

# LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE MOTIF DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES ET LES INSTRUMENTS ANTI-DISCRIMINATOIRES CANADIENS

T.J. Singleton\*  
Montréal

---

*Dans cet article, l'auteur discute du problème de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires au Canada, et il examine la protection accordée contre cette forme de discrimination dans la Loi sur le casier judiciaire et les lois anti-discriminatoires canadiennes. La Loi sur le casier judiciaire, telle que modifiée en 1992, est analysée de façon critique quant aux problèmes engendrés par son application. La Loi canadienne sur les droits de la personne ainsi que les codes des droits de la personne de la Colombie-Britannique, du Québec, de l'Ontario et des territoires contiennent des dispositions visant à protéger contre cette forme de discrimination mais elles sont déficientes. L'auteur est d'opinion que ces codes, ainsi que les codes des provinces n'ayant pas d'articles interdisant cette forme de discrimination, vont à l'encontre de l'article 15(1) de la Charte canadienne, compte tenu du fait que cette forme de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires satisfait les critères d'un motif analogue tel qu'énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Andrews. De plus, l'auteur suggère qu'une cour peut donner une interprétation large aux lois anti-discriminatoires pour y inclure ce motif de discrimination en suivant l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt Schatcher telle qu'appliquée récemment par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt Haig.*

---

*In this article, the author discusses the problem of discrimination based on criminal antecedents in Canada and examines the degree to which this form of discrimination is addressed by the Criminal Records Act and human rights codes at both the federal and provincial levels. The Criminal Records Act, as amended in 1992, is the subject of a critical analysis emphasizing the practical problems which this legislation leaves unaddressed. The federal human rights code as well as similar legislation in British Columbia, Quebec, Ontario and the territories which contain provisions purporting to protect against this form of discrimination are considered as offering but a deficient protection. The author argues that these codes and those of the provinces having no provision whatsoever dealing with this form of discrimination, may infringe section 15(1) of the Charter of Rights and Freedoms because discrimination on the ground of criminal antecedents meets the criteria for "analogous grounds" as outlined by the Supreme Court of Canada in Andrews. Finally, the author suggests that a court could "read in" criminal antecedents as a prohibited ground of discrimination following the approach of the Supreme Court in Schatcher as applied recently in the context of human rights legislation by the Ontario Court of Appeal in Haig.*

---

\*Thomas J. Singleton, Montréal (Québec).

L'auteur remercie Monsieur le professeur André Morel de la Faculté de droit de l'Université de Montréal qui a lu et commenté cet article, et Madame Céline Frenette pour ses encouragements à la confection et à la publication de cet article. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur.

## Introduction

De tous les temps, les sociétés ont maintenu une attitude visant à stigmatiser<sup>1</sup> l'ex-délinquant et à l'exclure de nombreuses activités.<sup>2</sup> Pour ce qui est de la société canadienne, aucune disposition législative n'interdisait la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires avant l'entrée en vigueur en 1970 de la *Loi sur le casier judiciaire*.<sup>3</sup> L'adoption de cette loi par le Parlement fédéral, suite au rapport du comité Ouimet,<sup>4</sup> était en fait la première reconnaissance par une législature canadienne du problème de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Quoique la portée de la prohibition de la discrimination ait été limitée à la juridiction fédérale dans le domaine de l'emploi, et ce, uniquement dans les cas où l'individu avait fait l'objet d'une réhabilitation en vertu de l'article 4 de cette loi, on considérait néanmoins celle-ci comme étant la première étape visant à éliminer un préjugé historique dont étaient victimes tous les individus ayant eu des démêlés avec le système judiciaire. En 1970, les dispositions anti-discriminatoires contenues dans la *Loi sur le casier judiciaire* représentaient un mouvement dans la direction opposée. Cette démarche législative fut suivie, en 1977, par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*,<sup>5</sup> dont les articles 5 et 6 élargissaient le domaine d'application de l'interdiction de la discrimination au-delà du domaine de l'emploi pour englober également les secteurs relatifs aux services, à l'installation, à l'hébergement, à la location commerciale et résidentielle. Tout comme l'interdiction contenue dans la *Loi sur le casier judiciaire*, celle-ci se limitait uniquement aux individus qui avaient fait l'objet d'une réhabilitation.<sup>6</sup>

