de religion bien qu'elle n'en soit pas proprement bénéficiaire, ce qui lui permet tout de même de profiter indirectement de la protection. De même, la liberté d'expression comprend l'expression commerciale, ce qui permet aux compagnies d'en bénéficier : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, tout comme le droit de piqueter bénéficie aux organisations syndicales et politiques : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 et *T.U.A.C., section*

éléments clefs de la protection de l'activité politique qui n'est plus exclusivement centrée sur la sphère publique. Comme nous le verrons à la section 2.3., l'art. 20 de la Charte québécoise permet d'ailleurs la discrimination inhérente à la formation d'un groupe partageant des idées ou des objectifs politiques.

En outre, la Charte québécoise a une portée beaucoup plus large puisqu'elle protège les personnes contre des discriminations opérées dans les relations privées. Toute violation discriminatoire de droits ayant pour effet d'entraver la réflexion ou l'action politique, ou encore d'y associer des représailles est *a priori* visée, peu importe son origine. Ce faisant, la garantie présente d'autres objectifs, elle relève d'une nouvelle logique. En dépassant les structures étatiques et le débat public, elle s'oppose plus largement à l'exclusion sociale. L'être humain libre de penser, de développer et d'exprimer ses convictions politiques est prémuni à l'encontre d'une exclusion des lieux habituellement accessibles au public⁵¹, d'une discrimination dans l'embauche⁵² ou encore d'un refus de « conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public »⁵³, pour ne citer que quelques exemples issus du Chapitre I.1. de la Charte québécoise. L'État se voit attribuer une obligation de protection contre des aliénations qui prennent leur source dans les relations privées, qu'elles soient le fait de personnes ou d'organisations. Si les groupes peuvent appuyer l'exercice de leurs droits par les personnes, ils peuvent tout comme l'État et les acteurs individuels être des agents de discriminations. Le droit a donc évolué pour s'adapter à la société pluraliste : l'État, les autres acteurs collectifs et les acteurs individuels sont liés dans des rapports de droits et de devoirs réciproques qui remplacent le dualisme moderne État-citoyen⁵⁴.

Dans les pages qui suivent, nous verrons d'abord comment la perspective personnaliste et pluraliste éclaire la conception du politique qui s'impose à notre époque (2.1.). Nous

locale 1518, c. KMart Canada Ltd, [1999] 2 R.C.S. 1083. Pour une analyse plus complète, voir : ÉLIZABETH FOSTER, « La Charte canadienne des droits et libertés : pour la protection des droits de la personne humaine ou instrument d'évolution de la société ? » (1989) 30-1 *C. de D.* 237.

⁵¹ Charte québécoise, préc., note 26, art. 15.

⁵² *Id.*, art. 16.

⁵³ *Id.*, art. 12.

⁵⁴ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 332-3.

examinerons ensuite les éléments de preuve à établir pour conclure à une discrimination politique au sens de l'article 10 de la Charte québécoise (2.2.). Cette analyse nous permettra d'exemplifier ce qui constitue une violation de l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques au sens de l'égalité formelle et de démontrer comment l'analyse de l'égalité réelle fait apparaître des discriminations qui passeraient inaperçues lors d'un examen strictement formel. Ce faisant, nous identifierons les limites que l'interdit de discrimination politique impose aux actes de l'État, mais également des acteurs privés. Nous concluons avec la présentation des justifications prévues à la Charte québécoise afin d'autoriser certaines discriminations (2.3.).

2.1. Le politique à la Postmodernité

Bien que l'État soit concurrencé dans sa fonction de régulateur social par différents acteurs à l'ère postmoderne, le régime démocratique libéral demeure bien en place, notamment grâce à l'effet de *locking-in* de la constitutionnalisation des droits fondamentaux. La forme de l'État n'est pas formellement menacée par l'émergence d'une nouvelle organisation sociale, mais des conceptions en son sein s'en voient modifiées. Dans le contexte d'une division rigide entre la sphère publique et celle privée, le politique réfère strictement aux affaires d'État. Dans notre revue de la littérature et de la jurisprudence au Chapitre introductif, nous avons retrouvé à quelques reprises une telle conception stato-centriste du politique. À notre sens, celle-ci relève d'une vision moderne du phénomène politique devenue trop restreinte pour être retenue pour l'interprétation de la protection contre la discrimination fondée sur les convictions politiques. La réalité sociale postmoderne crée un flou quant à la distinction entre les sphères publique et privée, ce qui d'ailleurs a déjà influencé l'état du droit. L'égalité politique ne se limite plus aux garanties du droit de vote, à l'éligibilité électorale et à l'association en parti politique depuis l'adoption d'outils de protection des droits fondamentaux : les libertés d'opinion et d'expression et l'interdit de discrimination politique protègent une égalité maintenant plus largement conçue. Le politique ne se vit plus uniquement dans les strictes structures étatiques et la Charte québécoise vise également à assurer un débat public libre et la protection des individus contre toutes représailles et exclusions exercées contre eux dans la sphère privée en raison de leurs opinions politiques.

La dichotomie entre les sphères publique et privée demeure toute de même présente dans la conception des droits fondamentaux qui garantissent l'égalité politique. En effet, nous avons vu précédemment que l'objectif d'un débat public libre repose sur la liberté d'expression, laquelle est renforcée sur les questions politiques vu leur importance dans un régime démocratique. La notion d'intérêt public fut développée pour délimiter l'étendue de cette liberté face à des droits fondamentaux concurrents ou à une intervention étatique – dit autrement, l'intérêt public permet de délimiter ce qui relève de la sphère publique *versus* de celle privée. Dans les dernières années, la notion fut interprétée de façon large et décentrée des seules questions étatiques et, ce faisant, les notions d'État, de politique et de public ne sont plus en adéquation. Plusieurs questions qui sont discutées publiquement sont certainement politiques (le contexte électoral étant un exemple paradigmatique) alors que d'autres présentent un aspect politique dans le contexte d'un État interventionniste (le financement de l'art n'est peut-être pas *a priori* politique, mais les subventions publiques en la matière le sont⁵⁵), mais d'autres problèmes qui n'ont aucun lien avec l'État peuvent être à l'origine d'un débat public qui nous semble avoir un caractère politique (pensons à n'importe quelle campagne effectuée par un groupe de pression contre une compagnie). La garantie de libre discussion sur les questions d'intérêt public vise une protection très large qui relève plus du dialogue sur des phénomènes sociaux que sur le seul phénomène politique. Par exemple, l'intérêt public protégerait certainement des critiques sur les conséquences sociales négatives d'un média social comme Facebook même si la compagnie évoquait son droit à la réputation — et cette conclusion n'est pas dépendante de la présence d'un aspect politique aux reproches.

Ce qui doit être considéré comme politique apparaît plus clairement lorsqu'on se rappelle l'objectif de l'opposition classique en droit libéral entre la sphère publique et la sphère privée. La première est un espace politique, *ie* qui concerne le monde terrestre, l'organisation des sociétés humaines détachée des préceptes religieux et des croyances métaphysiques, il s'agit d'un espace de prise de décisions collectives fondées sur la Raison, ou du moins la discussion publique. Cette dichotomie *juridique* n'est pas entièrement invalidée par la réalité postmoderne,

⁵⁵ Sur les aspects juridiques et politiques de l'art voir notamment : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Montréal, Liber, 1996.

mais elle nécessite une adaptation. Nous en tirons deux éléments que nous traiterons séparément ci-après : le politique implique des *choix* portant sur des *questions collectives*. Ainsi, ce qui permet la qualification d'un sujet comme proprement politique, plutôt que plus largement d'intérêt public, est qu'il implique un choix quant à l'organisation sociale. Nous croyons que c'est sous cet éclairage qu'il faut comprendre la définition sommaire proposée par le juge Lebel : les convictions politiques réfèrent aux « débats sur l'organisation ou le fonctionnement de la société, ses buts ou sa nature »⁵⁶. Il en est de même pour l'une des conceptions du politique proposée par le Service de recherche de la Commission des droits : le politique renvoie au pouvoir et à la lutte autour du pouvoir dans une société, que ce pouvoir soit relié ou non à ses instances politiques formelles⁵⁷. La notion de choix nous apparaît donc de la spécificité du politique, ce qui permet de le distinguer des questions sociales plus largement. Par exemple, il y aurait quelque chose de politique dans les observations contre Facebook si elles proposaient des éléments de réglementation du média social, que la responsabilité de leur mise en œuvre soit attribuée à l'État, à un organe de régulation privé ou à la compagnie Facebook elle-même. En effet, lorsqu'une personne conteste ou tente d'influencer des règles sociales, étatiques ou non, elle exprime l'avis qu'il y a là quelque chose qui devrait être décidé collectivement, quelque chose de politique donc.

Le nécessaire décentrement de l'État dans la conception du phénomène politique à l'ère postmoderne peut être intégré à notre droit en appréhendant la dichotomie public-privé comme une dichotomie collectif-individuel. Nous croyons que le politique peut être défini de nos jours en insistant sur son aspect collectif selon une approche évolutive fondée sur l'évaluation des conceptions d'une époque : est politique une question qui concerne un choix collectif (au sein de l'État ou d'une autre instance) plutôt que d'être reléguée au domaine des choix individuels. Le caractère collectif ou individuel d'un enjeu pourra apparaître différemment dépendant des époques : une question traditionnellement considérée du domaine des choix individuels peut faire l'objet d'un processus de problématisation qui identifie des sources ou des solutions appelant une réponse collective, étatique ou non. Par exemple, la pensée féministe s'appliqua à

⁵⁶ *Morel c. Corporation de Saint-Sylvestre*, [1987] D.L.Q. 391 (C.A.) (j. LeBel). Voir notre analyse de cette décision : *supra*, Chapitre introductif, 2.

⁵⁷ *Supra*, Chapitre introductif, 1.

faire apparaître les causes culturelles et sociales des rapports inégalitaires entre hommes et femmes et favorisa une conception politique de cet enjeu et des solutions collectives ; le slogan « le privé est politique » synthétisait déjà une vision où les frontières entre privé et public se brouillent par la référence à un phénomène collectif. De même, le développement de l'État-providence reposait sur une vision beaucoup plus large du rôle des pouvoirs publics : l'éducation et la santé n'étaient plus comprises sous le seul angle de la responsabilité individuelle et devenaient une question d'avenir collectif.

Une approche juridique de la conception du politique insistant sur son aspect collectif offre donc l'avantage de la flexibilité et de l'adaptativité. Le caractère collectif d'une question pourra être décelé dans les conceptions d'une époque, mais surtout, dans la proposition de la personne qui se réclame d'une expression politique. Il s'agit de la seule optique permettant de protéger les opinions politiques en émergence issues d'un processus de problématisation qui fait passer un enjeu de la sphère individuelle à celle collective. Pour reprendre notre exemple précédent, les féministes d'alors revendiquaient le caractère politique de leurs propositions, caractère peu reconnu comme tel par leurs contemporains, mais que peu nieraient aujourd'hui. Les couples collectif-individuel et public-privé se recourent dans bien des contextes, mais le premier est tout de même plus adapté à l'organisation sociale postmoderne car il reconnaît le caractère politique de lieux de pouvoir autres que l'État ; il élargit en fait la notion moderne de sphère publique pour ne plus la limiter à la seule structure étatique.

Ainsi, des convictions politiques sont des opinions portant sur les choix collectifs. Cette définition n'est pas très éloignée de la définition la plus large proposée au sein de la Commission des droits en 1983 puisque nous avons défini les choix collectifs en référence au pouvoir dans la société. Cependant, puisque, d'une part, nous croyons que l'interprétation des droits fondamentaux gagnerait à donner une vie indépendante à la liberté d'opinion⁵⁸ et que, d'autre part, nous souhaitons définir le cœur de la protection et non pas seulement ses manifestations, nous serions d'accord pour dire que les convictions politiques sont des *opinons* relatives à un conflit sur le pouvoir et non pas qu'elles réfèrent à la participation concrète ou la prise de

⁵⁸ *Supra*, Chapitre II, 3.3.

position dans un conflit sur le pouvoir⁵⁹. De plus, nous croyons que définir le politique en termes de choix collectif permet de clarifier ce qui constitue un conflit sur le pouvoir : il y a conflit lorsqu'il faut prendre une décision entre plusieurs options quant à l'organisation sociale. Il ne s'agit pas de se demander à quel moment un débat devient acrimonieux, mais plutôt à quel moment il existe un débat, *ie* que plusieurs options sont proposées.

Étant donné l'importance des libertés d'opinion et d'expression pour l'égalité politique, nous dirons que ce qui est protégé par le motif des convictions politiques, ce sont les opinions et les expressions qui se rapportent aux choix collectifs. Dans sa forme la plus achevée et la plus complexe, une opinion sur les questions collectives prendra la forme d'une idéologie politique, laquelle était définie en 1983 par le Service de la recherche de la Commission des droits comme un système de pensée qui questionne l'organisation et l'exercice du pouvoir, de même que les politiques concrètes qui en découlent⁶⁰. Étant donné la nature diffuse du pouvoir à l'époque postmoderne, il faut y voir une référence à l'État, mais aussi à toute autre structure de pouvoir selon une conception pluraliste et personnaliste des droits et libertés⁶¹. Par ailleurs, une opinion sur les choix collectifs doit aussi comprendre l'adhésion à une idée ou une proposition quant à l'organisation et l'exercice du pouvoir afin de protéger aussi la personne qui ne se revendique pas d'un système idéologique complet et explicite. La liberté d'opinion, en tant que droit individuel, permet aux personnes de développer une pensée originale qui n'a pas à être conforme à une idéologie politique selon une vision monolithique⁶².

En vertu des principes de la liberté d'expression, toutes les formes d'expression se rapportant aux opinions sur les choix collectifs sont *a priori* protégées, à l'exception du recours à la violence⁶³. Nous pouvons donc penser à des paroles, des écrits, des enregistrements visuels ou sonores, au port d'un symbole, à une performance artistique, mais également à tout acte ayant un contenu expressif. En ce sens, les tentatives d'interprétation du motif proposées par le Service

⁵⁹ *Supra*, Chapitre introductif, 1.

⁶⁰ *Supra*, Chapitre introductif, 1.

⁶¹ *Supra*, 1. sur la pensée de G. Vlachos.

⁶² Parallèlement, les croyances religieuses n'ont pas à être conformes à un dogme officiel pour être protégées par la liberté religieuse : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁶³ *Supra*, Chapitre II, 3.2.

de recherche constituent souvent des illustrations de convictions politiques : la participation concrète à un conflit sur le pouvoir ou l'appartenance à une institution politique sont des façons d'exprimer ses convictions. Mais il ne s'agit pas de définitions adéquates car elles ne couvrent pas toutes les formes d'expression politique. Dans les cas les plus faciles, ce qui permettra de percevoir l'aspect politique d'une expression sera la teneur du message lui-même. Dans d'autres situations, ce sera le contexte de l'expression. Par exemple, lors d'une élection municipale, il n'est pas nécessaire de connaître le vote ou les motivations d'un électeur précis pour conclure qu'il a exprimé ses convictions politiques puisqu'il a pris parti parmi différents projets politiques. Le recours à des formes traditionnelles d'expression d'une contestation politique — piquetage, manifestation, action symbolique comme brûler un drapeau, etc. — est une indication claire d'expression politique.

Dans le contexte particulier d'une discrimination, il faut détecter la présence de convictions politiques comme facteur ayant influencé l'acte discriminatoire et non pas nécessairement comme caractéristique de la victime. Puisque la source de la discrimination est dans l'œil de celui qui l'opère et non pas chez l'individu qui la subit, le principe juridique reconnu est que la caractéristique protégée par un motif interdit de discrimination peut être « réelle » (la victime est vraiment membre du groupe protégé) ou avoir été « présumée » par l'agent discriminatoire (la victime n'est pas membre du groupe protégé, mais elle fut « perçue » comme telle)⁶⁴. Les circonstances de l'acte allégué peuvent donc être primordiales pour révéler le caractère politique. Une déclaration ou tout autre acte peut, en lui-même, ne pas indiquer une affiliation politique particulière, mais y être associé par l'auteur d'une discrimination et une telle association pourra apparaître plus clairement à la lumière du contexte social du moment, notamment lors d'un conflit politique important qui teinte les perceptions des actions les plus anodines. Le motif des convictions politiques étant maintenant précisé, regardons ce qui constitue des discriminations politiques, notamment grâce à l'éclairage particulier de l'analyse

⁶⁴ Nous utilisons ici le même vocabulaire que le Tribunal des droits de la personne, voir par exemple : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (M. Rezko) c. SPVM (D. Chartrand)*, 2012 QCTDP 5. L'approche « subjective » fondée sur les « caractéristiques attribuées » à un individu pourrait être retracée à l'arrêt *Andrews*, préc., note 25, selon la j. L'Heureux-Dubé exprimant l'opinion unanime de la Cour suprême dans : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

réelle de l'égalité.

2.2. L'égalité réelle comme analyse permettant de faire apparaître des discriminations politiques

Dans l'arrêt *Bombardier*, la Cour suprême détaille les trois critères pour établir une discrimination *prima facie* sous l'art. 10 de la Charte québécoise :

« [1] Une distinction, exclusion ou préférence : le] demandeur doit prouver l'existence d'une différence de traitement, c'est-à-dire qu'une décision, mesure ou conduite le touche d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. [...]

[2] Le] demandeur doit établir que la distinction, l'exclusion ou la préférence qu'il subit est « fondée » sur un motif énuméré à l'art. 10 de la *Charte*. [... Le] demandeur a le fardeau de démontrer qu'il existe un *lien* [pas nécessairement causal] entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d'autres mots, que ce motif a été un *facteur* dans la distinction, l'exclusion ou la préférence [...]

[3] Le] demandeur doit démontrer que la distinction, l'exclusion ou la préférence affecte l'exercice en pleine égalité de l'un de ses droits ou libertés garantis par la *Charte* [références omises] »⁶⁵.

La démonstration de chacun des éléments suivant la prépondérance de preuve établira la discrimination et le défendeur pourra ensuite tenter de la justifier pour être acquitté⁶⁶. Puisque l'égalité réelle est reconnue sous la Charte québécoise, l'analyse s'intéresse aux effets de distinction, d'exclusion ou de préférence et il n'est pas nécessaire de démontrer une intention de discrimination chez son auteur⁶⁷. La perspective systémique de la discrimination permet en plus de « s'attarder, non pas uniquement sur l'effet isolé d'un acte, d'une norme ou d'une mesure, mais plutôt sur "un ensemble cohérent de représentations sociales, de préjugés, d'attitudes, de pratiques individuelles et institutionnalisées, qui se renforcent et s'alimentent mutuellement dans un mouvement circulaire" »⁶⁸. L'examen vise autant les normes légales que

⁶⁵ *Bombardier*, préc., note 35, par. 42, 43, 52 et 53.

⁶⁶ *Id.*, par. 55-69. Pour l'analyse des justifications admises : *infra*, 2.3.

⁶⁷ *Supra*, 1.

⁶⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE L'ÉDUCATION-COOPÉRATION ET DES COMMUNICATIONS, *La judiciarisation des personnes itinérantes à Montréal : un profilage social*, Montréal, 2009, p. 46, en ligne :

de possibles variations lors de leur application concrète, comme l'explique cet extrait d'un rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario :

« Les processus de prise de décisions introduisent la racialisation dans les systèmes quand les normes ou les critères sur lesquels reposent les décisions reflètent ou tolèrent certains préjugés contre les personnes racialisées. Les critères et les normes font partie des normes d'exécution d'un système et peuvent être officiels et explicites comme lorsqu'ils sont énoncés dans des lois, des politiques et des procédures. Ils peuvent aussi ne pas être énoncés dans des lois, des politiques et des procédures. Ils peuvent aussi ne pas être énoncés officiellement et découler des façons acceptées de faire les choses »⁶⁹.

Une telle analyse gagnera également à la prise en compte « des conditions historiques qui ont permis la mise en place et la reproduction des systèmes discriminatoires actuels »⁷⁰ et à une attention sur l'effet d'exclusion auquel contribue cet ensemble de facteurs sur les personnes membres du groupe visé⁷¹. L'étude intégrant une perspective réelle permet donc d'apporter en preuve une gamme très large de considérations indiquant un phénomène de discrimination⁷².

<http://www.cdpcj.qc.ca/publications/itinerance_avis.pdf> (site consulté le 25 mai 2012).

⁶⁹ CDPDJ, préc., note 32, p. 14, citant : COMMISSION SUR LE RACISME SYSTÉMIQUE DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE EN ONTARIO (coprésidents D. COLE et M. GITTENS), *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1995, p. 56.