En ce qui concerne les provinces et les territoires, depuis le début des années soixante-dix, des changements ont été apportés aux lois anti-discriminatoires. Dès 1973, la Colombie-Britannique par son *British Columbia Human Rights*

<sup>1</sup> Voir: R. Lescop et P. De Massey, *Les antécédents judiciaires dans les lois administrées par le ministère de la justice*, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1981, pp. 6-7. On note dans cette étude que "[d]ans l'Antiquité et jusqu'au dix-neuvième siècle le criminel est littéralement marqué sur son corps, au fer rouge".

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 5 à 16; voir aussi: M. Bergeron, *La déchéance post-pénale: Une étude sur les conséquences légales de la condamnation et sur les moyens d'en atténuer les effets sur le statut de la personne* (1982), 42 R. du B. 725, aux pp. 731-741, pour une discussion détaillée des droits et privilèges susceptibles d'être affectés.

<sup>3</sup> S.C. 1969-1970, c. 40, S.R.C. 1985, c. C-47.

<sup>4</sup> Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (1969), pp. 445-451.

<sup>5</sup> S.C. 1976-77, c. 33; L.R.C. 1985, c. H-6 (ci-après *Loi canadienne*).

<sup>6</sup> Proprement dit, il existe deux types de pardon au Canada: le pardon conditionnel (une réhabilitation) prévu par la *Loi sur le casier judiciaire*; nous en discuterons en profondeur, *infra*, aux pp. 462-464. Le pardon "exceptionnel" implique un acte du Gouverneur-en-conseil, par prérogative royale, accordant un pardon absolu. Selon l'article 749(3) du *Code criminel*, l'effet d'un pardon absolu est que l'infraction est réputée n'avoir jamais eu lieu. Le pardon absolu est très rare au Canada; pour une discussion de ce type de pardon voir Bergeron, *loc. cit.*, note 2, aux pp. 756-767; voir aussi, Allan Manson, *Answering Claims of Injustice* (1992), 12 C.R. (4th) 305.

On note qu'il n'existe pas une définition d'"une réhabilitation" dans la *Loi sur le casier judiciaire*. Dans cette loi, le mot utilisé est "réhabilitation" tandis que l'article du

*Act*<sup>7</sup> interdisait la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires dans le domaine de l'emploi et cette interdiction ne se limite pas aux individus ayant obtenu une réhabilitation. En 1982, le Québec modifiait la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>8</sup> pour y inclure une disposition semblable à celle de la Colombie Britannique, alors qu'en 1986 l'Ontario modifia son *Code des droits de la personnes*<sup>9</sup> pour y inclure "l'existence d'un casier judiciaire" comme motif de discrimination interdit dans le domaine de l'emploi. La définition de "casier judiciaires" contenue au *Code ontarien* a pour effet de limiter cette protection à ceux qui ont été condamnés pour des infractions provinciales ainsi qu'à ceux qui ont obtenu une réhabilitation pour des infractions au *Code criminel* ainsi qu'à d'autres lois fédérales. Les Territoires du Nord-Ouest ont modifié en 1981<sup>10</sup> la *Loi prohibant la discrimination* pour y inclure une interdiction de discrimination pour le motif d'"une condamnation pour laquelle un pardon a été obtenu", alors qu'en 1987 le Yukon incluait "criminal charges or criminal record" comme motif de discrimination interdite dans son *Human Rights Act*.<sup>11</sup> Quoique les autres provinces n'aient pas encore modifié leurs lois anti-discriminatoires, on note toutefois que les provinces et les territoires ayant une telle disposition représentent plus de soixante-dix pour-cent de la population canadienne.