⁷⁰ *Id.*, p. 47, où la Commission québécoise mentionne que cet élément fut déjà reconnu par la Cour suprême quant à la discrimination des femmes en emploi dans : *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

⁷¹ *Id.*, p. 46-47, voir également p. 14 pour des sources jurisprudentielles reconnaissant cet effet « disproportionné » d'exclusion découlant de facteurs multiples.

⁷² Dans *Bombardier*, préc., note 35, par. 88, la Cour précise le cadre d'analyse pour prouver un effet discriminatoire au sens de l'égalité réelle. Une preuve sur l'existence de plusieurs mesures et attitudes défavorables envers un groupe dans une société n'est pas suffisante en soi car elle est trop générale, trop peu reliée à l'acte reproché en l'espèce. Cette opinion encadre le type de preuve désormais pertinente en matière de discrimination systémique. À notre avis, cette décision ne doit pas être interprétée comme un frein à l'établissement d'une discrimination *prima facie* grâce à une preuve circonstancielle selon laquelle une politique précise en cause dans une affaire a un effet de distinction ou d'exclusion sur un groupe protégé dont fait partie de la victime. En fait, il s'agit d'un scénario typique en matière de discrimination indirecte. Par exemple, dans l'affaire *Gaz métropolitain inc.*, préc., note 32, la Cour d'appel du Québec confirme les conclusions du Tribunal des droits de la personne selon lesquelles une discrimination systémique à l'encontre de l'embauche des femmes dans des postes traditionnellement masculins a cours dans l'entreprise. Ce faisant, elle soutient l'analyse de la preuve centrée sur les effets de mesures précises sur un groupe protégé, à savoir en l'espèce : la sous-représentation des femmes dans les emplois manuels à l'étude, la présence d'exigences préalables à l'embauche et de tests lors du processus de sélection qui ne sont pas rationnellement nécessaires tout en désavantageant les femmes ainsi que la présence d'une culture institutionnelle teintée de préjugés (par. 28). Au contraire, dans l'affaire *Bombardier*, il fut jugé que la preuve n'était pas assez liée aux politiques ou pratiques du *Department of Justice* des États-Unis en particulier (dont il fallait déterminer le caractère discriminatoire de sa décision de ne pas délivrer de permis de sécurité au demandeur) et portait de façon trop

En appliquant ce cadre d'analyse en matière politique, nous ne pouvons que conclure que le parti pris envers le régime démocratique libéral est l'exemple même d'une discrimination systémique puisqu'un individu ayant des convictions politiques inconciliables avec la forme de l'État peut être touché par les règles de fonctionnement de ce régime d'une façon différente qui affecte l'exercice de ses droits. Par exemple, la liberté d'expression d'un révolutionnaire est touchée différemment de celle des autres citoyens par l'exclusion de la violence des moyens d'action légitimes. Il s'agit cependant d'une discrimination justifiée par les nécessités de la mise en place de ce régime tel que nous l'expliquons aux chapitres I et II. L'impact de l'analyse de l'égalité réelle se situe plutôt lors de l'examen des règles de droit (2.2.1.), des actes administratifs (2.2.2.) et des actes privés (2.2.3.).

2.2.1. Les règles de droit

Nous indiquions au Chapitre II que la liberté d'opinion politique dans son sens formel n'implique pas un droit à la mise en place du régime de son choix ni une possibilité de se soustraire aux choix collectifs, de telle façon que tous les citoyens sont tenus de respecter le contenu des normes légales même lorsqu'elles heurtent leurs convictions politiques⁷³. L'égalité formelle des droits et libertés interdit plutôt que des lois créent des distinctions fondées sur les convictions politiques comme la criminalisation d'une idée ou d'un groupe politique ou l'accès à des services sur cette base. Cette conclusion nous semble tenir même sous l'angle de l'égalité réelle puisque la Cour suprême rejette la reconnaissance d'une obligation d'accommodement raisonnable dans le cas de la législation en vertu du principe de généralité de la loi⁷⁴. D'autre part, la nature des droits en jeu semble s'opposer à la reconnaissance d'un droit à l'objection politique qui serait l'équivalent en matière d'opinion politique de l'objection de conscience découlant de la liberté de religion et de conscience. Cette dernière permet dans certains cas l'inapplication d'une norme par ailleurs neutre à un individu en raison de sa morale personnelle. La liberté de conscience, définie comme une morale laïque, possède une dimension de protection du « contenu », de la « substance même », de la croyance qui a deux conséquences :

générale sur le profilage racial imprégnant les mesures américaines de sécurité nationale (par. 86-9).

⁷³ *Supra*, Chapitre II, 3.2.

⁷⁴ *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 39.

des règles de droit qui proscrivent ou imposent une croyance sont menacées d'invalidation et celles « qui heurtent la teneur d'un credo ne [sont] pas applicables aux tenants de ce credo »⁷⁵. C'est ce deuxième aspect qui appuie le droit à l'objection de conscience bien qu'il ne soit pas souvent reconnu par les tribunaux canadiens⁷⁶. La liberté d'opinion est d'une nature différente puisque le seul élément de contenu protégé est le droit d'avoir ses propres opinions sans qu'une règle de droit ne proscrive ou n'impose l'adhésion à une idée, mais « [i]l n'est pas possible [...] de s'opposer à ce que la règle de droit qui heurte ce que contient cette pensée ou cette opinion ne soit appliquée »⁷⁷. Ainsi, la liberté d'opinion, dont sur les questions politiques, n'a pas été pensée pour assurer qu'aucune norme légale ne force les individus à agir contre leurs opinions ou, formulé autrement, elle n'a pas été conçue pour fonder un droit à l'objection. Bien que des chevauchements puissent exister entre les notions de morale et de politique, leur résolution est à portée : l'objection de conscience permet de s'opposer à la participation individuelle à une orientation étatique, mais ne peut pas remettre en cause cette orientation⁷⁸. C'est pourquoi l'objection de conscience, où elle est reconnue, assure le choix du service civil plutôt que militaire, mais n'a aucun impact sur la décision d'un pays d'entrer en guerre ou de financer des activités militaires⁷⁹.

⁷⁵ Henri BRUN, « Un aspect crucial, mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience », (1987) 28-1 *C. de D.* 185, 186-8.

⁷⁶ Voir la revue jurisprudentielle dans : Michel ROBERT, *La liberté de conscience et de religion : protection individuelle et intérêt du public*, Conférence annuelle sur les droits humains, Comité sur la diversité ethnoculturelle, Barreau de Montréal, Montréal, 2010 [Ressource électronique], en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/Apropos/Discours/docs/Robert_Michel/Liberte_conscience_15062010.pdf> (site consulté le 6 avril 2014). En fait, une seule décision parmi celles répertoriées reconnaît au Canada un droit à l'objection de conscience en faveur d'un détenu végétarien : *Maurice c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. no 72.

⁷⁷ H. BRUN, préc., note 75, p. 187.

⁷⁸ *Supra*, 2.2. En ce sens, voir : *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406 (j. Linden, dissident sur d'autres questions) : « La liberté de pensée, de croyance et d'opinion se distingue de la liberté de conscience. La liberté de pensée, de croyance et d'opinion englobe de nombreuses idées et de nombreux principes qui ne sont pas des questions de conscience ni de distinction entre le bien et le mal ; on vise ici les idées politiques, sociales, économiques ou culturelles. Ces problèmes appartiennent au domaine de la raison, et non à celui de la foi ou de la moralité. Il est évident qu'il n'existe pas de frontière bien définie entre ces questions ; il se peut qu'elles se chevauchent, ce qui les rend difficiles à différencier ».

⁷⁹ Voir : CONSEIL DE L'EUROPE, *Liberté de conscience. Actes. Séminaire organisé par le Secrétariat Générale du Conseil de l'Europe en collaboration avec le Centre d'études des droits de l'homme "F.M. van Asbeck" de l'Université de Leiden*, Strasbourg, 1993, en ligne : <https://books.google.co.uk/books?id=lbHs5euBdScC&dq=l%27objection+de+conscience+dans+les+id%C3%A9es+et+les+institutions&source=gbs_navlinks_s> (site consulté le 18 juin 2012).

Ainsi, si une loi ou un règlement en apparence neutre a un effet discriminatoire sur les droits d'une personne en raison de ses caractéristiques propres liées à un motif interdit, la seule réponse judiciaire possible est l'invalidation constitutionnelle de cette loi — le tribunal ne peut pas déclarer la loi inapplicable à la victime ou forcer un accommodement en sa faveur. L'analyse réelle demeure tout de même pertinente comme révélateur de la discrimination. À des fins d'illustration, penchons-nous sur Règlement P-6 de la Ville de Montréal qui, à son article 2.1, exige la divulgation préalable auprès du service de police de l'itinéraire de toute manifestation⁸⁰. Cet article fut appliqué par le Service de police de la Ville de Montréal comme une condition de légalité des manifestations⁸¹. En vertu de l'égalité formelle, un tel règlement pourrait être invalidé s'il ciblait explicitement un groupe en particulier sur la base de ses convictions politiques — ce qui n'est pas le cas en ce sens que la norme s'applique à toute manifestation — ou encore s'il était prouvé qu'il s'agit tout de même d'une volonté du législateur de cibler certains groupes politiques. Au seul regard de la liberté d'expression et de l'égalité formelle, l'obligation de divulgation de l'itinéraire peut apparaître comme un encadrement raisonnable de la liberté d'expression⁸². Dans la perspective de l'égalité réelle cependant, on voit émerger une négation du droit de manifester de certains contestataires qui, au nom de leurs convictions politiques, rejettent toute participation aux structures de l'État, toute collaboration avec la police

⁸⁰ *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre public, et sur l'utilisation du domaine public*, Conseil municipal de la Ville de Montréal, règlement n° P-6, 2 février 2001 (modifié le 18 mai 2012), art. 2.1 : « Au préalable de sa tenue, le lieu exact et l'itinéraire, le cas échéant, d'une assemblée, d'un défilé ou autre attroupement doit être communiqué au directeur du Service de police ou à l'officier responsable ».

⁸¹ Francis DUPUIS-DÉRI, « Printemps érable ou Printemps de la matraque ? Profilage politique et répression sélective pendant la grève étudiante de 2012 » dans Francis DUPUIS-DÉRI (dir.), *À qui la rue ? Répression policière et mouvements sociaux*, Montréal, Écosociété, 2013, p. 198, aux pages 235-241. L'auteur explique qu'une manifestation, même pacifique, dont l'itinéraire ne fut pas divulgué s'expose à la procédure de l'arrestation de masse, parfois même sur le lieu du rassemblement avant la mise en branle de la manifestation. La manifestation n'a alors tout simplement pas lieu puisque les policiers procèdent à la détention et au déplacement des participants aux fins de leur identification et de la remise de constats d'infraction (d'une somme de quelques 630 \$), ce qui prend quelques heures.

⁸² Sa validité constitutionnelle fut d'ailleurs confirmée au regard des libertés d'expression et d'association dans un jugement de la Cour supérieure qui n'examine cependant pas le droit à l'égalité : *Villeneuve c. Montréal (Ville de)*, 2016 QCCS 2888. Pour l'instant, il n'y a qu'une déclaration d'appel à la Cour d'appel du Québec en date du 3 août 2016. Notons que la décision ne semble pas conciliable avec une approche personnaliste et pluraliste des libertés en jeu car l'art. 2.1 crée un régime d'autorisation préalable à l'exercice de droits fondamentaux, ce qui excède le pouvoir de « réglementation » ou d'encadrement des droits par l'État : G. VLACHOS, préc., note 2, p. 339.

— en ce sens le choix de la manifestation parmi les possibles moyens d’action politique devient en lui-même un choix de nature politique⁸³. Avec l’art. 2.1 du Règlement P-6, les anarchistes par exemple se retrouvent dans une situation où ils doivent choisir entre leurs convictions politiques qui s’opposent à la collaboration avec la police et l’exercice de leur liberté d’expression politique par le recours à la manifestation. S’ils veulent rester fidèles à leurs principes et les exprimer par la manifestation, ils s’exposent à de fortes amendes et à la privation de leur liberté pour quelques heures. L’obligation de divulgation de l’itinéraire d’une manifestation n’a donc pas le même *effet* sur la possibilité de participation aux débats publics des individus *dépendant* de leurs convictions politiques. Le recours à l’égalité réelle fait ainsi apparaître l’impact discriminatoire de l’art. 2.1 du Règlement P-6⁸⁴.

2.2.2. Les autres actes de l’État

Au-delà du contenu des normes, l’interdit de discrimination politique vise également leur application par l’État ainsi que tout acte de l’administration publique. Au sens de l’égalité formelle, on retrouve l’interdit d’arbitraire, qu’il s’agisse de l’accès aux services publics pour tous selon les mêmes critères⁸⁵ ou encore le traitement neutre et impartial des citoyens⁸⁶. Rappelons que la seule décision québécoise en matière de convictions politiques concerne d’ailleurs l’exclusion d’un groupe d’une activité municipale ouverte à tous les organismes de la région en raison des critiques formulées précédemment par ce groupe contre la Ville de

⁸³ L’opposition à la démocratie de type représentative (en lui préférant la démocratie directe) fait de l’antiélectoratisme un principe largement partagé chez les anarchistes. Évidemment, comme on peut s’y attendre d’une pensée antiautoritaire, les principes et les stratégies politiques peuvent varier en fonction des personnes. Voir : Francis DUPUIS-DÉRI, *Nous sommes ingouvernables. Les anarchistes au Québec aujourd’hui*, coll. Instinct de liberté, Montréal, Lux, 2013.

⁸⁴ Sa justification en vertu de l’art. 9.1 de la Charte québécoise est une question subséquente pour laquelle une réponse négative ne nous semble pas impossible puisque, comme nous l’avons vu au Chapitre II, la liberté d’expression est plus fortement protégée lorsqu’il est question de la participation politique et que les limites validées le sont habituellement lorsqu’elles sont nécessaires au maintien de l’existence ou d’un aspect essentiel du fonctionnement du régime démocratique. Or, la preuve présentée dans l’affaire *Villeneuve*, préc., note 82, semble démontrer que la remise d’un itinéraire n’est pas même essentielle au travail d’encadrement policier, lequel en serait seulement facilité. Ainsi, on peut se demander si l’objectif poursuivi par le règlement est vraiment urgent et réel.

⁸⁵ D’ailleurs, les droits économiques et sociaux de la Charte québécoise, bien qu’ils ne bénéficient pas d’un caractère supra législatif (art. 52) et ne sont donc pas autrement justiciables, doivent tout de même être fournis sans discrimination puisqu’ils peuvent être invoqués de concert avec l’art. 10 : *Gosselin*, préc., note 20.

⁸⁶ L’obligation de neutralité politique des fonctionnaires de l’État y est directement reliée, voir : *supra*, Chapitre II, 3.2.

LaSalle⁸⁷. Ainsi, même les élus démocratiques sont dans une certaine mesure limités dans leurs décisions par l'interdit de discrimination : ils peuvent mettre en place leur programme politique, ce qui comporte des choix entre différentes orientations politiques, mais ce programme ne peut être par la suite appliqué de façon discriminatoire (ce qui s'ajoute à l'interdit d'un effet discriminatoire quant à son contenu, tel que vu précédemment). Si une foire municipale de tous les organismes communautaires est organisée, il n'est pas possible d'en exclure certains sur la base de leurs convictions politiques. De même, bien qu'un fonctionnaire étatique détienne un pouvoir discrétionnaire, celui-ci ne peut pas être exercé de façon discriminatoire.

Examiner ce principe sous l'angle de l'égalité réelle appelle à un examen de l'application concrète des normes, notamment pour déceler si elles le sont de façon disproportionnée ou différente aux membres d'un groupe caractérisé par un motif prohibé. Le Tribunal des droits de la personne appliqua une telle analyse lorsqu'il reconnut que le profilage constitue une forme de discrimination⁸⁸. Il définit le profilage comme un traitement différencié ou inhabituel exercé par une personne en autorité en raison d'un motif prohibé contre une personne membre ou perçue comme membre d'un groupe caractérisé par un tel motif. Non seulement constituent de tels traitements l'écart de conduite et l'intervention sans motif raisonnable (deux formes claires d'abus de pouvoir par un fonctionnaire puisqu'il agit alors sans fondement légal), mais également l'utilisation disproportionnée eu égard aux circonstances de motifs d'intervention légaux. Les tribunaux doivent donc se demander si une intervention est « excessive compte tenu des circonstances [...] alors] que dans des situations similaires, les individus généralement non profilés ne subissent pas le même traitement »⁸⁹. Pour l'instant, seul le profilage racial fut reconnu par le Tribunal⁹⁰ et la Commission a produit un rapport sur le profilage social des

⁸⁷ *Commission des droits de la personne du Québec c. LaSalle (Cité de)*, (1982) 3 CHRR D/659 (CP).

⁸⁸ *Rezko*, préc., note 64, requête pour permission d'appeler rejetée : *Chartrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 1501.

⁸⁹ *Id.*, par. 183 : « [par exemple,] si une contravention mineure au *Code de la sécurité routière* appelle une vérification policière, il apparaît pour le moins incongru qu'elle justifie, à elle seule, une enquête approfondie sur les antécédents criminels du conducteur concerné ».

⁹⁰ *Id.* ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (F.F.) c. Montréal (Service de police de la Ville de) SPVM*, 2008 QCTDP 23, appel rejeté ; *Montréal (Ville de) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 519 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dagobert et autres) c. Bertrand*, 2013 QCTDP 6, confirmé sauf en ce qui a trait au soulèvement du voile corporatif pour la condamnation d'un tiers : *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 28 mai 2015).

personnes en situation d'itinérance⁹¹, mais la définition du profilage discriminatoire permet son application à tous les motifs interdits. Nous pourrions assister à la condamnation d'actes de profilage politique, notamment quant à l'arrestation de dissidents politiques⁹² ou encore à leur surveillance par la police. Comme toute forme de profilage, celui politique pourra être démontré lors d'une intervention sans motifs raisonnables, mais également lors d'une intervention légale disproportionnée. Dans les deux cas, il s'agit de se demander si les convictions politiques furent un élément déterminant de la décision ou de la façon d'intervenir et si d'autres acteurs politiques exécutant des gestes similaires auraient été traités de la même façon. La perspective réelle permettra d'apporter en preuve des éléments de contexte susceptibles d'avoir influencé une personne en autorité comme les préjugés et stéréotypes sur certains groupes politiques⁹³.

Le moment de l'exercice concret de son pouvoir par un organe de l'État constitue le vrai test, au-delà des proclamations formelles, de la protection de la jouissance des droits et libertés des citoyens, mais l'encadrement du travail de chacun des agents de l'État pose un énorme défi au système des droits et libertés qui s'appuie largement sur le recours au pouvoir judiciaire. À l'heure actuelle, l'acte administratif discriminatoire pourra, dépendant des circonstances, être annulé par les tribunaux ou entraîner l'octroi de dommages. La Commission considère cependant que la nature systémique de la discrimination devrait également se répercuter dans « des remèdes visant à induire dans l'organisation mise en cause des correctifs d'ordre structurel

⁹¹ CDPDJ, préc., note 68.

⁹² Après enquête, la Commission a déposé en 2015 une première plainte au Tribunal dans une affaire d'arrestation de masse de manifestants par le service de police de la Ville de Québec : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Communiqué de presse. Profilage politique : la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse soumet une première cause au Tribunal des droits de la personne*, Montréal, 2015, en ligne : <<http://www.cdpcj.qc.ca/fr/medias/Pages/Communique.aspx?showItem=677>> (site consulté le 6 août 2016).

⁹³ Tout comme le motif des convictions politiques fut largement ignoré dans le monde juridique, la discrimination de type politique demeure peu étudiée par les sciences sociales au Québec et au Canada. Des données commencent à être recueillies et quelques analyses produites sur le fonctionnement de cette forme de discrimination : COMMISSION POPULAIRE SUR LA RÉPRESSION POLITIQUE, *Étouffer la dissidence. Vingt-cinq ans de répression politique au Québec*, Montréal, Lux, 2016 ; Francis DUPUIS-DÉRI, « Broyer du noir. Manifestations et répression policière au Québec », (2006) 1-1 *Les ateliers de l'éthique*, en ligne : <http://www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/ATELIERS_VOL1N1_04_58_80.pdf> (consulté le 23 mars 2012) ; LIGUE DES DROITS ET LIBERTÉS, ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES ET ASSOCIATION POUR UNE SOLIDARITÉ SYNDICALE ÉTUDIANTE, *Rapport. Répression, discrimination et grève étudiante : analyse et témoignages*, Montréal, 2013, en ligne : <<http://liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/rapport-2013-repression-discrimination-et-greve-etudiante.pdf>> (consulté le 16 juin 2016).

[...] les réparations systémiques [ayant] une portée plus large que la simple réparation associée à un dossier individuel »⁹⁴. La réception de cette proposition par les tribunaux reste à voir, mais des ordonnances en vue de la mise en place de mesures pour contrer la discrimination seraient effectivement plus efficaces dans le contexte où une discrimination provient d'actes administratifs plutôt que des normes juridiques elles-mêmes. Par exemple, des méthodes de vérifications de la conformité aux droits fondamentaux au moment de l'exécution de décisions administratives pourraient constituer une solution permettant de faire porter moins lourdement sur le système judiciaire le respect des garanties de la Charte — on peut penser, entre autres, à l'intégration dans les services de l'État de consultants spécialisés pour conseiller ou même approuver des décisions.

Par ailleurs, bien que les actes de l'administration publique soient soumis à l'obligation d'accommodement raisonnable, son application dans le cas des convictions politiques nous semble incertaine. Cette obligation découlant du droit à l'égalité lui-même, elle peut théoriquement naître relativement à tout motif interdit⁹⁵, mais il est difficile d'imaginer une situation où un acte administratif crée une discrimination politique qui commanderait un ajustement aux particularités de la personne. Les cas typiques impliquent plutôt la négation d'un droit (négation de l'accès à un service, arrestation injustifiée...) et doivent entraîner l'annulation de l'acte discriminatoire lorsque cela est possible ou autrement, sa compensation.

2.2.3. *Les actes d'acteurs privés*

Les acteurs privés, individuels ou collectifs, sont soumis au même interdit de discrimination politique brimant l'exercice des droits et libertés que l'État. Pour ne citer que quelques exemples, un agent de sécurité privée ne peut pas surveiller un individu sur le fondement de ses convictions politiques, un employeur ne peut s'opposer à l'expression d'une opinion politique

⁹⁴ CDPDJ, préc., note 32, p. 104.

⁹⁵ Actuellement, l'obligation d'accommodement fut appliquée dans des cas de discriminations fondées sur la religion, le handicap, le sexe, la grossesse, l'âge et l'origine nationale selon la revue jurisprudentielle présentée par : P. BOSSET, préc., note 15, p. 13-4. Puisque l'obligation découle du droit à l'égalité lui-même — et non pas de la liberté ou du droit invoqué conjointement — est sans conséquence pour l'obligation d'accommodement raisonnable la réflexion sur les conséquences de la différence de nature entre la liberté de religion et la liberté d'opinion relativement au droit à l'objection : *infra*, *Les règles de droit*.

précise sur les lieux de travail, un citoyen ne peut pas porter atteinte à la dignité ou la réputation d'un autre citoyen sur la base de ses convictions d'une façon injustifiée au regard de l'intérêt public... Le Chapitre I.1 précise par ailleurs le droit à l'égalité en édictant plusieurs interdits particulièrement pertinents dans les relations privées. Il est illégal de refuser de conclure un acte juridique portant sur des biens ou services ordinairement offerts au public avec une personne pour l'un des motifs interdits par l'article 10⁹⁶, tout comme d'inclure une clause discriminatoire dans un acte juridique⁹⁷ ou d'exclure de façon discriminatoire de lieux habituellement ouverts au public⁹⁸. Toute distinction des personnes sur la base de leurs convictions politiques est donc interdite aux commerçants et à leurs employés ainsi qu'aux locataires de logements ou d'espaces commerciaux par exemple – le comportement illégal d'une personne comme le vol, la destruction de biens ou la menace de violence, même motivé par des convictions politiques, constituera cependant une raison d'expulsion qui n'emporte pas discrimination car le commerçant ou le locateur n'agit pas alors en raison des convictions politiques de l'individu, mais de son comportement. Selon une logique similaire, la Charte interdit le harcèlement discriminatoire⁹⁹ ainsi que l'affichage de symboles et signes portant discrimination dans l'espace public¹⁰⁰, ce qui impose une certaine retenue quant à l'expression politique par le recours à des attitudes et messages qui portent atteinte aux droits d'autres groupes (politiques, religieux, culturels...). La Charte prévoit aussi plusieurs protections dans le monde du travail

⁹⁶ Charte québécoise, art. 12 : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. »

⁹⁷ *Id.*, art. 13 : « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet. » Il y a cependant des exceptions aux art. 14 et 20.1.

⁹⁸ *Id.*, art. 15 : « Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravaning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles. »

⁹⁹ *Id.*, art. 10.1 : « Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10. » Afin d'assurer la liberté d'expression politique, il est évidemment important de distinguer le harcèlement fondé sur des convictions politiques de l'échange légitime d'idées politiques. Lorsque cet échange est public, le critère de l'intérêt public favorise l'expression même en présence de propos durs, mais favorise tout de même un débat sur les idées plutôt que l'attaque des personnes elles-mêmes, ce qui peut servir d'inspiration pour développer les critères applicables dans un contexte privé. Ainsi, la notion de harcèlement politique semble être limitée aux comportements visant à « dénigrer » et « ridiculiser » la personne plutôt que l'idée selon ce que nous dégageons de la seule décision québécoise en la matière : *Dubé et Bande indienne Atikamekw*, [2006] n° AZ-50365208 (CLP), notamment par. 17.

¹⁰⁰ *Id.*, art. 11 : « Nul ne peut diffuser, publier ou exposer en public un avis, un symbole ou un signe comportant discrimination ni donner une autorisation à cet effet. »

quant à l'embauche sans discrimination¹⁰¹ et au traitement égalitaire en emploi¹⁰². L'analyse réelle de l'égalité s'ajoute à celle formelle dans tous ces cas pour faire apparaître des situations de discrimination.

D'autre part, le contexte des relations privées pourrait être plus favorable à l'accommodement raisonnable en matière politique. Par exemple, tout citoyen a droit à quelques heures de congé de son travail pour aller voter lors d'une élection étatique¹⁰³, mais un employé peut avoir des convictions politiques qui l'amènent à s'abstenir de cette forme de participation politique tout en souhaitant prendre part à d'autres types d'activités politiques la journée du scrutin ou à une autre date de plus grande signifiante pour lui. En privilégiant un type d'expression politique, la législation a un effet discriminatoire, mais qui est probablement justifié par les nécessités relatives à la tenue d'un scrutin en régime démocratique et qui, de toute façon, ne se prête pas à un accommodement raisonnable puisqu'il s'agit d'une loi de portée générale. Cependant,

¹⁰¹ *Id.*, art. 16 : « Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi. » L'art. 18 précise : « Un bureau de placement ne peut exercer de discrimination dans la réception, la classification ou le traitement d'une demande d'emploi ou dans un acte visant à soumettre une demande à un employeur éventuel. » L'art. 18.1 interdit spécifiquement aux employeurs de s'enquérir des caractéristiques des candidats liés aux motifs interdits de discrimination : « Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande. » L'article 18.2 ajoute un motif interdit de discrimination spécifiquement pour l'univers du travail : « Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon. »

¹⁰² *Id.*, art. 16, voir aussi l'art. 19 : « Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Il n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.

Les ajustements salariaux ainsi qu'un programme d'équité salariale sont, eu égard à la discrimination fondée sur le sexe, réputés non discriminatoires, s'ils sont établis conformément à la Loi sur l'équité salariale (chapitre E-12.001) »

et l'art. 17 : « Nul ne peut exercer de discrimination dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une personne d'une association d'employeurs ou de salariés ou de tout ordre professionnel ou association de personnes exerçant une même occupation. »

¹⁰³ *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3, art. 335 : « Tout employeur doit s'assurer que l'électeur à son emploi dispose de quatre heures consécutives pour aller voter le jour du scrutin pendant l'ouverture des bureaux de scrutin... » ; *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, par. 132(1) : « Tout employé qui est habile à voter doit disposer de trois heures consécutives pour aller voter pendant les heures de vote, le jour du scrutin... ».

l'horaire de travail imposé par l'employeur peut aussi limiter les possibilités d'expression politique d'un employé lors d'activités auxquelles il accorde une grande importance politique, ce qui pourrait faire naître une obligation d'accommodement raisonnable afin d'assurer l'existence de réelles possibilités de participation politique. Rappelons que le premier accommodement reconnu au Canada le fut quant à l'aménagement des horaires de travail afin de permettre la présence à des offices religieux¹⁰⁴. Il ne nous semble y avoir aucune raison justifiant dans une démocratie libérale une protection plus ample de la participation religieuse comparativement à celle politique lorsque la diversité des expressions politiques demeure compatible avec l'existence et les éléments essentiels du fonctionnement de ce régime. Le critère juridique pour établir l'existence d'une conviction politique lors d'une demande d'accommodement devrait d'ailleurs, à notre sens, être comparable à celui de la sincérité de la croyance en matière religieuse — il ne semble pas justifiable d'imposer un critère plus difficile à atteindre, car tout comme pour les questions de diversité religieuse, la limitation de l'obligation devra se faire lors de l'analyse de la raisonnable. La notion d'accommodement dans son développement actuel permet déjà de poser une telle limite de raisonnable, notamment puisque l'atteinte aux droits fondamentaux des autres est une contrainte excessive qui éteint l'obligation¹⁰⁵.

Cette présentation permet de confirmer que la Charte québécoise s'inscrit dans la perspective personnaliste des droits fondamentaux. Préconisant le pluralisme des idées et l'inclusion sociale, elle supporte fortement une expression personnelle qui entraîne une visibilité importante des convictions politiques dans toutes les sphères de la société. La cohabitation harmonieuse de cette diversité s'appuie sur les principes de tolérance et de confrontation des idées d'une façon respectueuse des droits de chacun. Des défis de conciliation des droits des uns et des autres se posent tout de même et, comme nous allons maintenant le voir, l'économie de la Charte québécoise prévoit déjà des moyens pour résoudre de telles confrontations.

¹⁰⁴ *O'Malley*, préc., note 29.

¹⁰⁵ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 988.

2.3. Les discriminations politiques justifiées au sens de la Charte québécoise

L'article 20 énonce des circonstances pour lesquelles une distinction, exclusion ou préférence sera réputée non discriminatoire :

« Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire »¹⁰⁶.

Lorsqu'une discrimination est constatée dans une affaire judiciaire, l'accusé peut tenter de la justifier afin d'être acquitté en vertu d'une des deux justifications qualifiées de deux volets distincts au sein de l'article 20 par la Cour suprême¹⁰⁷ : le cas où des aptitudes ou qualités sont requises par un emploi (2.3.1.) et celui des institutions sans but lucratif ayant une mission charitable, philanthropique, religieuse, politique, éducative ou vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique (2.3.2.). Ce procédé de justification d'une discrimination s'ajoute à ceux de la limite intrinsèque des droits reconnus et du dispositif de l'article 9.1 de la Charte québécoise (2.3.3.).

2.3.1. Le premier volet de l'article 20

Le premier volet bénéficie aux employeurs privés autres que des institutions sans but lucratif (ces dernières étant plutôt sous l'égide du deuxième volet du même article) ainsi qu'à l'État en tant qu'employeur¹⁰⁸. Elle concerne l'embauche, mais aussi tout changement des conditions de travail ou le licenciement d'un employé. Ainsi, lorsque la preuve *prima facie* d'une discrimination de ce type est établie en demande (suivant les exigences de l'article 10), l'employeur a le fardeau de démontrer que sa décision devrait être réputée non discriminatoire car elle constitue une « exigence professionnelle justifiée » relevant du volet premier de l'article 20. Pour cela, il devra établir selon la prépondérance des probabilités :

« 1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause [...] et] 2) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il

¹⁰⁶ Charte québécoise, préc., note 26, art. 20.

¹⁰⁷ *Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, par. 45-9.

¹⁰⁸ Y compris les municipalités : *Id.*, par. 54.

faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive »¹⁰⁹.

De ce fait, une discrimination fondée sur les convictions politiques lors d'une embauche pourrait être justifiée si elle est réellement liée aux tâches de l'emploi et nécessaire. Rappelons par ailleurs qu'aucun renseignement sur les convictions politiques d'un candidat ne peut être exigé lors du processus d'embauche, à moins que cela ne relève d'un programme d'accès à l'égalité (ce qui n'existe pas en matière de convictions politiques à notre connaissance) ou de l'application d'une des deux exceptions de l'article 20¹¹⁰. Le droit exige des employeurs qu'ils ne s'attardent pas à ce que leurs employés ou postulants pensent et croient, mais uniquement à leurs compétences professionnelles. Nous retrouvons encore ici l'objectif d'inclusion de tous à la société, cette fois appliqué à l'importante sphère du travail. L'obligation assure aussi une séparation du pouvoir politique étatique et du pouvoir économique privé pour éviter des conflits d'intérêts et une tendance totalitaire : un employeur ne peut pas favoriser les membres d'un parti politique en embauche ni rejeter les candidatures de dissidents politiques.

À notre avis, une entreprise ne pourrait même pas exclure du processus d'embauche un candidat qui a déjà critiqué publiquement ses pratiques ; une fois un lien d'emploi créé, l'employeur est en droit d'exiger une certaine loyauté de l'employé, mais il apparaît prématuré de présumer lors du processus d'embauche qu'un candidat ne respectera pas son devoir de loyauté s'il est engagé. Cette présomption serait contraire à l'interdit de discrimination puisqu'elle se fonde sur les convictions politiques antérieurement exprimées. Mais lorsque le lien d'emploi est établi, le devoir de loyauté qui incombe à l'employé lui impose une certaine retenue quant à la critique publique de l'entreprise pour laquelle il travaille, de même que ses supérieurs. Ce devoir peut donc limiter son expression politique, mais uniquement en ce qui concerne son employeur

¹⁰⁹ *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172, par. 20-2. Voir aussi : *Gaz métropolitain*, préc., note 32. Dans ces décisions, le test à trois critères développé par la Cour suprême dans le contexte du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique se voit adapté au contexte de la Charte québécoise en retirant l'exigence de la preuve de la bonne foi de l'employeur, voir : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54.

¹¹⁰ Charte québécoise, préc., note 26, art. 18.1.

directement. Ce dernier pourra enclencher des mesures disciplinaires contre le travailleur en cas de manquement à son devoir, mais il n'est pas autorisé à exercer d'autres représailles affectant les conditions d'emploi¹¹¹.

Aucun exemple jurisprudentiel ne permet d'éclairer l'hypothétique exigence professionnelle justifiée liée aux opinions politiques des employés. Il nous apparaît que de telles opinions seront rarement assez en lien avec l'exécution du travail pour remplir le premier critère permettant l'application du premier volet de l'article 20. Par exemple, les convictions d'une personne ne sont certainement pas liées à sa capacité à effectuer des tâches de service à la clientèle : un employé néonazi qui traite tous les clients avec respect ne pourra être licencié pour ses opinions politiques et, au contraire, s'il a des comportements racistes, le licenciement qui pourra s'en suivre sera légal car il se fondera sur son inconduite plutôt que sur ses convictions. L'exigence professionnelle justifiée ne devrait pas être interprétée comme un équivalent en contexte privé de l'obligation de neutralité des fonctionnaires qui est beaucoup plus contraignante pour l'employé étatique étant donnée la justification du fonctionnement du régime démocratique, une justification absente dans les emplois privés¹¹². Le motif convictions politiques semble ainsi avoir une interaction assez marginale avec le premier volet de l'article 20 ; nous verrons maintenant qu'il en est tout autrement concernant le second volet.

2.3.2. *Le second volet de l'article 20*

Dans la décision *Brossard*, le juge Beetz au nom de la majorité, dégage le « double objectif » de l'exception du deuxième volet de l'article 20 concernant les institutions sans but lucratif :

« dans les cas où il s'applique, il confère des droits à certaines personnes et impose du même coup des limites aux droits d'autres personnes. Il est évident qu'il apporte une restriction au droit d'un individu de ne pas être victime de discrimination. Toutefois, il est également conçu pour permettre à certaines institutions sans but lucratif de faire des distinctions ou des exclusions ou de manifester des préférences qui, par ailleurs, violeraient la *Charte*. [...] Dans ce sens, l'art. 20 confère des droits à certains groupes. À mon avis, ce volet de l'art. 20 est destiné à promouvoir le droit fondamental des individus de s'associer librement afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières. Il a pour effet d'établir la

¹¹¹ *Supra*, Chapitre II, 2.3.5.

¹¹² *Id.*

primauté des droits du groupe sur les droits de l'individu dans des circonstances précises [nos soulèvements] »¹¹³.

L'exception établirait ainsi un équilibre entre les droits des uns à la liberté d'association et le droit des autres à ne pas souffrir de discrimination¹¹⁴. Il ne suffit pas cependant que des individus s'associent pour dorénavant bénéficier d'une permission de discriminer. L'applicabilité du second volet dépend de deux conditions : « d'abord, le groupe doit être une "institution sans but lucratif". Ensuite, cette institution doit avoir un "caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif" qui justifie la distinction, l'exclusion ou la préférence en question »¹¹⁵.

S'appuyant sur l'objectif de protection de la liberté d'association, le juge Beetz édicte que les groupes visés par l'expression « institution sans but lucratif » sont les regroupements de personnes privées, déniaient ainsi cette exception aux organismes gouvernementaux et aux municipalités¹¹⁶. Mais ce ne sont pas tous les regroupements de particuliers qui peuvent jouir de l'applicabilité de l'article 20, seuls se qualifient ceux ayant un caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif *et* ayant pour « objectif premier la promotion des intérêts et du bien-être d'un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l'art. 10 »¹¹⁷. Ainsi, une école privée desservant une minorité religieuse pourrait se qualifier d'institution sans but lucratif ayant un caractère éducatif et religieux, ce qui lui permettrait de se prévaloir de l'article 20 pour n'admettre que les enfants de sa confession, mais une école privée ayant un caractère strictement éducatif exempt d'une vocation envers un groupe protégé ne pourra pas y recourir pour justifier une quelconque discrimination. L'article 20 justifie uniquement les discriminations qui permettent aux membres

¹¹³ *Brossard*, préc., note 107, par. 100.

¹¹⁴ *Id.*, par. 124

¹¹⁵ *Id.*, par. 117.

¹¹⁶ *Id.*, par. 122-4. L'exclusion des villes du bénéfice du second volet de l'article 20 règle la question en l'espèce puisque cette affaire concerne la tentative de la ville de Brossard de justifier sur cette base la discrimination fondée sur l'état civil opérée par sa politique d'embauche anti-népotisme (mais nous verrons que le premier volet est jugé plus à propos). La même exclusion avait été énoncée auparavant dans : *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, [1986] R.J.Q. 243 (décision renversée en Cour d'appel, mais pas sur ce point : [1989] R.J.Q. 831, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée le 28 septembre 1989).

¹¹⁷ *Id.*, par. 130, pour le raisonnement, par. 126-34. L'organisme qui veut se prévaloir de cette exception devra apporter une preuve de sa mission. Dans *Lusignan c. Confédération des syndicats nationaux*, [1992] R.J.Q. 684, on indique qu'elle peut se dégager de la charte, des statuts et règlements ou de la déclaration de principes d'une institution.

de groupes protégés de s'associer pour créer des lieux et des moments de rassemblement exclusifs entre eux — une interprétation différente signifierait que la protection contre la discrimination pourrait être contournée par tout groupe s'associant dans un dessein non lucratif. Le juge Beetz explique d'ailleurs que le caractère de l'institution et la discrimination pratiquée par le groupe doivent être liés¹¹⁸. Dans un but d'illustration, il expose en l'approuvant une décision de la Commission des droits de la personne¹¹⁹ où il fut jugé qu'une institution sans but lucratif dédiée à la promotion des droits des femmes peut exclure les hommes d'un événement qu'elle organise : cette institution a un caractère politique ou éducatif à vocation féministe qui est rationnellement lié à l'exclusion basée sur le sexe. Le lien entre le caractère de l'institution et la discrimination opérée n'a pas à être « direct ou exclusif » en ce sens que, par exemple, dans le cas d'une institution ayant un caractère politique, la discrimination n'a pas à être fondée sur les convictions politiques de ceux qui la subissent pour être suffisamment relié au caractère de l'institution. Mais l'exigence restreint l'exception puisqu'elle implique qu'une institution ne peut pas pratiquer des discriminations sans lien avec sa mission ; l'organisme féministe de notre exemple ne saurait justifier l'exclusion d'un groupe ethnique à son événement.