Quoique l'attitude canadienne appert avoir évolué beaucoup depuis 1970 en ce qui concerne les antécédents judiciaires comme motif de discrimination, un examen attentif des dispositions législatives auxquelles nous avons fait référence révèle de sérieux problèmes quant à la protection contre la discrimination pour ce motif. L'objet de la présente étude est d'examiner la portée de la protection offerte par les lois canadiennes à l'égard de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, d'identifier les déficiences dans les lois actuelles, et finalement de déterminer jusqu'à quel degré les lois anti-discriminatoires se conforment à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.<sup>12</sup>

*Code criminel*, 749(3), utilise "pardon". Dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, c. C-12, à l'art. 18.2, le mot utilisé est "pardon" en faisant référence à une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Les versions anglaises de l'art. 749(3) du *Code criminel* et la *Loi sur le casier judiciaire* utilisent le mot "pardon". Quoique les définitions des mots "réhabilitation" et "pardon" soient différentes — le Petit Robert 1 donne les définitions suivantes: "réhabilitation" *Fait de rétablir dans une situation juridique antérieure*, "pardon" *Action de pardonner* "pardonner" *tenir (une offense) pour non avenue* — dans cette étude nous utilisons le mot "réhabilitation". Sauf avis contraire le mot "pardon" sera compris comme étant une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*.

<sup>7</sup> *Human Rights Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 119, art. 8, mod. par *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, aux art. 8(1) et 9.

<sup>8</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, mod. par L.Q. 1982, c. 61, article 5, L.R.Q., c. C-12 à l'art. 18.2.

<sup>9</sup> *Code des droits de la personne, 1981*, S.O. 1981, c. 53, mod. par 1984, c. 58, art. 39, et par 1986, c. 64, art. 18.

<sup>10</sup> *Ordonnances of the North West Territories 1981*, c. 6, remplacée par L.R.T.N.O. 1988, c. F-2.

<sup>11</sup> S.Y. 1987, c. 3, à l'art. 6.

<sup>12</sup> *Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B, 1982 (R.-U)*, c. 11 (ci-après "la *Charte*").

## 1. La portée de la protection contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires

### A. Les antécédents judiciaires au Canada

Avant de considérer la portée de la protection contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, il y a lieu de déterminer l'ampleur exacte du problème. Selon la Gendarmerie royale du Canada, le fichier central situé à Ottawa contiendrait actuellement les noms de près de deux millions six cent mille individus possédant un casier judiciaire,<sup>13</sup> ce qui signifie qu'environ un Canadien sur dix est fiché. Cette proportion, quoique élevée, représente uniquement les dossiers contenant les renseignements accompagnés d'empreintes digitales<sup>14</sup> fournies par les divers corps policiers à travers le Canada. Tous les dossiers, dont les renseignements concernent des infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité ainsi que des infractions mixtes où la Couronne a procédé par déclaration sommaire de culpabilité, sont exclus de ce fichier central, car pour toutes ces infractions les différents corps policiers n'ont pas à prélever d'empreintes digitales.<sup>15</sup> Pour l'année 1990, Statistique Canada nous informe qu'approximativement huit cent soixante-six mille individus avaient été accusés d'infractions pénales ou criminelles.<sup>16</sup> Même si on prend en considération le fait qu'une forte majorité de ces cas se sont conclus par une déclaration sommaire de culpabilité et ne figurent donc pas dans le fichier central d'Ottawa, il n'en reste pas moins que les individus coupables des délits reprochés sont fichés localement, tant par le corps policier que par le système judiciaire, c'est-à-dire le greffe de la cour. Nous pouvons conclure que, selon les données annuelles de Statistique Canada, le nombre d'individus possédant des antécédents judiciaires est considérablement plus élevé que les deux millions six cent mille relevés par la Gendarmerie royale du Canada.

Il y a sans doute un pourcentage important de la population canadienne susceptible de subir un préjudice discriminatoire en raison d'antécédents judiciaires, en raison de la taille même de ce groupe d'individus laquelle est bien

<sup>13</sup> Dans cette étude, lorsqu'il est fait mention de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, l'expression "antécédent judiciaire" ne se limite pas aux antécédents faisant partie d'un casier judiciaire maintenu dans le fichier central de la G.R.C. mais englobe également tout démêlé avec le système de justice criminelle résultant en un casier judiciaire au niveau local, soit la police locale et/ou le greffe du palais de justice. Pour une discussion des problèmes terminologiques dans ce domaine voir: S. Frégeau, *De la notion juridique de casier judiciaire* (1982), 27 C.R. (3d) 26.

<sup>14</sup> La *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, c. I-1, est l'autorité législative permettant aux corps policiers de prélever des empreintes digitales des personnes soupçonnées d'avoir commis un acte criminel; dans le cas d'infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité, les policiers n'ont pas le pouvoir de prélever des empreintes digitales des personnes accusées ou condamnées.

<sup>15</sup> Voir D.H. Flaherty, *Protecting Privacy in Police Information Systems: Data Protection in the Canadian Police Information Centre* (1986), 36 U.T.L.J. 116, pour une discussion détaillée de l'opération du fichier central de la G.R.C.

<sup>16</sup> Statistiques de la criminalité du Canada, 1990 (catalogue # 85-205) (Ottawa, Statistique Canada, 1990) p. 2-7, table 2.

supérieure à celle de la plupart des autres groupes minoritaires au Canada reconnus comme faisant fréquemment l'objet de discrimination, tels les individus de race noire, les autochtones, et les juifs. En fait, le seul groupe historiquement reconnu subir de la discrimination, et dont le nombre serait plus élevé, serait le groupe des femmes.

### B. *La nature et la portée de la discrimination envers les individus ayant des antécédents judiciaires*

La discrimination envers les individus ayant des antécédents judiciaires se manifeste dans toutes les sphères de l'activité humaine<sup>17</sup> et est particulièrement marquée dans le domaine de l'emploi<sup>18</sup> ainsi qu'au niveau de la carrière professionnelle.<sup>19</sup> L'État, autant que les particuliers, est souvent à l'origine de cette discrimination, soit par ses lois<sup>20</sup> ou soit comme employeur.<sup>21</sup> Dans le secteur privé, en l'absence d'études systématiques, il est très difficile de déterminer l'ampleur du problème de discrimination fondée sur ce motif.<sup>22</sup> Dans la région de Halifax-Dartmouth-Bedford, un questionnaire sur les attitudes et les pratiques des employeurs vis-à-vis les ex-détenus a démontré qu'environ 60 % des employeurs mis au courant des antécédents judiciaires

<sup>17</sup> Bergeron, *loc. cit.*, note 2, aux pp. 731-741.

<sup>18</sup> Voir Bergeron, *ibid.*, aux pp. 733-734, et Lescop et De Massey, *op. cit.*, note 1, pp. 6-16, pour une discussion des problèmes qu'engendrent les antécédents judiciaires en matière d'emploi.

<sup>19</sup> Bergeron, *ibid.*, aux pp. 736-741, et Lescop et De Massey, *ibid.*, pp. 6-16. Voir, par exemple, *Loi sur les huissiers de justice*, L.R.Q., c. H-4, art. 4, où l'interdiction est directe alors que dans le domaine professionnel l'interdiction est souvent indirecte; l'art. 43 de la *Loi du Barreau*, L.R.Q., c. B-1, qui donne un pouvoir "de s'enquérir des moeurs" en est un exemple. L'on retrouve actuellement dans le formulaire utilisé par le Barreau du Québec plusieurs questions concernant des condamnations relatives aux infractions criminelles.