L'*applicabilité* de l'exception doit être suivie d'une analyse du *caractère justifiable* de la discrimination pour qu'elle soit excusée par l'article 20¹²⁰. De façon succincte, le juge Beetz énonce que pour être réputée non discriminatoire, la « distinction, exclusion ou préférence doit être justifiée au sens objectif par le caractère particulier de cette institution [nos soulignements] »¹²¹. Il cite avec approbation une décision qui précise que ce lien ne peut pas être arbitraire, il doit être objectif et logique, mais une fois établi que le choix du groupe remplit ce critère, le décideur judiciaire ne doit pas se substituer au groupe quant à l'évaluation de l'efficacité ou de l'opportunité de la discrimination pratiquée¹²². La Décision — 31 précitée¹²³

¹¹⁸ *Id.*, par. 127-31.

¹¹⁹ *Id.*, par. 130, citant : *Décision — 31 Commission des droits de la personne du Québec*, [1986] D.L.Q. 462. À l'époque, la Commission elle-même, plutôt qu'un tribunal, rendait des décisions dans lesquelles l'anonymat des parties était conservé.

¹²⁰ *Id.*, par. 88, 121 et 130.

¹²¹ *Id.*, par. 138.

¹²² *Id.*, par. 137, citant : *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Lachine*, [1984] C.S. 361, p. 364.

¹²³ *Décision — 31*, préc., note 119, p. 465.

abondait dans le même sens : « un lien rationnel et logique » existe entre la vocation féministe de l'institution et l'organisation d'un spectacle non mixte et, même si l'exclusion pratiquée « n'était pas nécessaire ou essentielle à la poursuite des objectifs corporatifs et à l'atteinte des objectifs de cette soirée », la Commission refuse d'intervenir pour limiter « la discrétion » dont doivent bénéficier les administrateurs d'une institution visée par l'article 20. L'exclusion discriminatoire d'un lieu habituellement ouvert au public et le refus discriminatoire de conclure un contrat de service sont justifiés dans ces circonstances. Dans *Lusignan c. Centrale des syndicats nationaux*¹²⁴, le juge Denis de la Cour supérieure reconnaît que le syndicat est une institution sans but lucratif à caractère politique, ce justifie une discrimination à l'embauche pour ses postes de conseillers syndicaux en faveur de candidats partageant les valeurs syndicalistes qui la définissent. Plus récemment, le juge Dugré de la même cour indiquait que le deuxième volet de l'article 20 sert les principes de la liberté de religion et de la séparation de l'Église et de l'État, de telle façon que les tribunaux ne s'ingéreront pas dans les rites propres à un culte malgré certaines discriminations : en l'espèce, les célébrants de l'Église catholique romaine sont en droit de pratiquer la cérémonie funéraire selon leurs croyances et de ne reconnaître que les mariages religieux dans ce cadre, sans avoir aucune obligation de mentionner la demanderesse en sa qualité d'épouse civile du défunt malgré l'atteinte discriminatoire à la dignité et à l'honneur qui peut en résulter¹²⁵.

L'article 20 illustre encore une fois pour nous la perspective personnaliste et pluraliste de la Charte québécoise : l'importance des groupes d'appartenance dans la vie des personnes est reconnue par le droit qui fait même preuve d'un certain respect quant à leurs croyances et façons de faire propre. Cette revue de la jurisprudence donne des indications de la portée du deuxième volet de l'article 20, mais soulève également des questions auxquelles la perspective personnaliste peut apporter des réponses satisfaisantes suivant son principe fondamental de protection des personnes : la reconnaissance et la protection des groupes est au bénéfice des personnes et donc, a pour limite la protection de la personnalité contre toute aliénation à laquelle pourrait participer un groupe¹²⁶. Le texte même de l'article 20 référant à une « distinction,

¹²⁴ Préc., note 117.

¹²⁵ *Dupervil c. Fabrique de la paroisse Notre-Dame-de-la-Consolata*, [2012] R.J.Q.805.

¹²⁶ G. VLACHOS, préc., note 2, p. 287-98.

exclusion ou préférence », telle que l'article 10 définit la discrimination, il faut croire qu'il peut être invoqué pour toute violation discriminatoire d'un droit ou d'une liberté prévus à la Partie I de la Charte — il s'agit du critère de l'applicabilité. Il nous est cependant difficile de croire que le Législateur ait voulu autoriser toute discrimination ayant un lien rationnel avec la mission d'un organisme dédié à un groupe protégé — le critère du caractère justifiable devra donc être précisé dans l'avenir. À notre avis, deux scénarios pourraient ne pas être justifiés dans le cadre de l'art. 20 : certaines discriminations envers des tiers non-membres de l'institution et certaines discriminations envers ses membres.

Premièrement, puisque l'objectif de cette permission législative est de permettre l'exercice de la liberté d'association à des groupes pour qui la seule constitution d'une institution leur étant dédiée entraîne une discrimination envers des tiers qui ne partagent pas leur caractéristique¹²⁷, il est clair que sont autorisées les préférences envers les membres du groupe et les exclusions de tiers lorsqu'elles servent l'établissement et les opérations de l'institution. Ainsi, une organisation dédiée au bien-être de la communauté magrébine de Montréal serait tout à fait justifiée de réserver l'adhésion à son groupe aux Magrébins, de n'embaucher que des membres de cette communauté ou encore de destiner ses activités à ce seul public même si elles ont lieu dans un endroit habituellement ouvert au public. La définition du groupe bénéficiaire est probablement un élément sur lequel les tribunaux se montreront déférents avec les choix de l'organisation. Par exemple, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donné raison à une association offrant de l'aide aux femmes victimes d'agression sexuelle et ayant refusé l'embauche d'une femme trans comme intervenante sociale sur la base que pour être retenue, une candidate devait avoir une expérience de vie et de socialisation comme femme¹²⁸. Mais l'association au sein d'un organisme n'est probablement pas suffisante pour autoriser des atteintes discriminatoires aux droits et libertés de tiers lorsqu'elles ne sont pas en lien avec la constitution ou les opérations de l'institution (et cela, même si l'on pouvait voir un lien entre la mission de l'institution et la discrimination pratiquée). Par exemple, un groupe religieux

¹²⁷ *Brossard*, préc., note 107, par. 130.

¹²⁸ *Vancouver Rape Relief Society v. Nixon*, 2005 BCCA 601, appel rejeté à la Cour suprême du Canada : *Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief Society — and — British Columbia Human Rights Tribunal*, 2007 CanLII 2772 (S.C.C.), en ligne: <<http://canlii.ca/t/1qg61>>.

chrétien est probablement en droit, sur la base de ses croyances, de ne pas intégrer dans ses membres ou de ne pas engager une personne ouvertement homosexuelle, mais l'objectif du deuxième volet de l'article 20 ne permet pas de justifier la propagation de la haine contre les homosexuels, ni le harcèlement d'un individu sur la base de ses pratiques sexuelles, ni l'exposition en public de symboles comportant discrimination contre ce groupe¹²⁹. Si certaines pratiques discriminatoires peuvent être justifiées à l'intérieur d'un groupe, en vertu de l'exercice de leur liberté d'association, elles ne peuvent pas déborder de ce cadre et s'imposer dans les relations entre les membres de l'institution et les autres.

Deuxièmement, nous croyons que les droits et libertés des individus subsistent malgré leur adhésion volontaire à un groupe, de telle façon qu'il ne sera pas toujours possible d'opposer le droit du groupe à l'encontre d'une intervention étatique protégeant les membres contre de graves violations de leurs droits. Par exemple, l'article 20 ne devrait être d'aucun secours à une institution religieuse qui opérerait une discrimination portant atteinte aux droits à la sécurité et à la vie des femmes s'étant volontairement jointes au groupe¹³⁰. Rappelons qu'il est impossible de renoncer au bénéfice des droits fondamentaux. Par ailleurs, une pratique comme réserver la prêtrise aux hommes pourrait être justifiée malgré qu'une femme puisse y voir une atteinte discriminatoire à sa dignité ou une politique d'embauche discriminatoire. L'approche personnaliste et pluraliste nous invite à reconnaître à l'État un rôle de protection de la personne dans les situations d'aliénation exercées par des groupes privés, mais à respecter les choix de gestion interne de ceux-ci en dehors de tels cas. Nous ne souhaitons pas spéculer plus avant sur les limites que les tribunaux pourront établir pour le recours au second volet de l'article 20, mais

¹²⁹ Ce genre d'équilibrage entre la protection contre la discrimination et la liberté d'association en matière religieuse fut effectué par la Cour suprême dans : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772. Les juges majoritaires reconnurent le droit d'une université privée d'offrir un programme d'enseignement et un lieu de vie teintés de croyances religieuses (dont un engagement à ne pas s'adonner à des rapports homosexuels), bien que cela pouvait dissuader des personnes d'y être enseignantes ou étudiantes. Mais la Cour rappelle que l'interdit de discrimination s'applique tout de même aux comportements des anciens étudiants de cette université lorsqu'ils intégreront le marché du travail. En l'espèce, il ne serait pas justifié de modifier le programme de formation des futurs enseignants, mais les enseignants formés devront agir sans discrimination lorsqu'ils travailleront dans le réseau public.

¹³⁰ D'ailleurs, l'interdit criminel de la polygamie fut justifié par la Cour suprême de la Colombie-Britannique malgré l'atteinte à la liberté de religion qu'il implique car des études sociologiques révèlent des atteintes à la sécurité des femmes vivant dans des unions polygéniques au Canada : *Reference re : section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588.

il était important de souligner que la création d'un groupe n'autorise pas automatiquement toute discrimination.

2.3.3. *Les autres procédés de justification*

Sous la Charte québécoise, en plus des deux volets de l'article 20, deux autres procédés viennent délimiter l'étendue des droits et libertés qui y sont reconnus¹³¹. D'abord, l'art. 9.1 agit de façon semblable à l'art. 1 de la Charte canadienne au regard de la limitation des droits et libertés reconnus par les articles 1 à 9 de la Charte québécoise. L'État peut ainsi sauvegarder une règle de droit contre son invalidation judiciaire en la justifiant suivant le test de *Oakes*¹³². L'art. 9.1 et le test de *Oakes* constitue aussi le cadre d'analyse habituellement utilisé lorsqu'une violation de droits se produit dans des relations privées, bien qu'il puisse avoir à être adapté aux différences de contexte. Ensuite, l'ensemble des droits et libertés de la personne ont des limites dites intrinsèques, qu'elles relèvent du libellé du texte lui-même ou de son interprétation judiciaire. Par exemple, nous avons vu que l'art. 22 reconnaît le droit de vote et d'éligibilité aux personnes habilitées et qualifiées par la loi et que la liberté d'expression n'accorde aucune protection aux violences contre des personnes en vertu de l'interprétation de la Cour suprême¹³³. Ces deux procédés sont pertinents lorsqu'une violation de l'art. 10 est alléguée puisqu'il faut la lier à la violation d'un autre droit ou liberté, tel que celui-ci ou celle-ci est défini par la législation ou l'interprétation judiciaire. Ainsi, les limitations aux droits et libertés participant de l'égalité politique et les rationalités les justifiant telles que nous les présentons au Chapitre II ont une

¹³¹ Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ? Textes des conférences d'un colloque tenu les 28-29 septembre 2005 sous les auspices du Tribunal des droits de la personne et du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343-377 et Christian BRUNELLE, « Titre I. Les droits et libertés fondamentaux. Chapitre V. Les limites aux droits et libertés » dans *Collection de droit 2016-17, École du Barreau du Québec*, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, ÉYB, 2017, en ligne : EYB2016CDD167. Il faut également mentionner l'art. 20.1 de la Charte québécoise qui prévoit d'autres limites applicables au droit l'égalité, mais qui ne concerne pas les convictions politiques : « Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10. »

¹³² *Supra*, Chapitre II.

¹³³ *Id.*

pertinence dans le cadre de l'analyse sous l'art. 10 de la Charte québécoise. Cependant, nous croyons que ces droits doivent être lus dans une perspective personnaliste et pluraliste et que le principe d'égalité qu'ils contiennent en eux-mêmes doit être compris selon une analyse réelle de l'égalité. Nous verrons maintenant qu'il s'agit d'une tendance déjà présente dans notre droit et qu'elle annonce des développements potentiels de la protection de l'égalité politique.

3. L'égalité politique dans l'exercice des droits et libertés : la protection offerte par l'introduction des paradigmes postmodernes

L'introduction de nouveaux paradigmes juridiques dans l'interprétation des droits qui se situent au sommet de la hiérarchie des normes introduit un réexamen des règles de droit pour s'assurer de leur conformité. Le passage de l'égalité procédurale à celle formelle fut marqué par le rejet de toute distinction devant la loi qui n'était pas conciliable avec une égalité dans la loi pour les membres des groupes protégés. Un réexamen semblable est insufflé par l'égalité réelle en matière de participation politique (3.1.) et la conception personnaliste et pluraliste des droits fondamentaux qui favorise l'expression politique dans la sphère privée (3.2.).

3.1. L'égalité politique réelle : son impact sur la participation aux structures étatiques et au débat public

Nous ne croyons pas que la critique postmoderne à l'encontre de la prétention de neutralité du droit positif formel mène à délaisser l'objectif de neutralité politique. Elle demeure un principe guidant l'interprétation des droits et libertés, mais l'adoption d'une perspective réelle de l'égalité relève le critère de son atteinte. La neutralité politique se fondant sur une reconnaissance juridique formelle de droits égaux posait un interdit à l'État quant à l'utilisation de ses ressources pour faire varier les possibilités formelles de participation politique aux structures étatiques et au débat public. La neutralité politique qui cohabite avec la conception réelle de l'égalité prend plutôt appui sur une reconnaissance juridique d'un droit égal à la reconnaissance et à l'exercice concret des droits et libertés. Ainsi, l'interdit posé à l'État doit s'intéresser aux conséquences concrètes de ses actions sur les possibilités de participation politique. Avec l'attention portée aux effets des actes de l'État, la neutralité se détache d'une conception purement orientée vers les justifications de ses actions en faveur d'une neutralité des

conséquences de ses interventions ou de son inaction sur l'exercice des droits fondamentaux¹³⁴. Celle-ci ne peut pas être parfaite en ce sens qu'elle n'a pas pour objet des conséquences neutres quant à la mise en œuvre d'idéaux politiques au niveau de la forme de l'État ni quant aux orientations prises par le détenteur du pouvoir. Elle favorise tout de même des conséquences neutres quant aux règles encadrant la participation politique.

Outre l'obligation de mettre en place un système électoral permettant l'exercice des droits de vote et d'éligibilité, le droit ne reconnaît pas une obligation étatique positive de création de conditions permettant l'exercice des droits et libertés en matière de participation politique. Même lorsque l'État crée un forum dédié à la participation citoyenne qui excède celle protégée par les droits fondamentaux de vote et d'éligibilité, il demeure de sa prérogative d'en déterminer les conditions d'accès. Ainsi, puisque l'éligibilité aux conseils scolaires n'est pas protégée par la Constitution, il peut la refuser aux employés scolaires¹³⁵, tout comme il n'a pas l'obligation d'inviter un groupe de pression précis à une consultation publique qu'il met sur pied¹³⁶, sous réserve qu'il ne peut exercer une exclusion discriminatoire envers un groupe protégé¹³⁷. Bien que la reconnaissance d'une obligation étatique positive en faveur d'une participation politique accrue demeure incertaine¹³⁸, l'obligation de neutralité politique est déjà examinée par les

¹³⁴ La neutralité des conséquences est majoritairement écartée par les penseurs libéraux : Da Silva Pablo DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », (1996) 23-2 *Philosophiques* 227, 231-2. Cependant, son pendant juridique qui est l'analyse axée sur les effets des normes est accepté en droit canadien : l'analyse pour déterminer s'il y a violation du principe de neutralité religieuse se fait en deux temps, en regardant d'abord si l'*objet* d'une mesure étatique contestée viole la garantie de neutralité — donc si sa *justification* relève d'une option quant aux choix religieux — et, ensuite, si elle a pour *effet* d'avantager une option — ce qui relève d'une attention quant aux *conséquences* de la mesure. Dans l'un ou l'autre cas, la mesure s'oppose à la liberté de religion, mais peut être rachetée si l'objectif poursuivi par l'État constitue une limite raisonnable s'appuyant sur une justification laïque. Voir notamment: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 80-8 et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

¹³⁵ *Baier c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 673.

¹³⁶ *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

¹³⁷ *Id.* : c'est un manque de preuve quant à l'effet discriminatoire sur les femmes qui fait obstacle à la reconnaissance d'une obligation de consulter le groupe de pression demandeur. Sous la Charte québécoise : *LaSalle*, préc., note 87.

¹³⁸ Par exemple, en matière de liberté et d'égalité religieuse, les tribunaux semblent peu enclins à reconnaître une obligation étatique positive, même lorsqu'elle serait nécessaire pour assurer le libre exercice religieux. Ainsi, le juge LeBel de la Cour suprême n'a pas réussi à convaincre ses collègues de considérer « mutuellement limitatifs » l'interdit d'agir pour avantager une religion posé par la neutralité religieuse et la liberté de religion évaluée quant aux réelles possibilités de son exercice pour un individu ou un groupe, de façon à ce que lorsque l'interdit d'intervention signifie une négation substantielle du libre exercice religieux, une obligation positive d'intervention étatique puisse naître pour protéger le droit fondamental en jeu : *Congrégation des témoins de*

tribunaux à la lumière des réelles possibilités d'exercice des droits permettant la participation politique lorsqu'il s'agit de justifier certaines interventions de l'État. Ainsi, le principe d'égalité politique inhérent au droit de vote et d'éligibilité électorale fut appliqué selon une optique d'égalité réelle pour confirmer la validité des règles limitant les dépenses publicitaires par des non-candidats lors des élections. Bien que de telles règles de financement portent atteinte à la liberté d'expression, elles sont justifiées parce qu'elles favorisent en fait la diffusion de divers points de vue et un droit égal d'expression de tous en évitant la domination du débat par des citoyens et des groupes plus fortunés et en tempérant les effets des inégalités de richesse sur le pouvoir d'influence que peuvent exercer les groupes comparativement aux personnes¹³⁹. Nous retrouvons ici l'objectif de neutralité politique qui demeure un principe guidant l'interprétation des droits participant de l'égalité politique, mais dont le critère est relevé par la perspective réelle : le pouvoir étatique de régulation peut être utilisé de façon à favoriser une égalité de représentation des différentes options dans le cadre du processus électoral.

Finalement, une attention aux possibilités effectives de participation politique d'un groupe permet également de justifier une intervention étatique protectrice. La Cour suprême fut ainsi

Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650, par. 76-9 (j. LeBel, dissident). Le juge LeBel appliquait alors les critères de l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016 où il fut reconnu que l'État a une obligation positive de donner accès à un régime légal permettant l'exercice de la liberté d'association en matière syndicale. La liberté d'association semble donc plus porteuse que la liberté de religion pour voir naître une obligation étatique positive. L'état actuel du droit semble peu propice à la reconnaissance d'une obligation étatique positive en faveur d'un groupe particulièrement marginalisé par les conditions concrètes affectant ses possibilités de participation politique. En effet, le critère d'une entrave substantielle dans le cas de l'exercice de la liberté d'expression est difficile à atteindre : il faudrait que les tribunaux reconnaissent que bien qu'un groupe jouisse théoriquement de la liberté d'expression dans l'espace public malgré qu'il n'ait pu bénéficier d'un accès privilégié aux décideurs politiques, ces conditions ont des effets draconiens dans son cas — la démonstration pourrait alors être liée à un motif interdit de discrimination lorsqu'un groupe subit une situation d'exclusion sociale. Par exemple, l'État pourrait-il avoir une obligation positive de consulter les personnes en situation d'itinérance quant aux politiques les concernant étant donné leur situation d'exclusion sociale qui rend leur possibilité formelle de participation politique plutôt illusoire selon une perspective concrète?