<sup>20</sup> Il y a de nombreuses lois dans toutes les juridictions canadiennes dans lesquelles sont enchâssées des dispositions interdisant, directement ou indirectement, l'embauche d'ex-délinquants, leur participation dans divers champs d'activités économiques, sociales et juridiques. De telles dispositions se retrouvent dans diverses lois, par exemple: *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. c. C-19, art. 116; *Loi des agents de voyage*, L.R.Q., c. A-10, art. 10 et 12; *Motor Transport Act*, R.S.A. 1980, c. M-20, art. 24; *Liquor Control Act*, R.S.A. 1980, c. L-17, art. 38; *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.O. 1990, c. L-19, art. 6; *Loi sur les agences de voyages*, L.R.O. 1990, c. T-19, art. 4; *Loi des services de santé et des services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, art. 86; *Loi de police*, L.R.Q., c. P-13, art. 3b) et c); *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P-15, art. 43; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S-5, art. 26 et 27; *Loi sur les Jurys*, L.R.O. 1990, c. J-3, art. 4; *Municipal Government Act*, R.S.A. 1980, c. M-26, art. 29.

<sup>21</sup> Voir par exemple, l'art. 748 du *Code criminel* qui interdit à la fonction publique d'embaucher un individu ayant été condamné à une peine de plus de cinq ans pour un acte criminel. Le même article empêche un tel individu d'être député au Parlement fédéral. Au niveau provincial voir, par exemple, la *Loi sur le Ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 5.

<sup>22</sup> Voir D.L. Palmer *et al.*, *A Factor-Analytic Study of English and French Forms of a Measure of Attitudes Towards Convicts and Ex-Convicts* (1989), 31 *Revue canadienne de criminologie* 55, pour les résultats d'une étude démontrant que chez les populations anglaise et française du Canada, un ensemble factoriel semblable préside à l'attitude vis-à-vis des membres de la sous-culture criminelle.

d'un postulant accorderaient leur préférence à quelqu'un d'autre.<sup>23</sup> Le même questionnaire a également révélé que plus de 50 % des employeurs ne posent rarement ou même jamais de question pour savoir si le postulant a des antécédents judiciaires.<sup>24</sup>

Il n'est pas déraisonnable de supposer que la même attitude envers des individus ayant des antécédents judiciaires puisse exister parmi des employeurs dans les autres régions du pays.<sup>25</sup> La prévalence des clauses discriminatoires que l'on retrouve dans les lois fédérales et provinciales ne peut qu'être indicative de l'attitude qui persiste dans le secteur privé. Pour les fins de cette discussion nous présumerons que la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires est au moins aussi répandue dans le secteur privé que dans le secteur public.

### C. Les normes anti-discriminatoires quant aux antécédents judiciaires

Déterminer si un individu est victime d'un acte discriminatoire dépend des motifs de distinction considérés comme étant discriminatoires. Comme d'une part toutes les distinctions ne sont pas considérées discriminatoires, alors que d'autre part les motifs considérés comme étant discriminatoires sont des choix législatifs,<sup>26</sup> l'antécédent judiciaire est un motif de distinction considéré comme étant discriminatoire uniquement dans les juridictions où les législatures ont fait ce choix. Nous allons ainsi examiner de façon comparative la portée de la protection contre cette forme de discrimination dans les juridictions où les lois anti-discriminatoires reconnaissent ce motif comme étant discriminatoire, telles les juridictions fédérale, de la Colombie Britannique, du Québec, de l'Ontario et des deux territoires.

#### (1) La juridiction fédérale

Au niveau fédéral, la protection accordée à l'égard de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires se trouve dans deux lois complémentaires du Parlement fédéral, soit la *Loi sur le casier judiciaire* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Quoique la première se limite constitutionnellement à la juridiction fédérale, en créant en pratique un mécanisme pour sceller le casier judiciaire d'un individu, ses effets s'étendent néanmoins aux juridictions provinciales. Dans le cas de la deuxième, celle-ci est simplement une loi portant sur les droits de la personne et est comparable aux lois

<sup>23</sup> R. Paul Davis, *Employer Stigmatization of Ex-offenders and the Pardon under the Criminal Records Act* (1980), 22 *Revue canadienne de criminologie* 343.

<sup>24</sup> *Ibid.*, à la p. 346.

<sup>25</sup> Voir A. Normandeau *et al.*, Pour un changement radical de la *Loi canadienne sur le casier judiciaire* (1983), 25 *Revue canadienne de criminologie* 227, aux pp. 227-228. Le Rapport du comité Ouimet, *op. cit.*, note 4, y discute du problème aux pages 445-451 et reconnaît l'ampleur de cette forme de discrimination dans le domaine de l'emploi. Voir aussi la discussion dans *Re Gould Manufacturing of Canada Ltd. and United Steelworkers* (1972), 1 L.A.C. 314 (Ont. Arbitration Board).

<sup>26</sup> Sous réserve de nos commentaires concernant l'effet possible de l'art. 15(1) de la *Charte, infra*, aux pp. 484-494.

provinciales du même genre. Il y a lieu à ce stade-ci de notre discussion d'examiner la *Loi sur le casier judiciaire* de façon détaillée, alors que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sera examinée plutôt en fonction de sa relation avec cette dernière.

(a) *Loi sur le casier judiciaire*

Dans le domaine de l'emploi de juridiction fédérale, la *Loi sur le casier judiciaire* prévoit, d'une part, l'octroi d'une réhabilitation et, d'autre part, l'interdiction d'actes discriminatoires à l'égard de ceux ayant obtenu une réhabilitation.

La *Loi sur le casier judiciaire*, telle que modifiée par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire et d'autres lois en conséquence*,<sup>27</sup> indique à l'article 4 qu'une personne peut faire une demande de réhabilitation à la Commission nationale des libérations conditionnelles après avoir passé cinq ans<sup>28</sup> (trois ans pour des infractions punissables par procédure sommaire<sup>29</sup>) dans la collectivité sans avoir encouru de condamnation. Dans les cas d'infractions punissables par voie de mise en accusation, l'article 4.2 prévoit une enquête "pour connaître la conduite du demandeur depuis la date de sa condamnation" avant d'octroyer une réhabilitation; l'article 4.1 pour sa part prévoit l'octroi d'une réhabilitation, sans enquête, dans les cas d'infractions punissables par voie de procédure sommaire si le demandeur n'a pas eu de condamnations dans l'intervalle.<sup>30</sup> Quant aux absolutions en vertu de l'article 736 du *Code criminel*, l'article 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* prévoit un processus automatique où l'absolution ne sera plus révélée par les autorités fédérales au delà d'un an après la date de l'ordonnance inconditionnelle, ou trois ans suivant la date de l'ordonnance sous conditions. L'alinéa b) de cet article prévoit que le commissaire (de la G.R.C.) retire du fichier central toute mention d'une telle absolution.<sup>31</sup>

L'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* décrit les effets de l'octroi d'une réhabilitation. Il se lit ainsi:

<sup>27</sup> L.C. 1992, c. 22 (en vigueur depuis le 24 juillet 1992) (ci-après la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire*).

<sup>28</sup> Dans les cas d'infractions punissables par voie de mise en accusation ou d'infractions majeures d'ordre militaire.

<sup>29</sup> Il en va de même pour des infractions mineures d'ordre militaire.

<sup>30</sup> Antérieurement aux modifications apportées par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire*, l'art. 4 prévoyait une enquête dans les deux cas.

<sup>31</sup> Pour une discussion de la situation juridique avant l'entrée en vigueur des modifications apportées par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire* voir: J.C. Hébert, L'inévitable casier judiciaire (1973), 33 R. du B. 390. Pour les explications du Ministre à l'égard de ces changements voir: Proposition de réforme de la *Loi sur le casier judiciaire* (le 20 juillet 1991), Document explicatif du Solliciteur général du Canada, Ottawa. Pour une discussion de l'anomalie résultant de ce changement en ce qui concerne la *Loi canadienne des droits de la personne* voir, *infra*, aux pp. 466-467.

Quant à l'interprétation juridique de l'art. 736 du *Code Criminel* et des situations où un juge doit exercer sa discrétion d'accorder une absolution, voir: *Gibara-Moreau c. R.* (1992), J.E. 92-1237 (C.A. Qué.).