¹³⁹ L'objectif de favoriser l'égalité dans le débat politique milite en faveur de la justification des restrictions, notamment lorsque l'aspect informationnel du droit de vote n'est pas violé, *ie* si les entraves n'ont pas d'effet préjudiciable sur l'information disponible à l'électorat. Des limites de financement qui interdisent aux citoyens toute participation au débat politique pendant la période électorale, sauf par l'entremise des partis politiques, ne peuvent cependant pas être justifiées car elles ne sont pas minimales. Voir : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569 ; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827 ; *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 7649 (FTQ) c. Québec (Directeur général des élections)*, 2011 QCCA 1043 ; *Québec (Directeur général des élections) c. Médias Transcontinental inc.*, 2008 QCCQ 8975.

appelée à établir un équilibre entre la liberté d'expression des uns et le droit à l'égalité des autres quant aux différentes normes prohibant la propagande haineuse¹⁴⁰, notamment dans des affaires dont le contexte factuel présentait un aspect politique. Dans *Andrews*¹⁴¹, le chef et le secrétaire d'une organisation politique prônant un nationalisme basé sur la suprématie des « Blancs », le *Nationalist Party of Canada*, furent accusés d'avoir fomenté la haine contre des groupes identifiables pour des propos publiés dans la revue de l'organisation et qui visaient tout autant les « Noirs », les « Africains et Asiatiques d'une autre couleur » et les Juifs. Plus récemment, cet arrêt fut suivi dans un cas de propagation d'idées néonazies sur Internet par un jeune de Rivière-du-Loup qui s'attaquait aux « Juifs, musulmans, gais et lesbiennes et personnes de couleur »¹⁴². La Cour du banc de la Reine du Nouveau-Brunswick décida par ailleurs qu'un don à un groupe néonazi ayant comme objectif principal la propagation de la haine raciale est en violation de l'art. 319(2) du *Code criminel* et, qu'en l'espèce, l'héritage en faveur de l'organisation américaine *National Alliance* doit être annulé car contraire aux principes canadiens de politique publique¹⁴³. Des participants à une manifestation contre l'octroi du statut de réfugié à des « Roms » et où furent exhibés des symboles nazis et des pancartes associant notamment ce peuple à un « cancer » et des « poubelles » furent également accusés en vertu de cet article¹⁴⁴. Dans *Taylor*¹⁴⁵, c'est plutôt un parti politique, le *Western Guard Party*, et son chef qui furent accusés d'avoir commis un acte discriminatoire exposant à la haine au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁴⁶ en diffusant des messages téléphoniques enregistrés

¹⁴⁰ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 318-320.1 prévoit différentes infractions de propagande haineuse afin de protéger des « groupes identifiables » définis à l'art. 318: « toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle ou la déficience mentale ou physique ». Notons que la lutte contre la propagande haineuse relève d'un engagement du Canada dans le cadre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T.Can. n° 47, art. 18 (entré en vigueur au Canada le 23 mars 1976, voir son art. 20, al. 2).

¹⁴¹ *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870 portant sur l'art. 319(2) du *Code criminel*, préc., note 140.

¹⁴² *R. c. Castonguay*, 2013 QCCQ 4286.

¹⁴³ *McCorkill v. Streed*, 2014 NBQB 148.

¹⁴⁴ Dans *R. c. Krymowski*, [2005] 1 R.C.S. 101.

¹⁴⁵ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Cette décision et les arrêts *Andrews*, préc., note 141 et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, forment la trilogie de la CSC sur les propos haineux. Le contexte factuel de cette dernière est cependant moins lié au politique puisqu'il s'agit d'un enseignant d'une école secondaire albertaine accusé de propagande haineuse pour des propos antisémites formulés en classe devant ses élèves.

¹⁴⁶ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-1977, c. 33, art. 13(1) (article abrogé, 2013, c. 37, art. 2): « Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou

contenant « des déclarations dénigrant la race et la religion juives ». L'affaire *Mugesera*¹⁴⁷ concerne l'expulsion d'un résident permanent du Canada suite à l'émission à son encontre d'un mandat d'arrêt par le Rwanda qui l'accusait d'incitation au génocide, au meurtre et à la haine¹⁴⁸ relativement à un discours prononcé lors d'un rassemblement politique dans ce pays alors qu'il était un membre actif d'un parti hutu opposé aux négociations de paix au début des années 1990. Finalement, l'affaire *Whatcott*¹⁴⁹ a pour trame de fond une condamnation en vertu de l'article 14 du *Saskatchewan Human Rights Code*¹⁵⁰, lequel prohibe des publications qui exposent un groupe de personnes à la haine pour un motif illicite de discrimination comme l'orientation sexuelle, suite à la distribution de tracts contre la présence d'homosexuels dans les écoles publiques de la Saskatchewan.

Ces dispositions constituent des restrictions à la liberté d'expression qui visent clairement le message communiqué et, d'ailleurs, peu importe la forme qu'il revêt (orale ou écrite, dans la réalité tangible ou virtuelle, par la participation à une manifestation ou au financement d'une organisation...). Dans chacune des décisions présentées, les tribunaux reconnurent l'atteinte, mais considérèrent que la lutte contre la propagation de la haine la justifie en vertu du test de *Oakes*. Tout de même, pour établir une atteinte minimale à la liberté d'expression, le terme « haine » présent dans ces normes est défini restrictivement afin de se cantonner aux « manifestations extrêmes de l'émotion à laquelle renvoient les termes « détestation » et « diffamation » [mais] sont écartés les propos qui, bien que répugnants et offensants, n'incitent pas à l'exécration, au dénigrement et au rejet qui risquent d'emporter la discrimination et d'autres effets préjudiciables »¹⁵¹. De plus, afin d'éviter une portée trop large ou une application

faire aborder des *questions susceptibles d'exposer à la haine*, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un *groupe identifiable pour un motif de distinction illicite* (nos italiques). » Les motifs de distinction illicite sont prévus à l'art. 3(1) de cette loi : « la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience ».

¹⁴⁷ *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100

¹⁴⁸ En ce qui concerne le droit canadien uniquement, étaient en jeu les dispositions suivantes du *Code criminel*, préc., note 140, art. 464a) (incitation au meurtre), art. 318 (incitation au génocide), art. 319(1) (incitation publique à la haine), art. 319(2) (fomentation de la haine) et art. 7(3.76) intégrant le droit international combattant les crimes contre l'humanité (abrogé en 2000).

¹⁴⁹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

¹⁵⁰ S.S. 1979, c. S-24.1.

¹⁵¹ *Whatcott*, préc., note 149, par. 57. Cette décision récente reprend pour l'essentiel la définition de la haine

subjective par les décideurs judiciaires appelés à se prononcer sur la nature haineuse de propos, la Cour suprême préconise une analyse objective orientée vers les effets, *ie* qu'il faut se demander si une personne raisonnable considérerait que les propos en cause sont de nature à créer auprès de son audience des effets susceptibles d'exposer des personnes du groupe visé à la haine¹⁵². Le test n'exige pas de prouver que les propos ont effectivement entraîné des actes haineux en l'espèce ; l'interdit repose plutôt sur la connaissance historique que les discours haineux sont de nature à créer un climat favorisant de tels préjudices¹⁵³.

Rappelons que le contexte d'un débat politique bénéficie théoriquement d'une protection accrue dans l'économie de la liberté d'expression car il se rattache à la valeur de démocratie qui est sous-jacente à cette garantie. Ce contexte n'est cependant pas un obstacle à une condamnation pour propos haineux¹⁵⁴. Les tribunaux jugent que ce type de discours qualifié d'« extrême » ne mérite pas un haut niveau de protection constitutionnelle car il ne sert pas les objectifs démocratiques :

« [Le discours haineux a] pour effet de nuire à la capacité des membres du groupe de réagir à des idées de fond au centre du débat, ce qui constitue un obstacle majeur les empêchant de participer pleinement à la démocratie. [II] prive le groupe ciblé de tout moyen de riposter ou de rétorquer. C'est ce qu'il fait non seulement en tentant de marginaliser le groupe de manière à ce que ses réactions soient ignorées, mais également en employant des mots qui forcent les membres du groupe à défendre leur propre humanité fondamentale ou leur propre statut social avant même d'être admis à participer au débat démocratique. »¹⁵⁵

Une atteinte à la liberté d'expression peut donc être justifiée si elle est nécessaire afin que les membres d'un groupe puissent réellement jouir d'un droit égal de participation au débat public. Bien que le plus haut tribunal du pays admette la dureté, l'irrationalité et même certaines attaques *ad hominem* lors des luttes verbales de l'arène politique¹⁵⁶, il pose la limite de la haine pour favoriser le respect du droit à l'égalité de groupes historiquement minorisés et marginalisés.

élaborée quelques 13 ans avant dans *Taylor* avec pour seule distinction de rayer le terme « calomnie » de celle-ci sur la base qu'un propos mensonger n'est ni nécessaire, ni suffisant en soi pour conclure à des propos haineux : *Id*, par. 40-43.

¹⁵² *Id*, par. 56-8.

¹⁵³ *Id*, par. 72-7.

¹⁵⁴ *Id*, par. 116-20.

¹⁵⁵ *Id*, par. 75.

¹⁵⁶ *Supra*, Chapitre II, 3.2., La protection civile contre l'atteinte à la réputation, à la dignité ou à la vie privée.

Il est permis de critiquer ces groupes pour différentes raisons, mais pas de tenir un discours qui incite à la haine. Lors de l'analyse du contenu du message, la présence d'une « rhétorique à caractère discriminatoire » ou de « stéréotypes » est une indication que les propos ont franchi cette limite¹⁵⁷. Le rapprochement est ainsi facile entre les dispositions anti-haine et anti-discriminations, qui présentent d'ailleurs une structure similaire : un interdit et une liste de motifs illicites qui protègent des groupes identifiables.

Moins complètes cependant que les dispositions anti-discrimination, ni la liste du *Code criminel*, ni celle de la *LCDP* ou du *Human Right Code* de la Saskatchewan ne protègent un groupe de la haine sur la base de convictions politiques partagées ; il faut dire que contrairement à la *Charte québécoise*, la *Charte canadienne* ne prévoit pas non plus ce motif à son article 15. Ainsi, il n'existe pas de protection contre la propagande haineuse basée sur les convictions politiques en droit interne canadien. La *Charte québécoise* ne prévoit pas non plus expressément de protection visant les propos haineux¹⁵⁸. Au niveau du droit international pourtant, on reconnaît que le discours haineux peut constituer une persécution contre un groupe identifiable, dont un groupe caractérisé par les opinions politiques¹⁵⁹. Il est difficile de déceler l'intention législative supportant cette omission. Nous sommes portés à y relever une réticence à utiliser le pouvoir judiciaire pour policer le débat entre adversaires politiques car les attaques dures y sont traditionnellement perçues de sa nature. La participation de tous au débat public est une justification à la limitation de la liberté d'expression lorsque le discours ostracise un individu ou un groupe pour une caractéristique personnelle qui est sans lien rationnel avec sa capacité à nourrir positivement ce débat (la couleur de la peau, la religion, l'orientation sexuelle, le genre...), alors que les convictions politiques sont au cœur de la lutte pour le pouvoir démocratique où tout un chacun tente de marginaliser les positions de ses adversaires. Ce débat doit en règle générale être libre d'interventions judiciaires, bien que des propos ayant peut-être

¹⁵⁷ *Whatcott*, préc., note 149, par. 118.

¹⁵⁸ La protection offerte par la *Charte québécoise* contre des atteintes discriminatoires à la dignité dans le cas des propos injurieux ou diffamatoires n'est pas du même ordre que celle qui découlerait de l'ajout de la mention « convictions politiques » à l'alinéa 4 de l'article 318 du *Code criminel*, préc., note 81, puisqu'il est difficile de faire la preuve d'un préjudice personnel lorsqu'un groupe est visé : *infra*, Chapitre II, 3.2. La protection contre la diffamation.

¹⁵⁹ *Mugesera*, préc., note 147.

des fondements politiques (pensons aux idées néonazies) pourront être réprimés en vertu du principe d'inclusion s'ils atteignent le niveau de la haine. L'analyse réelle de l'égalité supporte donc une intervention étatique protectrice qui doit être prise en compte lorsqu'on détermine l'étendue des droits des uns et des autres et leur conciliation.

3.2. La perspective personnaliste et pluraliste : le rôle de l'État quant à l'expression politique dans le cadre des relations privées

Nous avons vu au Chapitre II que la liberté d'expression en matière politique est plus fortement protégée dans la sphère publique car elle s'appuie sur la valeur de participation démocratique qui est sous-jacente à cette garantie. La perspective personnaliste et pluraliste des garanties fondamentales, parce qu'elle insiste sur la protection juridique offerte aux personnes contre toutes les sources d'aliénation, permet cependant de prendre conscience que cette liberté ne peut être conçue qu'en référence au seul objectif de participation au régime démocratique. La liberté d'expression s'appuie également sur la valeur sous-jacente de l'épanouissement personnel et elle doit être liée à la liberté d'opinion de façon à reconnaître aux personnes un droit à la poursuite d'une réflexion politique personnelle et à son expression dans la sphère privée. D'ailleurs, l'État a une obligation de respecter les libertés et droits fondamentaux quant aux règles de droit qu'il met en place pour régir les rapports privés, tant sous la Charte canadienne que celle québécoise¹⁶⁰. De plus, dans un outil comme la Charte québécoise, la protection de la liberté d'opinion et d'expression politique concerne aussi des rapports de droits et de devoirs dans les relations privées, ce qui implique que les personnes et les groupes en bénéficient tout autant qu'ils doivent les respecter. La condamnation de l'exclusion sociale fondée sur des considérations politiques supporte nécessairement une plus grande acceptation de l'expression personnelle de convictions politiques dans la sphère privée que ne le permettait le paradigme moderne privé/public encore très présent dans l'interprétation formelle des droits fondamentaux. Le politique n'étant plus une exclusivité de la sphère publique, les principes d'inclusion, de pluralisme et de tolérance qui furent pensés pour la structure du régime démocratique libéral et

¹⁶⁰ Peut-être est-il nécessaire de rappeler que même la Charte canadienne, avec son champ d'application restreint dans la sphère privée, a des effets sur les rapports privés puisqu'en présence d'un acte étatique comme une loi, la Charte canadienne trouve application : *Dolphin Delivery*, préc., note 50.

le débat public¹⁶¹ s'appliquent désormais aussi à l'expression politique dans la sphère privée d'une façon qui y favorise la visibilité des opinions politiques. Ainsi, l'encadrement législatif des relations privées ne doit pas permettre à un acteur privé de porter atteinte à l'exercice par une personne de ses droits et libertés en matière politique et la valeur supérieure de ces droits dans la hiérarchie des normes doit être prise en compte lors de la conciliation d'intérêts concurrents. Pour illustrer les développements potentiels d'un droit qui cherche à protéger les personnes contre toute forme d'aliénation, nous traiterons de l'expression de convictions politiques en emploi non pas au sens de l'interdit de discrimination politique (lequel proscrit la censure d'un message politique précis), mais plutôt selon les seules libertés d'opinion et d'expression comprises comme une protection de l'expression politique à la fois afin d'alimenter le débat public et pour permettre l'affirmation d'opinions dans la sphère privée.

Dans l'état actuel du droit, les tribunaux s'appuient sur le devoir de loyauté des travailleurs envers l'employeur, de même que l'obligation de protection des employés contre le harcèlement, le droit à la réputation et le pouvoir de direction de l'employeur pour instaurer des balises à la liberté d'expression des employés¹⁶². Ces restrictions peuvent avoir des effets sur la liberté d'exprimer des opinions politiques plus spécifiquement, qu'elles prennent la forme d'une expression orale, du port d'un symbole politique, d'une entorse aux règles vestimentaires de l'entreprise, etc. D'abord, une liberté d'expression accrue est reconnue pour les propos politiques qui ne constituent pas une critique de l'employeur et qui sont formulés dans un contexte d'emploi où les travailleurs ne sont pas en contact avec le public. L'employeur ne peut intervenir que sur la base d'un comportement problématique qui aurait pour conséquence de « nui[re] au travail ou aux opérations de l'entreprise d'une manière non négligeable et significative »¹⁶³ ou de créer un préjudice à un collègue de travail de nature à impliquer « bien plus que l'inconfort ou la différence d'opinion d'autres personnes »¹⁶⁴. Une intervention

¹⁶¹ *Supra*, Chapitre II, 3.1. et 3.2. respectivement.

¹⁶² Pour les employés d'État qui exercent un pouvoir discrétionnaire politique, leur devoir de neutralité politique s'ajoute aux obligations en jeu : *supra*, Chapitre II, 3.2.

¹⁶³ *Syndicat des Métallos, section locale 9414 et Transformateurs Delta Inc.*, 30 septembre 2009, Me Richard Marcheterre, arbitre, par. 38-40, laquelle décision traite de l'expression religieuse en emploi, mais inspire une décision sur l'expression politique : *Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes (Stephan Brassard)*, [2013] n° AZ-51022156 (T.A.), par. 22.

¹⁶⁴ *Id.*

patronale peut donc se justifier dans ce cadre en fonction de la forme de l'expression ou de certaines de ses conséquences, et non directement en fonction du message véhiculé. Par exemple, une expression politique raciste ou homophobe dirigée contre un collègue constitue un propos inacceptable au regard d'une de ses conséquences, à savoir de porter atteinte de façon discriminatoire aux droits fondamentaux à la dignité ou à la protection contre le harcèlement dont bénéficie le collègue¹⁶⁵, ce qui justifie et même soulève une obligation quant à l'intervention de l'employeur¹⁶⁶. Dans ce scénario, l'approche personnaliste et pluraliste est respectée : les personnes peuvent exprimer largement leurs convictions personnelles dans la sphère privée et l'employeur ne pourra intervenir que pour protéger les droits de collègues.

Par ailleurs, en vertu du droit à la réputation de l'entreprise, la liberté d'expression politique des employés risque de souffrir de plus de limites lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle. Des tribunaux sont intervenus même lorsque le message en cause n'était pas une critique de l'employeur. Un exemple jurisprudentiel intéressant implique un facteur de Poste Canada qui livrait le courrier en arborant le carré rouge, symbole de l'opposition à la hausse des frais de scolarité imposée par le gouvernement québécois en 2012¹⁶⁷. Saisi de la question suite à la contestation des sanctions disciplinaires imposées au facteur en raison du refus de se départir de ce symbole, l'arbitre Frumkin considéra que le port du carré rouge créait un préjudice à Poste Canada qui risquait d'être associée à tort aux yeux de sa clientèle à une opinion politique¹⁶⁸. En toute logique, un tel raisonnement implique que tout employé en contact avec le public ne peut porter un quelconque message politique puisque ce risque est hypothétiquement toujours

¹⁶⁵ Charte québécoise, préc., note 26, art. 4, 10 et 10.1.

¹⁶⁶ Quant à l'obligation patronale de protection des employés contre le harcèlement, voir : *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 81.18 à 81.20.

¹⁶⁷ *Brassard*, préc., note 163.

¹⁶⁸ Un raisonnement similaire fut appliqué dans : *Ingersoll-Rand Canada Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, local 6670*, [1989] n^o AZ — 89141237 (T.A.), par. 13-20 et *Montréal (Ville de) (SPVM) et Fraternité des policiers et policières de Montréal (grief patronal)*, 2016 QCTA 968, par. 178-81. Concernant cette affaire, il est pourtant difficile de croire que le public n'était pas en mesure de comprendre que les autocollants apposés sur les véhicules du SPVM représentaient l'opinion de la Fraternité des policiers et ses membres concernant le processus de négociation collective avec la Ville, plutôt que la position du SPVM lui-même. L'arbitre Nathalie Faucher s'appuie sur le devoir de neutralité politique des policiers d'une façon qui nous semble problématique car inconciliable avec toute expression publique de fonctionnaires sur leurs conditions de travail. Or ce sujet précis devrait être traité différemment des autres étant donné la reconnaissance du droit d'expression sur les conditions de travail: *KMart Canada*, préc., note 50.

présent... il n'y aurait donc aucune protection de l'expression politique dans un contexte du genre! À notre avis, l'application du droit à la réputation dans un tel contexte n'est pas appropriée car elle ne peut pas être conciliée avec l'interprétation de la liberté d'expression dans une perspective personnaliste. La protection des individus contre toutes les aliénations qui est au cœur des droits fondamentaux implique qu'il n'est pas possible d'exiger d'un travailleur qu'il se départisse sur ses lieux de travail de toute individualité et qu'il supprime toute expression de soi — cela est clairement reconnu quant au port de symboles religieux en emploi¹⁶⁹ et nous ne voyons pas ce qui justifierait un traitement différent des symboles politiques. Si l'expression politique est habituellement associée à la valeur sous-jacente à la liberté d'expression que constitue la discussion démocratique, elle peut également relever de cette autre valeur sous-jacente qu'est l'épanouissement personnel. En plaçant la protection de la dignité de la personne contre toutes les aliénations au cœur du système des droits fondamentaux, l'approche personnaliste nous invite à considérer non seulement la valeur de l'expression politique du point de vue du régime politique, mais au moins tout autant du point de vue de l'épanouissement de la personne. Sous cet angle, attribuer les convictions affichées par un travailleur à son employeur relève d'une association abusive que ne ferait pas une personne raisonnable consciente de la protection de droits fondamentaux individuels dans notre société. Dans notre exemple jurisprudentiel, la conclusion de l'arbitre implique que le port du carré rouge par un employé pourrait être perçu comme une directive de l'employeur, ce qui est tout à fait déraisonnable puisqu'aucun employeur n'a le pouvoir d'imposer l'expression d'un positionnement politique à ses employés. En l'absence d'une obligation de neutralité politique justifiée par l'impartialité nécessaire de certains fonctionnaires étatiques, les employés du secteur privé et une partie importante des employés publics ne devraient pas être contraints de taire qui ils sont ou ce en quoi ils croient¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Même la convention constitutionnelle de neutralité religieuse de l'État ne s'oppose pas au port de symboles religieux par les fonctionnaires étatiques car cette pratique religieuse ne fait pas naître une crainte raisonnable de partialité dans leur prestation de travail envers les citoyens : *Grant c. Canada (Procureur général)*, [1995] 1 C.F. 158.