5. La réhabilitation a les effets suivants :

a) d'une part, elle sert de preuve des faits suivants :

(i) dans le cas d'une réhabilitation octroyée pour une infraction visée à l'alinéa 4a), la Commission, après avoir mené les enquêtes, a été convaincue que le demandeur s'est bien conduit,

(ii) dans le cas de toute réhabilitation, la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur;

b) d'autre part, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, elle efface les conséquences de la condamnation et, notamment, fait cesser toute incapacité — autres que celles imposées au titre des articles 100 et 259 du *Code criminel* — que celle-ci pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.<sup>32</sup>

Au niveau fédéral, l'effet d'une réhabilitation est l'élimination des conséquences néfastes d'une condamnation<sup>33</sup> et, à toutes fins utiles, la

<sup>32</sup> Les exceptions auxquelles on fait référence dans les art. 100 et 259 du *Code criminel* concernent l'interdiction de posséder une arme à feu et la perte du droit de conduire un véhicule.

<sup>33</sup> Une réhabilitation permet-elle aux réhabilités de nier leur condamnation? La *Loi sur le casier judiciaire* ne contient aucune disposition déterminative et il semble qu'une décision ait été prise de ne pas inclure une telle disposition lors des modifications apportées par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire*. Le Comité interministériel qui avait examiné la question a donné la justification suivante dans Proposition de réforme de la *Loi sur le casier judiciaire* (le 20 juillet 1991), Document explicatif du Solliciteur général du Canada, Ottawa. Le Comité a noté que "certains se sont opposés par le passé à ce qu'on a appelé un mensonge autorisé par la loi". Si des dispositions déterminatives équivalent à des mensonges autorisés par la loi, c'est-à-dire le *Code criminel* et la *Loi sur les impôts*, qui utilisent amplement de telles dispositions, doivent être considérés comme étant des exemples de mensonges légaux par excellence. De plus, l'article 749(3) du *Code criminel* édicte que l'effet d'un pardon absolu est que l'infraction est réputée n'avoir jamais eu lieu. Simplement, une telle justification ne s'accorde pas bien avec la pratique législative au Canada. Pour connaître l'approche américaine voir: A.R. Gough, *The Expungement of Adjudication Records of Juvenile and Adult Offenders: A Problem of Status*, [1966] Wash. University Law Quarterly 147; K.C. Karnezis, *Validity, Construction, and Application of Statutory Provisions Relating to Public Access to Police Records — Annotation* (1978), 82 A.L.R. (3d) 19.

Même en l'absence d'une disposition déterminative formelle, il y a lieu de considérer l'effet de l'art. 5b) de la version anglaise de la *Loi sur le casier judiciaire*: "The pardon ... vacates the conviction in respect of which it is granted ..." Parmi les définitions du mot "vacate" du dictionnaire Oxford, notons particulièrement les suivantes: "To make void in law; to deprive of legal authority or validity; to annul or cancel; to render inoperative, meaningless or useless; to remove or withdraw". La version française de l'art. 5 ne contient pas la même phrase et utilise à sa place la phrase "elle efface les conséquences de la condamnation". La version anglaise peut supporter une interprétation permettant au réhabilité de nier la condamnation. Considérons également la définition du mot "réhabilitation" dans le *Petit Robert 1 — Fait de rétablir dans une situation juridique antérieure* — qui pourrait aussi supporter une telle interprétation. De même sens voir la décision du juge Brooke dans *Regina c. Spring* (1977), 35 C.C.C. (2d) 308, à la p. 309 (Ont. C.A.): "The appellant had previously been pardoned, and the question arose as to whether or not he should be treated as a first offender. We treat him as such because we think that the statute gives us this discretion in these circumstances." Voir aussi la décision du juge Linden dans *Burgon v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 122 N.R. 228 (C.A.F.).

réintégration complète de l'individu dans la société.<sup>34</sup> Ces effets sont complétés par l'article 8 édictant que les demandes d'emploi "ne doivent contenir aucune question qui, par sa teneur, obligerait un réhabilité à révéler une condamnation visée par une réhabilitation qui n'a pas été révoquée" dans les domaines de juridiction fédérale.<sup>35</sup>