¹⁷⁰ *Supra*, Chapitre II, 3.2., Neutralité des fonctionnaires. L'obligation de neutralité politique des fonctionnaires est beaucoup plus en lien avec l'impartialité réelle et perçue quant à l'exercice de leurs tâches que ne l'est l'obligation de neutralité religieuse. L'expression d'une opinion politique pourra beaucoup plus facilement être associée à un parti-pris inconciliable avec l'obligation de neutralité envers les différents partis politiques. Au contraire, l'expression religieuse sera rarement en lien avec les décisions gouvernementales d'un régime fondé sur la neutralité des justifications en matière religieuse. Conséquemment, il est normal que la première subisse

Les messages qui concernent l'employeur — l'entreprise comme ses représentants patronaux — s'inscrivent dans une logique différente puisqu'ils impliquent la conciliation de la liberté d'expression du travailleur avec son obligation de loyauté qui protège le droit fondamental à la réputation de l'employeur : le travailleur « ne doit pas s'attaquer à la réputation de son employeur ou dénoncer les pratiques qu'il n'accepte pas ou étaler sur la place publique les différends qui l'opposent à l'employeur »¹⁷¹. De telles critiques peuvent revêtir un aspect politique, par exemple quant aux pratiques d'une entreprise en matière d'environnement, de traitement de groupes minoritaires, de collusion, de corruption... Comme le démontrent les Professeur Christian Brunelle et Mélanie Samson¹⁷², l'établissement d'une « règle » contre la dénonciation publique de l'employeur, sauf circonstances justificatrices, crée dans notre droit un test juridique qui relègue la liberté d'expression au statut « d'exception » malgré sa supériorité dans la hiérarchie des normes. Nous ajoutons que ce test a certainement un effet refroidissant sur l'exercice de la liberté d'expression puisqu'il fait assumer au dénonciateur des risques de sanctions pouvant aller jusqu'au congédiement en plus de potentielles poursuites judiciaires pour atteinte à la réputation. Par ailleurs, nous décelons dans cet état du droit l'idée que la relation privée entre l'employeur et l'employé doit demeurer dans cette sphère pour protéger les intérêts patronaux. Les seuls moments où un déversement du privé dans la sphère publique sera justifié sont ceux où les intérêts de la société l'emportent sur ceux de l'employeur de telle façon que la dénonciation de l'employé devienne elle-même l'accomplissement d'un devoir, celui du citoyen qui « doit considérer les informations obtenues en raison de son emploi à la lumière de l'intérêt public [nos soulignements] »¹⁷³. Il s'agit d'une « solution impérieuse et de dernier recours après que l'employé ait épuisé tous autres moyens correctifs à sa disposition,

plus de limitations que la deuxième chez les employés qui représentent l'État face à la population. La justification du fonctionnement impartial de l'État n'a cependant rien à voir avec les employés privés, ni même avec les employés publics dont les tâches s'exercent sans aucun pouvoir discrétionnaire susceptible d'être influencé par des considérations politiques.

¹⁷¹ Marie-France BICH, « Contrat de travail et Code civil du Québec—Rétrospective, perspectives et expectatives », dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 78, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, ÉYB, 1996, p. 199.

¹⁷² Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaider pour un espace critique accru », (2005) 46-4 *C. de D.* 847, aux pp. 852-855.

¹⁷³ *Id.*, p. 856.

à l'interne [nos soulignements] »¹⁷⁴. Dans l'état actuel du droit, il serait important que les tribunaux appliquent la vision large de ce qui relève de l'intérêt public développée par la Cour suprême en contexte de diffamation¹⁷⁵ afin de reconnaître que l'ensemble de la population peut être interpellée par plusieurs des décisions des entreprises au regard de leurs impacts sociaux et environnementaux par exemple. La transparence quant aux choix de gestion d'une entreprise peut lui être préjudiciable, mais un obscurantisme imposé avec l'appui de l'appareil juridique nie le droit à l'information des personnes qui souhaitent faire des choix éclairés en tant que clients ou citoyens. Dans ce cas-ci, la perspective pluraliste nous rappelle que le pouvoir politique n'est plus dans les seules mains de l'État et que plusieurs décisions collectives ne pourront être prises qu'à la condition que l'information soit disponible.

Finalement, le droit à la réputation et le pouvoir de direction de la partie patronale, de même que l'obligation de loyauté de l'employé furent invoqués pour limiter le droit de ce dernier de critiquer son employeur devant la clientèle, notamment en vertu du droit de l'employeur d'imposer des exigences vestimentaires afin de projeter une certaine image de l'entreprise ou du service public à travers ses employés¹⁷⁶. En présence de relations de travail syndiqué, la dérogation à la tenue vestimentaire est généralement autorisée comme moyen de pression en période de conflit de travail, sous réserve de limitations justifiées par la sécurité des travailleurs¹⁷⁷ ou encore la promulgation des services auxquels le public a droit¹⁷⁸. D'autres formes d'expression seront également permises tant qu'elles ne présentent pas un aspect délictuel comme l'endommagement du matériel de travail¹⁷⁹. Pendant le cours d'une convention collective cependant, certaines décisions limitent sensiblement le droit des travailleurs d'informer la population sur leurs conditions de travail¹⁸⁰ puisque leurs activités ne devraient

¹⁷⁴ *Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes (griefs individuels, Jade Daniel Sambrook et autres)*, [2005] R.J.D.T. 1284, par. 195 où l'arbitre Dulude propose des critères justificateurs du recours à la dénonciation publique par un employé.

¹⁷⁵ *Supra*, Chapitre II, 3.2.6.

¹⁷⁶ *Brassard*, préc., note 163, par. 20-5 ; *Ingersoll-Rand*, préc., note 168, par. 13-20.

¹⁷⁷ *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. École nationale de police du Québec*, 2010 QCCRT 0042 ; *Ulysse c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCRT 0470.

¹⁷⁸ *Ville de Châteauguay c. Fraternité des policiers de Châteauguay inc.*, 2014 QCCRT 0693 ; *Syndicat des pompiers du Québec, section locale Sainte-Thérèse c. Ste-Thérèse (Ville de)*, 2016 QCTAT 2928.

¹⁷⁹ *SPVM*, préc., note 168.

¹⁸⁰ Le plus haut tribunal a en effet reconnu expressément l'importance pour les employés de pouvoir s'exprimer

pas atteindre le niveau d'un moyen de pression¹⁸¹. Par exemple, le port d'un macaron visible pour la clientèle d'un hôtel et associant des décisions de gestion à une baisse de services fut considéré dépasser les « activités d'information passives » pour exprimer un « mécontentement », entrant dans la catégorie d'un moyen de pression puisqu'elle relève d'actions « de confrontation avec l'employeur », « visant délibérément à agacer et déranger la clientèle tout en irritant l'employeur »¹⁸². Quoique concordante avec le régime de gestion interne des différents mis en place par la convention collective qui impose l'arbitrage comme seul mode de résolution des conflits pendant sa validité, cette différence est pour le moins ténue et laisse pratiquement très peu de place à une expression critique sur les conditions de travail. D'ailleurs, cette idée de limitation conventionnelle d'un droit fondamental est rejetée par d'autres décideurs qui exigent la démonstration par l'employeur qu'il subit un préjudice découlant de l'exercice par les travailleurs de leur liberté d'expression¹⁸³. Ainsi, les macarons contre la privatisation du Service de Poste Canada portés par certains de ses facteurs lors de leur livraison de courrier à domicile furent jugés n'engendrer aucun effet préjudiciable, de telle façon qu'il était abusif de les interdire même en période de validité de la convention collective. Cette dernière tendance est plus respectueuse de la liberté d'expression individuelle ainsi que du droit d'association pour la défense d'intérêts collectifs. Le cas de l'expression politique en emploi n'est qu'un exemple des développements juridiques en faveur d'une protection accrue de l'expression dans la sphère privée qui pourraient être insufflés par la perspective personnaliste et pluraliste. Il semble en effet nécessaire d'y recadrer la liberté d'expression comme règle qui ne pourra souffrir d'exceptions que lorsque, à la fois, les propos n'ont aucun intérêt public et portent préjudice aux droits fondamentaux d'une autre personne.

sur leurs conditions de travail dans le contexte de rapports inégaux inhérents à la relation employeur-employé : *KMart*, préc., note 50.

¹⁸¹ *STT de l'Hôtel Méridien de Montréal (CSN) et Hyatt Regency Montréal (grief collectif)*, 2015 QCTA 288, conf. : *Syndicat des travailleuses et des travailleurs de l'Hôtel Méridien de Montréal (CSN) c. Laplante*, 2016 QCCS 2639 ; *Syndicat de la fonction publique du Québec*, préc., note 177.

¹⁸² *CSN*, préc., note 181, par., 55-84.

¹⁸³ *Brassard*, préc., note 163 ; *Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes (griefs individuels, François Bécotte et autres)*, n° AZ-51015783 (T.A.). Logiquement, seule cette optique pourrait être appliquée dans le cadre de relations de travail non syndiquées.

CONCLUSION

Afin de définir la protection de l'égalité politique assurée aujourd'hui par la Charte québécoise, nous avons adopté une approche historique axée sur les paradigmes ou rationalités entourant la notion d'égalité lors de son émergence à l'ère moderne et de ses développements subséquents. Cette approche permet de constater que l'égalité politique actuelle est le résultat de l'accumulation au cours des derniers siècles de plusieurs strates de protection qui agissent toutes encore aujourd'hui et qui doivent guider l'interprétation de l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques. Nous avons démontré au Chapitre I que l'égalité politique a d'abord un aspect structurel, c'est-à-dire qu'elle est liée à la forme de l'État, au régime démocratique libéral. Cet aspect tire donc son origine de la mise en place, à la Modernité, d'une nouvelle structure organisant l'exercice du pouvoir au sein de la société. L'égalité politique n'y relevait pas encore de garanties juridiques et constituait plutôt un principe d'organisation de la forme de l'État ayant pour objectif la participation politique en son sein. Elle se fondait sur l'octroi, à chaque membre de la communauté politique, d'un statut identique double de détenteur de la citoyenneté et de la personnalité juridique. La citoyenneté permettait la participation au processus de décision politique et de création du droit à l'intérieur des structures de l'État alors que le caractère abstrait de la personnalité juridique permettait à l'individu de bénéficier de l'application neutre d'un droit commun, *ie* de règles en principe identiques pour tous. Cette forme d'égalité est dite procédurale puisqu'elle concerne le processus d'édiction et d'application du droit. Il s'agit d'une égalité devant la loi qui se montra bien imparfaite pour assurer à elle seule la participation politique puisqu'elle n'imposait aucune limite à la souveraineté parlementaire, ni aux rapports des citoyens entre eux.

Le Chapitre II présente l'évolution de la conception de l'égalité à partir du milieu du XXe siècle avec la reconnaissance de droits et libertés fondamentaux mettant en place des garanties juridiques en faveur des citoyens comme réponse à la faiblesse de l'égalité strictement procédurale, notamment en matière d'égalité politique. Cette dernière bénéficie particulièrement de l'appui des droits politiques ou démocratiques et des libertés d'opinion et d'expression. Ces garanties contiennent en elles-mêmes un principe d'égalité politique

puisqu'elles sont reconnues à tous les citoyens et qu'elles soutiennent leur participation politique. Au Québec et au Canada, nous les retrouvons principalement dans les chartes canadienne et québécoise auxquelles les règles de droit et les autres actes étatiques doivent se conformer sous peine d'invalidation constitutionnelle. En vertu de la Charte québécoise, les acteurs privés doivent également s'abstenir des poser des actes discriminatoires. Ainsi, l'égalité politique revêt dorénavant un aspect substantiel : les droits et libertés garantis aux citoyens créent des limites à l'exercice légal du pouvoir étatique mais aussi aux droits et obligations des citoyens dans leurs rapports réciproques. Dans le contexte paradigmatique des droits fondamentaux prévus à la Charte québécoise, l'égalité politique ne réfère désormais plus uniquement à un principe d'organisation politique permettant la participation aux structures décisionnelles étatiques. Elle octroie plus largement une protection juridique de l'expression et de la participation politique autant dans la sphère publique que celle privée. Ayant déterminé ce cadre dans lequel doit être réfléchi l'égalité politique, nous résumons ci-après nos principales conclusions en les associant aux trois critères d'établissement d'une discrimination *prima facie* au sens de la Charte québécoise. Un demandeur atteindra son fardeau de preuve en établissant la présence d'une distinction, exclusion ou préférence opérée par l'État ou un acteur privé (1.), fondée sur ses convictions politiques réelles ou perçues (2.) et qui porte atteinte à un droit ou une liberté de la personne (3.). Le défendeur pourra ensuite faire valoir certains moyens d'exonération puisque la protection contre la discrimination politique n'est pas sans limite (4.).

1. L'existence d'une distinction, exclusion ou préférence

L'étude que nous avons présentée aux chapitres II et III des droits démocratiques, des libertés d'opinion et d'expression ainsi que de l'interdit de discrimination nous a permis de dégager les rationalités dans lesquelles s'inscrit l'égalité politique : permettre à tous les citoyens de participer au processus électoral de même qu'aux débats publics, assurer un pluralisme des idées politiques pour alimenter les choix politiques et protéger les personnes à l'encontre d'interventions d'acteurs publics ou privés qui seraient de nature à nier le droit à la poursuite d'une réflexion politique et à son expression dans les sphères publique et privée. Ainsi, il y aura une distinction, exclusion ou préférence constitutive de discrimination politique, qu'elle soit pratiquée par l'État ou une partie privée, lorsqu'un

acte tend à contrecarrer ces objectifs. Par exemple, nous avons vu que les droits démocratiques furent interprétés par les tribunaux comme un droit à une égalité de départ entre les candidats à une élection, un principe violé lorsque les lois électorales favorisant ou défavorisant un groupe ou une idée politique. Nous y voyons un exemple d'utilisation discriminatoire du pouvoir législatif puisque sont établies des préférences envers certaines options politiques ou des distinctions pouvant mener à des exclusions du processus démocratique. La période électorale dans le régime démocratique libéral est plutôt guidée par un principe de neutralité politique : les ressources de l'État ne doivent pas être utilisées afin d'avantager ou de désavantager des options lors de la lutte pour la prise du pouvoir. D'autres illustrations d'exclusions, de distinctions ou de préférences constitutives de discrimination politique seront présentées à la section 3 mais voyons d'abord quelle définition du motif des convictions politiques doit être retenue sous l'égide de la Charte québécoise.

2. Les convictions politiques réelles ou perçues

Pour définir le motif interdit de discrimination des convictions politiques, il faut se demander ce qui est politique dans notre société au sens de la Charte québécoise. Or, la définition du politique est une tâche ardue, notamment parce que ce qui est conceptualisé comme politique varie en fonction des époques; il suffit de comparer l'interventionnisme minimal de l'État moderne et le rôle joué par l'État providence pour s'en convaincre. Ainsi, le Chapitre I nous a permis d'établir qu'une conception stato-centriste du politique domine la période de l'établissement de l'État libéral démocratique moderne. Le politique réfère alors à la seule participation aux structures de l'État et aux seuls sujets en lien direct avec les actes de l'État. Cette première définition du politique, bien que restrictive, nous indique tout de même la protection minimale offerte par l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques. Est discriminatoire la distinction, l'exclusion ou la préférence fondée sur la participation d'une personne aux structures étatiques comme le fait d'être un élu ou un candidat, d'être membre d'un parti politique ou encore de contribuer en tant que citoyen à une instance étatique (en commission parlementaire ou lors d'une assemblée municipale par exemple). L'est également une prise de position directement en lien avec les actions de l'État comme la dénonciation des politiques du gouvernement ou de leur

exécution par l'administration publique, la réprobation de l'inaction étatique sur un enjeu ou la critique des prises de position d'un élu, d'un candidat ou d'un parti politique.

Nous avons vu au Chapitre II qu'une telle définition du politique ne cadre pas parfaitement avec les paradigmes qui président à la reconnaissance de libertés et de droits fondamentaux au XX^e siècle et à leur interprétation judiciaire. La Cour suprême du Canada considère que la liberté d'expression doit être comprise à la lumière des trois valeurs qui la sous-tendent, dont celle, parfois présentée comme la plus importante, de la discussion publique dans un régime démocratique. Celle-ci vise la protection de la participation citoyenne non plus uniquement aux structures étatiques mais plus largement aux débats publics. Ainsi, le type de participation que l'on veut préserver de la discrimination politique englobe non seulement nos exemples précédents mais également l'appartenance à un groupe de pression ou de réflexion politique tout comme la présence à une manifestation, un rassemblement ou tout autre événement de contestation ou d'échanges de nature politique. De même, est protégée la prise de parole dans les médias et lors de toute forme d'assemblée ou de réunion en dehors des structures étatiques. Il faut de plus rappeler que la liberté d'expression garantit toutes les formes d'expression, à l'exclusion du recours à la violence. Ainsi, seront visées les convictions politiques énoncées verbalement ou à l'écrit, par le port d'un symbole politique ou la production d'une œuvre artistique et même, par la simple présence à une activité politique. Il faut ici rappeler que la partie demanderesse doit prouver que le traitement qu'elle allègue fut fondé sur ses convictions politiques réelles ou perçues. Ainsi, elle pourra mettre en preuve toutes manifestations de ses opinions véritables, connues du défendeur et susceptibles d'avoir influencées ce dernier mais elle pourra également établir que le défendeur a agi de la façon reprochée parce qu'il lui a attribué erronément une conviction politique. Par exemple, un passant aux abords d'un rassemblement partisan peut être victime de discrimination politique bien qu'il n'ait absolument rien à voir avec le groupe visé, tout comme une personne peut être victime par association aux idées politiques de son conjoint ou d'un membre de sa famille.

Par ailleurs, dans ce contexte où la liberté d'expression vise la protection des discussions

sur les «questions d'intérêt public», nous croyons que le politique ne peut plus référer strictement à la direction de l'État, c'est-à-dire que les sujets pouvant être qualifiés de politique ne doivent pas être limités à ceux liés aux actions étatiques. Pour une protection complète de la libre discussion, la prohibition de la discrimination politique doit viser les opinions exprimées par une personne quant à l'État mais également quant aux actions d'autres acteurs qui occupent une position leur permettant d'influencer les choix collectifs d'une société. Cette conclusion concorde avec la protection de la liberté d'expression sur les questions d'intérêt public qui assure aux citoyens de pouvoir critiquer autant des acteurs publics que des acteurs privés. En effet, une définition stato-centriste du politique risque d'offrir une protection incomplète qui délaisse un pan important des espaces où se prennent des choix politiques. Par exemple, une revendication exigeant l'abandon, lors de la fabrication d'un bien, du recours à un produit considéré dangereux pour la santé humaine ou pour l'environnement nous semble présenter un aspect politique, peu importe que cette demande soit adressée à la compagnie produisant le bien en cause ou à l'État afin qu'il établisse une interdiction. En ce sens, nous avons proposé au Chapitre III que les convictions politiques réfèrent aux opinions quant aux choix portant sur des questions collectives. Nous croyons que c'est sous cet éclairage qu'il faut comprendre la définition sommaire proposée par le juge Lebel alors qu'il siégeait à la Cour d'appel du Québec : les convictions politiques réfèrent aux « débats sur l'organisation ou le fonctionnement de la société, ses buts ou sa nature »¹. D'ailleurs, le Service de recherche de la Commission des droits proposait en 1983 que le politique renvoie au pouvoir et à la lutte autour du pouvoir dans une société, que ce pouvoir soit relié ou non à ses instances politiques formelles².

Ainsi, lors de l'analyse visant à établir l'existence d'une discrimination *prima facie*, le critère exigeant que l'acte attaqué se fonde sur les convictions politiques d'une personne sera atteint par la démonstration que cet acte fût influencé par l'opinion du demandeur quant à un choix collectif. Dans sa forme la plus achevée et la plus complexe, une telle conviction prendra la forme d'une «idéologie politique», ce que le Service de la recherche

¹ *Morel c. Corporation de Saint-Sylvestre*, [1987] D.L.Q. 391 (C.A.) (j. LeBel). Voir notre analyse de cette décision : *supra*, Chapitre introductif, 2.

² *Supra*, Chapitre introductif, 1.

de la Commission des droits définissait en 1983 comme un système de pensée qui questionne l'organisation et l'exercice du pouvoir, de même que les politiques concrètes qui en découlent³. Nous ajoutons cependant que la notion de conviction politique doit aussi inclure l'adhésion à une proposition plus modeste quant à l'organisation et l'exercice du pouvoir afin que soit tout autant protégée la personne qui ne se revendique pas d'un système idéologique complet et explicite. La liberté d'opinion, en tant que droit individuel, permet aux personnes de développer une pensée originale qui n'a pas à être conforme à une idéologie politique monolithique, ni à atteindre un niveau de sophistication digne d'un penseur en sciences politiques.

3. L'atteinte à un droit ou une liberté de la personne

Pour prouver l'existence d'une discrimination fondée sur les convictions politiques, la partie demanderesse devra troisièmement établir que le traitement qu'elle a subi porte atteinte à un droit ou une liberté de la personne que l'on retrouve aux articles 1 à 56 de la Charte québécoise. Dans un premier temps, l'interdit de discrimination politique s'accolle instinctivement aux droits politiques (art. 21-22 de la Charte québécoise) et aux libertés d'opinion et d'expression (art. 3) selon un paradigme de protection de la participation du citoyen au régime démocratique libéral. Au Chapitre II, nous avons étudié en détail l'étendue reconnue par les tribunaux canadiens à ces droits et libertés. Nous avons conclu que les droits de vote et d'éligibilité électorale ne peuvent être retirés à un citoyen, car cela équivaldrait à son exclusion de la communauté politique. Seules des limitations minimales et justifiées par les nécessités du fonctionnement du régime démocratique furent validées par les tribunaux; nous avons mentionné l'interdit du cumul de certaines fonctions étatiques qui restreint l'éligibilité électorale et la suspension temporaire des droits démocratiques à la suite d'une condamnation pour une infraction électorale. Ces droits imposent également à l'État d'édicter des règles électorales permettant leur mise en œuvre. Ces règles doivent donner lieu à une égalité de départ entre les candidats et les partis politiques : tant les règles de mise en candidature, d'enregistrement des partis que de financement ne peuvent créer des avantages ou des désavantages envers certaines options politiques. Puisque l'analyse développée par les tribunaux s'intéresse aux effets concrets sur les possibilités de

³ *Id.*

participation politique des règles du jeu électorale, nous avons conclu que les droits politiques bénéficient d'une forte protection juridique. Les atteintes à ces droits sont difficilement justifiables dans un régime démocratique, ce qui leur accorde en quelque sorte un statut d'intouchable.

La liberté d'expression quant à elle garantie à tous une possibilité de participation au débat public. Elle s'oppose à des interventions étatiques ayant pour objet ou pour effet de censurer ou de contrôler un message politique. L'État ne peut donc pas criminaliser une idée politique, rendre un groupe illégal sur la seule base de l'opinion politique partagée, éliminer des moyens de diffusion (comme fermer un organe de presse, rendre illégale toute manifestation, interdire toute forme d'affichage dans l'espace public...) ou encore contrôler le message transmis par un moyen de diffusion. Bien que le parti politique au pouvoir puisse faire valoir sa vision dans l'espace public, il ne doit pas utiliser les ressources de l'État pour faire taire ses détracteurs. Un certain droit à l'information est par ailleurs dégagé de la protection de la liberté d'expression politique : afin que les citoyens soient en mesure de faire des choix éclairés, l'État ne peut pas cacher des informations qui revêtent un caractère d'intérêt public. Les limites – qualifiées d'intrinsèques – à la liberté d'expression acceptées par les tribunaux reposent sur une rationalité de protection de l'existence même du régime démocratique libéral ou d'éléments essentiels de son fonctionnement. La violence comme forme d'expression politique ou comme moyen de changement politique ne reçoit aucune protection constitutionnelle puisque son emploi s'oppose drastiquement au caractère délibératif de la démocratie. La criminalisation des infractions séditieuses ou du terrorisme par exemple est justifiée en vertu de cette rationalité. N'empêche qu'il faut éviter une enflure conceptuelle quant à ce qui constitue de la violence, particulièrement en matière d'expression politique. Par exemple, les tribunaux préconisent de distinguer la violence et le désordre lors de manifestations, car s'il est légitime de criminaliser la première avec les interdits d'attroupement illégal et d'émeute, le deuxième doit être toléré, car il relève dans une certaine mesure de cette activité. Les nécessités du fonctionnement de l'appareil d'État justifient également que certains lieux publics, comme les lieux de travail des élus et des employés étatiques, soient exclus de la sphère de protection de la liberté d'expression; au contraire, les rues, les parcs,

les aéroports et les poteaux de services publics sont des lieux où l'on reconnaît une obligation de tolérance de l'expression politique malgré certains effets sur l'utilisation habituelle de ces lieux. L'état de la jurisprudence relative à la liberté d'expression en matière politique nous permet donc de conclure qu'il y aura atteinte discriminatoire à cette liberté lorsqu'un message politique est exclu ou préféré par les interventions étatiques; notons que cette proposition ne souffre d'aucune exception puisque les limites intrinsèques à la liberté d'expression ne concernent pas le message véhiculé mais la forme ou le lieu de l'expression.

La liberté d'opinion fit l'objet d'une attention très pauvre de la part de nos tribunaux ou fut traitée comme une composante de la liberté d'expression. En ce sens, en matière d'opinion politique, elle s'oppose à l'utilisation du pouvoir étatique pour forcer l'adhésion personnelle à une idée politique ou l'expression d'une telle adhésion. Il ne serait pas possible par exemple de rendre obligatoire l'appartenance à un parti politique ou la participation à une activité politique. À des fins d'illustration, nous avançons au Chapitre II qu'une obligation de voter lors d'élections ne nous apparaît pas conforme aux protections fondamentales car elle implique une démonstration publique d'un appui personnel au régime politique. Or, si l'obligation de respecter les règles qui sont mises en place par ce régime est nécessaire à son existence même, une démonstration de foi ne l'est pas. De même, nous avons exprimé l'opinion que l'actuel serment d'allégeance à la Reine pour l'obtention de la citoyenneté canadienne impose une déclaration favorable au modèle de la monarchie constitutionnelle qui contrevient à la liberté d'opinion. Au contraire, un engagement à respecter la Constitution du Canada et l'état de droit, et donc à ne faire valoir son opinion antimonarchique que par des moyens légaux, serait à notre avis valide. Ainsi, la rationalité du fonctionnement du régime démocratique permet de dégager les limites intrinsèques de la liberté d'opinion. Nous avons expliqué que la liberté d'opinion ne pourrait pas être invoquée par une personne pour s'opposer à l'application à son égard d'une règle de droit car le régime démocratique libéral repose sur l'adoption de normes générales par la majorité des représentants élus. Un accommodement raisonnable ou une objection de conscience fondée sur les convictions politiques d'une personne remettrait en cause ce fonctionnement. Ainsi définie, nous espérons que la liberté d'opinion pourra dans

l'avenir servir plus amplement l'application de l'interdit de discrimination fondée sur les convictions politiques.

Dans un deuxième temps, puisque l'interdit de discrimination politique ne vise pas seulement les droits politiques et les libertés d'opinion et d'expression, il nous faut prendre en compte l'ensemble des droits et libertés de la personne. Dans ce contexte, l'égalité politique ne se limite pas à la protection de la participation citoyenne, elle s'inscrit dans un paradigme plus large de la protection de la personne contre toute forme de représailles et d'exclusion sociale fondée sur ses convictions politiques. Elle se rattache à la protection de la personne en tant que telle, à sa dignité et à son autonomie, et non pas uniquement à son rôle de citoyen démocratique. Elle a pour objectif d'assurer que les règles de droit et leur application soient neutre envers tous les citoyens, peu importe leurs convictions. Elle s'oppose à l'arbitraire des actes de l'État, qu'ils relèvent de ses représentants élus, de ses différents organes administratifs ou de ses employés. Il s'agit de garantir l'accès universel aux bénéfices de la loi : les convictions politiques ne doivent pas influencer l'atteinte à un droit, le non-respect d'une garantie, le refus d'accès à un service public ou la perte autrement injustifiée de tout avantage ou privilège. Ce principe se retrouve notamment dans l'obligation de neutralité politique des fonctionnaires étatiques que nous avons examinée au Chapitre II. Nous l'avons également reconnu au cœur du seul jugement rendu par le Tribunal des droits de la personne sous l'interdit de discrimination politique : une municipalité ayant convié tous les organismes communautaires de la région à une activité ne peut pas retirer cette opportunité à un groupe environnemental en guise de représailles pour des critiques émises contre elle⁴. L'interdit d'arbitraire peut appuyer spécifiquement la participation politique : un agent de l'État ne peut pas nier l'accès à un citoyen, sur la base de ses convictions politiques, au bureau de vote lors d'un scrutin ou encore à un lieu public où se déroule une activité politique. Elle assure aussi de façon plus générale le respect de la dignité inhérente à chaque être humain, sans égard à ses opinions politiques. Par exemple, l'association des articles 10 et 15 de la Charte québécoise interdit de refuser à une personne, à cause de ses convictions politiques, l'accès à un lieu public même lorsqu'aucune activité politique ne s'y déroule.

⁴ *Commission des droits de la personne du Québec c. LaSalle (Cité de)*, (1982) 3 CHRR D/659 (CP).

Pour décider si les convictions politiques d'une personne ont influencé l'atteinte à un droit ou une liberté, nous proposons au Chapitre III de réfléchir la discrimination politique comme l'association de sanctions ou de représailles aux convictions politiques d'une personne. Nous pouvons penser ici aux gestes les plus horribles commis par des régimes autoritaires : l'utilisation de la police ou de l'armée pour commettre des violences, harceler, intimider, tuer ou enfermer des dissidents politiques. Il s'agit pareillement de rejeter des gestes étatiques plus subtils que nous avons qualifié de profilage politique : les convictions politiques d'une personne ne doivent pas inspirer un traitement inusité ou anormal ou une utilisation du droit disproportionnée au regard de la réponse habituelle lors de circonstances similaires. Ainsi, même la commission d'une infraction ne peut servir de prétexte à une intervention qui est en réalité motivée par des considérations politiques. Par exemple, en vertu du droit au respect de la vie privée sans discrimination politique, non seulement la police ne peut entreprendre la surveillance d'un individu ou d'un groupe sur le seul fondement de leurs idées, mais il ne le pourra pas plus à la suite de la commission d'une illégalité qui n'entraîne pas habituellement ce genre de réponse. L'interdit de l'association d'une sanction aux opinions politiques a aussi des incidences dans l'arène judiciaire : bien que les motivations politiques derrière la commission d'une infraction pourront être invoquées pour établir la culpabilité de l'accusé (par exemple la présence de l'élément intentionnel d'une infraction en matière criminelle), une fois cette culpabilité établie, la motivation politique ne devrait pas agir comme facteur aggravant lors de l'évaluation de la peine.

Finalement, l'application de l'interdit de discrimination politique dans les relations privées relève de rationalités similaires à celles gouvernant les relations entre les citoyens et l'État. Entre elles, les personnes tant physiques que morales ne doivent pas utiliser leurs droits ou tout pouvoir qu'elles détiennent afin d'affecter de façon discriminatoire l'exercice des droits et libertés d'une autre personne. Le Chapitre I.1 de la Charte québécoise prévoit plusieurs interdictions qui illustrent ce principe. Les convictions politiques d'une personne ne doivent pas fonder le refus de son embauche, la conclusion d'un contrat (pensons aux contrats de consommation ou aux baux résidentiels) ou encore l'accès à un lieu

habituellement ouvert au public. Ces interdits ne s'opposent pas cependant à des interventions non pas fondées sur les convictions politiques d'une personne mais plutôt sur un comportement problématique et cela même lorsque la motivation de ce comportement est de nature politique. Par exemple, un commerçant est en droit de demander à un client tenant des propos racistes de quitter les lieux de son commerce et ce client ne pourra valablement alléguer avoir subi un traitement discriminatoire basé sur l'expression de ses convictions politiques. Comme nous allons maintenant l'exposer, la protection contre la discrimination politique n'est effectivement pas sans limite.

4. Les limites de la protection contre la discrimination politique

Tel que nous le présentions au Chapitre III, la Charte québécoise prévoit à son article 20 deux premières limites à la protection contre la discrimination en fournissant à la partie défenderesse deux moyens de justification à un acte discriminatoire. Cet article permet d'abord à un employeur d'invoquer que la distinction, l'exclusion ou la préférence qu'il a opérée était fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par un emploi. Les exceptions aux protections fondamentales devant être interprétées restrictivement, se sera à l'employeur de démontrer que l'adhésion à certaines opinions politiques constitue une exigence professionnelle justifiée par rapport à l'emploi spécifiquement en jeu. Nous avons vu que cette démonstration pourra être atteinte par à un parti politique, un syndicat ou un groupe de pression quant à l'embauche de son personnel politique. Il faut cependant comprendre que la plupart des emplois ne présentent pas un aspect politique justifiant une telle discrimination. En effet, l'interdit de discrimination politique privilégiant la cohabitation d'une diversité d'opinion et l'inclusion sociale, le simple désagrément d'avoir à interagir avec une personne dont les convictions politiques horripilent ne sera pas suffisant pour autoriser une discrimination lors de l'embauche. L'article 20 permet également qu'une discrimination soit «justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique». Essentiellement, cette justification permet aux institutions sans but lucratif de se former sur la base d'une caractéristique partagée sans avoir à admettre dans ses membres et lors de ses activités des personnes qui ne sont pas visées par sa mission. En ce qui nous concerne, elle permet aux partis politiques,

aux groupes de pression ou encore aux clubs de réflexion politique de se former sur un critère de convictions politiques partagées et de tenir des activités pour se seul public. Les tribunaux québécois ont interprété cette disposition en faveur d'une grande déférence envers les choix des groupes protégés.

En outre, sous l'égide de l'article 9.1 de la Charte québécoise, un tribunal peut opérer une conciliation des droits fondamentaux des uns et des autres lorsque leur exercice entraîne une confrontation. Cet exercice peut l'amener à établir le point d'équilibre entre les droits en conflit dans un contexte factuel précis ou encore à justifier une intervention étatique. En guise d'illustration, rappelons la protection civile contre la diffamation qui fut examinée au Chapitre II. L'interprétation judiciaire a effectué un équilibrage entre la liberté d'expression et les droits à la dignité, l'honneur et la réputation. En présence d'une question d'intérêt public, la première l'emportera généralement sur les derniers. Les tribunaux n'interviendront que lorsque les propos en cause sont de nature à nier la valeur d'être humain de la personne attaquée d'une façon qui tend à lui retirer concrètement son droit à la participation démocratique et à l'obliger à défendre son humanité fondamentale. Cette rationalité appuie d'ailleurs l'interdit criminel de propagande haineuse : l'État est justifié d'intervenir afin de protéger des groupes historiquement marginalisés contre des propos extrêmes de nature à favoriser la discrimination et l'exclusion. Selon une logique similaire, la liberté d'expression et le droit à la non-discrimination en matière politique n'autorise pas ses détenteurs à exprimer leurs convictions politiques par le harcèlement discriminatoire de groupes protégés.

Par ailleurs, l'exercice de conciliation des droits peut amener une cour de justice à la conclusion que la partie défenderesse a agi d'une façon discriminatoire mais justifiée par l'exercice de ses propres droits fondamentaux. Nous avons proposé au Chapitre III que lorsque des convictions politiques seront en jeu, les principes de défense du pluralisme et de tolérance face à la diversité d'opinions devront guider la conciliation de droits concurrents entre acteurs privés, comme ils le font dans le cadre du débat public. Nous avons illustré ce raisonnement avec le traitement de l'expression politique en emploi. Il nous semble que la liberté d'expression des travailleurs s'est vue injustement reconnaître

peu de poids face au droit à la réputation de l'employeur. Nous considérons comme particulièrement problématique le raisonnement selon lequel toute expression politique devant la clientèle d'une entreprise puisse être de nature à créer un préjudice à la réputation de l'employeur et justifier la censure. À notre sens, attribuer les convictions affichées par un travailleur à son employeur relève d'une association abusive que ne ferait pas une personne raisonnable consciente de la protection de droits fondamentaux individuels dans notre société.

Finalement, puisque l'établissement d'une discrimination *prima facie* par la partie demanderesse exige la preuve d'une atteinte à un droit ou une liberté de la personne, une autre limite de toute protection contre la discrimination est la définition de la liberté ou du droit en jeu. En examinant en détail dans ce mémoire les principaux droits et libertés appuyant l'interdit de discrimination politique, nous avons pu présenter leurs limites intrinsèques. Ce faisant, nous avons pu constater que l'étendue des droits et libertés fondamentaux contribuant à l'égalité et à la participation en matière politique est déjà bien établie dans notre droit malgré le peu d'attention accordée spécifiquement à l'interdit de discrimination politique. Nous croyons que les décideurs judiciaires possèdent les instruments permettant d'appliquer les protections en la matière et espérons qu'ils leur permettront de dépasser la réticence passée à appliquer la protection contre la discrimination fondée sur les convictions politiques.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31, Vict., c. 3 (R.-U.)

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, c. 9

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

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27

Textes québécois

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

Code civil du Québec, L.Q. 1991 c. 64

Code de procédure civile, R.L.R.Q. c. C-25.01

Résolution 183-8.1.1, Commission des droits de la personne du Québec, COM-183-8.1.1, 6 octobre 1983

Loi électorale, L.R.Q. c. E-3.3

Loi sur la fonction publique, L.R.Q., c. F-3.1.1

Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique, (2002) 25 G.O. II, 3603, [c. F-3.1.1, r. 3]

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1

Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre public, et sur l'utilisation du domaine public, Conseil municipal de la Ville de Montréal, règlement n° P-6, 2 février 2001 (modifié le 18 mai 2012)

Textes d'autres provinces canadiennes

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1

Textes internationaux

Convention relative au statut des réfugiés, Rés. 429(V), (14 décembre 1950)

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3^e sess.,
suppl. N° 13, p. 17. Doc. U.N. A/810 (1948)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, [1976] R.T.Can.
n° 47

TABLE DES JUGEMENTS

- Action Travail des Femmes c. Canadien National*, [1987] 1 R.C.S. 1114
- Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567
- Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733
- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143
- Arthur c. Gravel* [1991] R.J.Q. 2123 (C.A.Q.)
- Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627
- Baier c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 673
- Barrouk c. Hôtel le Quatre Saisons*, [1993] n° AZ-50010686 (T.D.P.Q.)
- Berry c. Pulley*, [2002] 2 R.C.S. 493
- Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199
- Bérubé c. Réseau de transport de la Capitale*, 2016 QCCQ 5508
- Blanchette c. Bury*, [2001] R.R.A. 904
- Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214
- Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 279
- Chenail c. Lavigne*, 2011 QCCA 862
- Canada c. Barrette*, (1994) R.J.Q. 671
- Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892
- Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, p. 746
- Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834
- Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970
- Chartrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 1501
- Chiasson-Lebel c. R.*, [2000] R.J.Q. 597 (C.M.M.)
- Colmenares, Jimmy Sinohe Pimentel c. M.C.I.*, 2006 CF 749

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin), [1999] 3 R.C.S. 3

Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de), [2006] R.J.Q. 2529 (T.D.P.)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dagobert et autres) c. Bertrand, 2013 QCTDP 6

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (F.F.) c. Montréal (Service de police de la Ville de) SPVM, 2008 QCTDP 23

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward, 2016 QCTDP 18

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (M. Rezko) c. SPVM (D. Chartrand), 2012 QCTDP 5

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (re : Larocque) c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 789

Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Lachine, [1984] C.S. 361

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

Commission des droits du Québec c. Cégep Saint-Jean-sur-Richelieu, [1984] R.D.J. 76 (CA)

Commission des droits du Québec c. LaSalle (Cité de), (1982) 3 CHRR D/659 (CP)

Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536

Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525

Condon c. Île-du-Prince-Édouard, (2002) 95 CRR (2d) 216 (CS Î-P-É)

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650

Corbiere c. Canada (Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203

Décision — 31 Commission des droits de la personne du Québec, [1986] D.L.Q. 462

Delisle c. Canada (Procureure générale), [1998] R.J.Q. 2751

Dubé et Bande indienne Atikamekw, [2006] n° AZ-50365208 (CLP)

Dufour c. Syndicat des employés du Centre d'accueil Pierre-Joseph Triest (CSN), (1999) R.J.Q. 2674

Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016

Dupervil c. Fabrique de la paroisse Notre-Dame-de-la-Consolata, [2012] R.J.Q.805

Dupond c. Ville de Montréal, (1978) 2 R.C.S. 770

École musulmane de Montréal c. Benhabib, 2016 QCCS 6067

École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 613

Figueroa c. Canada (Procureur général), [2003] 1 R.C.S. 912

Ford c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 712

Frank v. Canada (Attorney General), 2015 ONCA 536

Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455

Fraser and Attorney-General Nova Scotia (Re), (1987) 30 DLR (4th) 340 (C.S. N.-É.)

Frenette c. Métropolitaine (La), compagnie d'assurance-vie, [1992] 1 R.C.S. 647

Garbeau c. Montréal (Ville de), 2015 QCCS 5246

Gasse c. Québec (Ville de), [2005] n° AZ-50343115 (C.Q.)

Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 1201

Genex communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, 2009 QCCA 2201

Gestion finance Tamalia inc. c. Garrel, 2012 QCCA 1612

Gill c. Chélin, 2015 QCCA 1280

Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec [2004] 3 R.C.S. 95

Giolla-Chainnigh c. Canada (Procureur général), (C.F., 2008-01-21), 2008 CF 69

Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429

Grant c. Canada (Procureur général), [1995] 1 C.F. 158

Grant c. Torstar Corp., [2009] 3 R.C.S. 640

Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, [2009] 2 R.C.S. 295

Harper c. Canada (P.G.), [2004] 1 R.C.S. 827

Hébert c. Québec (Procureur général), [1999] R.J.Q. 267

Hébert c. P.G.Q., (1966), B.R. 197

Hill c. Église de Scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130

Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2010 QCCA 172

Iftékhar c. Université Concordia, [1993] n° AZ-94171003 (T.D.P.Q.)

Ingersoll-Rand Canada Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, local 6670, [1989] n° AZ — 89141237 (T.A.)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927

Jazairi c. Ontario, (1997) 146 D.L.R. (4th) 577

Kavanaght c. Montréal (Ville de), 2011 QCCS 4830

Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief Society — and — British Columbia Human Rights Tribunal, 2007 CanLII 2772 (S.C.C.)

Lafferty, Harwoods & Partners c. Parizeau, [2003] R.J.Q. 2758

Lecompte c. R., [2000] n° AZ-50077938

Libman c. Québec (P.G.), [1997] 3 R.C.S. 569

Lisenko c. Commission scolaire St-Hyacinthe Val-Monts, [1996] n° AZ-96171004

Longley c. Canada, (2008) 288 D.L.R. (4th) 599

Lusignan c. Confédération des syndicats nationaux, [1992] R.J.Q. 684

MacKay and al. v. Manitoba, 1985 CanLII 128 (MB CA)

MacKay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357

Maurice c. Canada (Procureur général), [2002] A.C.F. no 72

M.B. et une commission scolaire, [1986] D.L.Q. 105

McCorkill v. Streed, 2014 NBQB 148

Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 7649 (FTQ) c. Québec (Directeur général des élections), 2011 QCCA 1043

Montréal (Ville de) c. Kavanaght, 2013 QCCA 1985

Montréal (Ville de) (SPVM) et Fraternité des policiers et policières de Montréal (grief patronal), 2016 QCTA 968

Morel c. Corporation de Saint-Sylvestre, [1987] D.L.Q. 391 (CA)

Morin c. Commission scolaire des Manoirs, D.T.E. 94T-1036

Mormina c. St-Léonard (Ville de), [1987] n° AZ-87021398 (C.S.)

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), [2015] 2 R.C.S. 3

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 2 R.C.S. 100

Nova Scotia Board of Censors c. McNeil, (1976) 2 R.C.S. 662

Osborne c. Canada (Conseil du trésor), [1991] 2 R.C.S. 69

Procureur général de l'Ontario c. S.E.F.P.O., [1987] 2 R.C.S. 2

Proulx c. Martineau, 2015 QCCA 472

Prud'homme, c. Prud'homme, [2002] 4 R.C.S. 663

Québec (Directeur général des élections) c. Médias Transcontinental inc., 2008 QCCQ 8975

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), [2015] 2 R.C.S. 789

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) ; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville), [2000] 1 R.C.S. 665

Québec (Directeur général des élections) (DGEQ) c. Harvey, 2014 QCCS 3331

Québec (Procureur général) c. A., 2013 CSC 5

Ramsden c. Peterborough (Ville), [1993] 2 R.C.S. 1084

R. c. Andrews, [1990] 3 R.C.S. 870

R. c. Bain, 2016 QCCS 5785

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452

R. c. Castonguay, 2013 QCCQ 4286

R. c. Drybones, [1970] R.C.S. 282

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713

R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697

R. c. Khawaja, [2012] 3 R.C.S. 555

R. c. Krymowski, [2005] 1 R.C.S. 101

R. c. Lecompte, [1999] R.J.Q. 1462 (C.M.M.)

R. c. Lucas, [1998] 1 R.C.S. 439

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30

R. c. Namouh, 2009 QCCQ 5833

R. c. Nunziata, (2006) 203 CCC (3d) 261

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731

Reform Party of Canada c. Canada, (1993) 7 Alta LR (3d) 1 (BR)

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

Renvoi relatif aux lois de l'Alberta, [1938] R.C.S. 100

Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté), [1994] 2 C.F. 406

Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121

Rondeau c. Syndicat des employé(e)s du Centre de services sociaux du Montréal métropolitain, [1995] R.D.L.P. 87

R.P et un atelier de musique, [1986] D.L.Q. 113

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, [2013] 1 R.C.S. 467

Saumur c. Cité de Québec, [1953] 2 R.C.S. 299

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2002] 3 R.C.S. 519

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., [2002] 1 R.C.S. 156

Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 3 C.F. 616

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes (griefs individuels, François Bécotte et autres), n° AZ-51015783 (T.A.)

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes (griefs individuels, Jade Daniel Sambrook et autres), [2005] R.J.D.T. 1284

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes (Stephan Brassard), [2013] n° AZ-51022156 (T.A.)

Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général), [2011] 1 R.C.S. 19

Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc., [1994] R.J.Q. 1811

Société-Radio-Canada et Syndicat des communications de Radio-Canada (Bernard Drainville), (2009) R.J.D.T.

Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette, [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.)

Société TVA inc. c. Marcotte, 2015 QCCA 1118

STT de l'Hôtel Méridien de Montréal (CSN) et Hyatt Regency Montréal (grief collectif), 2015 QCTA 288

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3

Switzman c. Elbing, [1957] R.C.S., 285

Syndicat canadien des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 1012 (SEPB) et Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ, 2013 QCCRT 0262

Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. École nationale de police du Québec, 2010 QCCRT 0042

Syndicat des Métallos, section locale 9414 et Transformateurs Delta Inc., 30 septembre 2009, Me Richard Marcheterre, arbitre

Syndicat des pompiers du Québec, section locale Sainte-Thérèse c. Ste-Thérèse (Ville de), 2016 QCTAT 2928

Syndicat des travailleuses et des travailleurs de l'Hôtel Méridien de Montréal (CSN) c. Laplante, 2016 QCCS 2639

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551

Tippett c. International Typographical Union, Local 226 (1975), 63 D.L.R. (3d) 522 (C.S.C.-B.)

Tremblay c. Commission de la Fonction publique du Québec, [1990] R.J.Q. 1386 (C.S.)

T.U.A.C., section locale 1518, c. KMart Canada Ltd, [1999] 2 R.C.S. 1083

Ulysse c. Montréal (Ville de), 2015 QCCRT 0470

Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 R.C.S. 772

Vancouver Rape Relief Society v. Nixon, 2005 BCCA 601

Ville de Châteauguay c. Fraternité des policiers de Châteauguay inc., 2014 QCCRT 0693

Ville de Montréal c. 2952-1366 Québec inc., [2005] 3 R.C.S. 141

Villeneuve c. Montréal (Ville de), 2016 QCCS 2888

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

Withler c. Canada (Procureur général), [2011] 1 R.C.S. 396

WIC Radio inc. c. Simpson, 2 R.C.S. 420

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

- BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991
- COMMISSION POPULAIRE SUR LA RÉPRESSION POLITIQUE, *Étouffer la dissidence. Vingt-cinq ans de répression politique au Québec*, Montréal, Lux, 2016
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985
- FORGET, P., *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Coll. Le droit aussi..., Montréal, Liber, 2005
- FREITAG, M., *L'oubli de la société. Pour une théorie critique de la Postmodernité*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2002
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., *La critique identitaire, la liberté d'expression : un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique. La pensée juridique à l'ère de l'angoisse*, thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 1997
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Montréal, Liber, 1996
- HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada 2010 Student Edition*, Carswell, Toronto, 2010
- KYMLICKA, W., *Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights*, coll. «Oxford political theory», New York, Oxford University Press, 1995
- LANDRY, N., *SLAPP : bâillonnement et répression judiciaire du discours politique*, Montréal, Écosociété, 2012
- LIGUE DES DROITS ET LIBERTÉS, ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES ET ASSOCIATION POUR UNE SOLIDARITÉ SYNDICALE ÉTUDIANTE, *Rapport. Répression, discrimination et grève étudiante : analyse et témoignages*, Montréal, 2013, en ligne : <<http://liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/rapport-2013-repression-discrimination-et-greve-etudiante.pdf>>
- TRUDEL, P., « Le droit à la réputation, à la vie privée et à l'image », dans *Recueil du cours DRT 3805 (Droit de l'information et de la communication)*, Montréal, 2011, en ligne: <<http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/cours/drt3805g/rep.vieprivee.pdf>>

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- ABDELHAMID, H., « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 135

BELLINA, S., « L'analyse plurale du droit : enjeux épistémologiques et responsabilités du jeune chercheur », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 25

BICH, M.-F., « Contrat de travail et Code civil du Québec—Rétrospective, perspectives et attentes », dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 78, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, ÉYB, 1996

BOND, N., « Démocratie et opposition extraparlamentaire en Allemagne sous la Grande Coalition », (2009) *Sens public*, p. 8-11, en ligne : <<http://sens-public.org/article631.html?lang=fr#>>

BOND ROUSSEL, G., « Quand le rire se heurte au droit », (2017) 26-2 *Dire* 32

BOSSET, P., « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, ÉYB, 2007, p. 3

BOURASSA, S., « Les droits de la personnalité », dans Collection de droit 2017-18, École du Barreau, vol. n° 3, *Personnes et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 47

BRUN, H., « Le droit du public à l'information politique : un droit constitutionnel aux ancrages multiples », (2005) *Développements récents en droit de l'accès à l'information, Service de la formation permanente du Barreau du Québec*.

BRUN, H., « Un aspect crucial, mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience », (1987) 28-1 *C. de D.* 185

BRUN, H., P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence, doctrine*, 24e éd., coll. Alter Ego, W&L, 2011

BRUNELLE, C., « Chapitre III : Les domaines d'application des Chartes des droits », dans *Droit public et administratif*, vol. 7, Collection de droit 2016-2017, École du Barreau du Québec, 2016, à la section « A — Les rapports privés », en ligne : EYB2016CDD165

BRUNELLE, C. et M. SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaidoyer pour un espace critique accru », (2005) 46-4 *C. de D.* 847

BRUNELLE, C., « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ? Textes des conférences d'un colloque tenu les 28-29 septembre 2005 sous les auspices du Tribunal des droits de la personne et du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

BRUNELLE, C., « Titre I. Les droits et libertés fondamentaux. Chapitre V. Les limites aux droits et libertés » dans Collection de droit 2016-17, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, ÉYB, 2017, en ligne : EYB2016CDD167

- BURELLE, A., *Pierre Elliott Trudeau : l'intellectuel et le politique*, Montréal, Fides, 2005
- BUTLER, M., *L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la Charte. Étude générale*, Publication n° 2013-83-F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et sociales, Service d'information et de recherche parlementaires, 2013, en ligne : <<https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2013-83-f.pdf>>
- CARIGNAN, P., « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491
- DA SILVEIRA, P., « Deux conceptions de la neutralité de l'État », (1996) 23-2 *Philosophiques* 227
- DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, C., « Article 18 », dans Emmanuel DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 423
- DESMONS, É., « Philosophie sur la barricade. Blanqui : l'insurrection contre la démocratie représentative », dans Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Le genre humain, Éditions du Seuil, 2005, p. 103
- DOMENACH, J.-M., *Emmanuel Mounier*, coll. Essais. Points, Paris, Seuil, 2014
- DUPLÉ, N., « Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites », (1987) 21-1 *R.J.T.U.M.* 255
- DUPUIS-DÉRI, F., « Broyer du noir. Manifestations et répression policière au Québec », (2006) 1-1 *Les ateliers de l'éthique*, en ligne: <http://www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/ATELIERS_VOL1N1_04_58_80.pdf>
- DUPUIS-DÉRI, F., *Nous sommes ingouvernables. Les anarchistes au Québec aujourd'hui*, coll. Instinct de liberté, Montréal, Lux, 2013
- DUPUIS-DÉRI, F., « Printemps érable ou Printemps de la matraque? Profilage politique et répression sélective pendant la grève étudiante de 2012 » dans Francis DUPUIS-DÉRI (dir.), *À qui la rue? Répression policière et mouvements sociaux*, Montréal, Écosociété, 2013, p. 198
- EBERHARD, C., « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 53
- FOSTER, É., « La Charte canadienne des droits et libertés : pour la protection des droits de la personne humaine ou instrument d'évolution de la société ? » (1989) 30-1 *C. de D.* 237
- FOX, G. H., et G. NOLTE, « Intolerant Democracies », (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1

- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage des droits fondamentaux », (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 7
- GILLES, D., « L'égalité, valeur souveraine au cœur de la « démotique » moderne », (2012) 42 *R.D.U.S.* 255
- GROS, D., « Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression ? », dans Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Le genre humain, Éditions du Seuil, 2005, p. 11
- GUILLARME, B., « Rawls et le libéralisme politique », (1996) 46-2 *Revue française de science politique* 321
- Thomas HOCHMANN, « Qu'est-ce qu'un "délit d'opinion" ? », (2012) 53-4 *C. de D.*, 793
- KILINÇ, Ü., « La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », (2012) 90 *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 297
- LEMONDE, L., « L'impact des mesures anti-terroristes sur les droits et libertés », dans *Table-ronde sur le 11 septembre : un an après*, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Montréal, 2002, en ligne : <<http://www.ceim.uqam.ca/pdf/11sept/LLemonde.pdf>>
- MAISANI, P., et F. WIENER, « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », (1994) 27-1 *Droit et société* 443, 447, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1994_num_27_1_1285>
- MERILL, R., « Neutralité politique », dans *DicoPo* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.dicopo.fr/spip.php?article25>>
- MORAVCSIK, A., « The Origins of Humans Rights Regimes : Democratic Delegation in Postwar Europe », (2000) 54-2 *International Organization* 217
- NOREAU, P., *Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : objets et perspectives pour la sociologie politique du droit*, Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal, C.A.I.J., JuriBistro, eDOCTRINE, 2009, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/congresdubarreau/2009/1733701511>>
- OTIS, G., « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 9
- RIVERO, J., « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », (1961-62) *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965
- ROBERT, M., *La liberté de conscience et de religion : protection individuelle et intérêt du public*, Conférence annuelle sur les droits humains, Comité sur la diversité ethnoculturelle, Barreau de Montréal, Montréal, 2010 [Ressource électronique], en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/Apropos/Discours/docs/Robert_Michel/Liberte_conscience_15062010.pdf>

ROBERTSON, J. R., *Droits électoraux : Charte canadienne des droits et libertés*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaire, p. 2., ressource en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/905-f.htm#asterisk2txt>>

PROULX, D., « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », (2015) Hors-série Juin *RQDI*, 61

PROULX, D., « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29 *Les Cahiers de droit* 567

RUSSEL, J.S., « Discrimination on the Basis of Political Convictions or Beliefs », (1985) 45 *R. du B.* 377

SAINT-BONNET, F., « Droit de résistance et état d'exception », dans dans Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Le genre humain, Éditions du Seuil, 2005, p. 225

SHELDRIK, B. M., « Judicial review and Judicial Reticence : The Protection of Political Expression under the Common Law », (1997) 3 *J.C.L.* 191 (HeinOnline)

SIMARD, A., « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la démocratie militante en R.F.A. », (2008) 1 *Jus Politicum*, en ligne : <<http://juspoliticum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>>

TOUZÉ, S., « Article 19 », dans Emmanuel DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 447

TREMBLAY, G., « L'évolution du rôle de député à l'Assemblée nationale », (2004) Printemps *Revue parlementaire canadienne* 20

TRUDEL, P., « Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la participation aux débats démocratiques nous conduit en cour », (1998) *Bulletin de droit municipal*, en ligne : <<http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/cours/drt3805g/diffamationdebatspublics.html>>.

TZITZIS, S., *La personne, l'humanisme, le droit*, coll. Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.

VLACHOS, G., « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », (1972) 24-2 *Revue internationale de droit comparé* 279, 279-284, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1972_num_24_2_16163>

WOEHLING, J., « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003-2004) 34 *R.D.U.S.* 93

Documents gouvernementaux et d'organismes intergouvernementaux

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ DU CANADA, *Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe. Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*, 1996, section A. — II., en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>>

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DU RÉFUGIÉ DU CANADA, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la Convention*, 2010, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/RefDef.aspx>>

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Communiqué de presse. Profilage politique : la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse soumet une première cause au Tribunal des droits de la personne*, Montréal, 2015, en ligne : <<http://www.cdpedj.qc.ca/fr/medias/Pages/Communique.aspx?showItem=677>>

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DE LA PLANIFICATION (BOSSET, P. et M. GARON), *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés. Études n° 2 — Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, Montréal, 2003

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DE LA PLANIFICATION (COUTU, M.), *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés. Études n° 3 — Les libertés et droits fondamentaux, entre individus et société*, Montréal, 2003

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE L'ÉDUCATION-COOPÉRATION ET DES COMMUNICATIONS, *La judiciarisation des personnes itinérantes à Montréal : un profilage social*, Montréal, 2009, en ligne : <http://www.cdpedj.qc.ca/publications/itinerance_avis.pdf>

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE L'ÉDUCATION-COOPÉRATION ET DES COMMUNICATIONS, *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés. Rapport de la consultation sur le profilage racial et ses conséquences*, Montréal, 2011, en ligne : <http://www.cdpedj.qc.ca/publications/Profilage_rapport_FR.pdf>

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale. Projet de loi n° 94. Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements*, Cat. 2.412.113, Montréal, 2010

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (LESCOP, R. et H. WOLDE-GIORGHIS), *La notion de convictions politiques dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, avril 1983

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, SERVICE DE LA RECHERCHE (LESCOP, R. et M. GARON), *Hypothèses d'interprétation de convictions politiques*, Montréal, août 1983

COMMISSION SUR LE RACISME SYSTÉMIQUE DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE EN ONTARIO (coprésidents D. COLE et M. GITTENS), *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1995

CONSEIL DE L'EUROPE, *Liberté de conscience. Actes. Séminaire organisé par le Secrétariat Générale du Conseil de l'Europe en collaboration avec le Centre d'études des droits de l'homme F.M. van Asbeck" de l'Université de Leiden*, Strasbourg, 1993, en ligne : <https://books.google.co.uk/books?id=lbHs5euBdScC&dq=l%27objection+de+conscience+da+ns+les+id%C3%A9es+et+les+institutions&source=gbs_navlinks_s>

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS (HRC), *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Doc. N.U. HCR/1P/4/Fre/Rev.1 (1992), en ligne : <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b32b0.html>>

Articles de journaux

FINE, S., «Lawyer's lawsuit highlights Ottawa's court clashes over Charter rights», (20 septembre 2015) *The Globe and Mail*, en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/lawyers-lawsuit-highlights-ottawas-court-clashes-over-charter-rights/article26449862/>>

INSTITUT DU NOUVEAU MONDE, «Éducation civique», en ligne : <<http://inm.qc.ca/blog/education-civique/>>

LE DEVOIR, « Diffamation – Parizeau et Bouchard règlent hors cour », (15 février 2005) *Le Devoir*, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/74909/diffamation-parizeau-et-bouchard-reglent-hors-cour>>

LE DEVOIR, «Vote obligatoire. Les libéraux sondent leurs troupes», (30 août 2014) *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/417239/le-parti-liberal-du-canada-explore-actuellement-l-idee-du-vote-obligatoire>>

LÉVESQUE, L., «Un vote obligatoire pour favoriser l'implication des jeunes?», (7 août 2012) *La Presse*, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/elections-quebec-2014/201208/07/01-4563045-un-vote-obligatoire-pour-favoriser-limplication-des-jeunes.php>>

SANS FRONTIÈRES, «Les Belges obligés de voter... y compris au Canada», (6 mai 2003) *Radio-Canada*, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/radio/sansfrontieres/23100.shtml>>