En pratique, une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* a aussi des effets au niveau provincial. En règle générale, les forces policières provinciales et municipales, une fois avisées par les autorités fédérales qu'une réhabilitation a été accordée, prennent des mesures pour retirer les renseignements de leurs propres dossiers.<sup>36</sup> Les greffes des cours coopèrent également en appliquant une politique généralement répandue au Canada de mettre les dossiers visés à part des dossiers auxquels le public a normalement accès.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Mais il faut souligner que l'art. 7 prévoit que la réhabilitation peut-être révoquée dans les cas où le réhabilité est condamné pour une nouvelle infraction ou a cessé de se bien conduire. La révocation est aussi possible dans les cas où le réhabilité avait délibérément, à l'occasion de sa demande de réhabilitation, fait une déclaration inexacte ou trompeuse, ou dissimulé un point important. L'art. 7.1 prévoit qu'un réhabilité aura le droit d'être entendu avant que la Commission ne révoque la réhabilitation. Voir *Desjardins c. National Parole Board* (1982), 51 N.R. 204 (C.A.F.) pour une discussion de l'étendu de ce droit.

<sup>35</sup> Les alinéas *a*) à *d*) de l'art. 8 sembleraient inclure tout ministère, société d'État, les Forces canadiennes et aussi la totalité de la compétence législative du Parlement. Toutefois, une question se soulève en raison de la façon dont l'art. 8 est rédigé — l'article y parle de questions contenues dans un formulaire, mais ne semble pas interdire les questions orales posées lors d'une entrevue. Est-ce que les questions orales sont interdites par l'esprit de l'acte? Nous pensons que la réponse doit être affirmative si l'on tient compte de l'art. 8*b*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui interdit une telle enquête faite "oralement ou par écrit".

<sup>36</sup> Ce en quoi consistent ces mesures peut varier d'une partie du pays à l'autre. À Montréal, par exemple, la Police de la Communauté urbaine de Montréal a pour politique de détruire le dossier une fois informée que la réhabilitation a été accordée. Certaines forces policières, notamment dans les petites villes, gardent toujours des registres contenant les noms, les dates d'arrestation et autres renseignements, et ce, même après avoir été informées qu'une réhabilitation a été accordée.

<sup>37</sup> Les modifications de la *Loi sur le casier judiciaire* à l'article 6.1 de la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire* peuvent poser de sérieux problèmes au niveau des greffes des cours. Avant ces modifications, la pratique était que le greffe de la cour était informé par les autorités fédérales qu'une réhabilitation avait été accordée, alors qu'avec le processus automatique de l'art. 6.1 en regard des absolutions, le greffe ne serait plus formellement informé. Comme les modifications ont un effet rétroactif, des milliers d'individus (approximativement 16,721 en 1990 seulement selon la G.R.C.) sont présentement dans une situation où ils bénéficient de l'art. 6.1 et ne doivent donc plus avoir un dossier criminel avec la G.R.C. Malheureusement, ces individus peuvent éprouver une difficulté inattendue au niveau des greffes des cours. En effet, suite à une enquête effectuée auprès des greffes de quatre villes de l'Est du Canada, il a été démontré que la plupart des greffes des cours ignoraient cette procédure automatique et, de l'avis d'au moins un greffier, que l'effet de l'art. 6.1 ne serait pas considéré comme étant une réhabilitation. Cette situation révèle un manque d'information concernant ce changement radical dans la procédure; voir, *infra*, aux pp. 466-467, pour notre discussion de l'anomalie résultant de ces modifications en ce que concerne la portée de la protection contre la discrimination pour ce motif dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

(b) *Loi canadienne sur les droits de la personne*

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* à son article 3(1) inclut parmi les motifs de distinction illicites “l'état de personne graciée”<sup>38</sup> et elle étend par ses articles 5 et 6 le domaine d'application de l'interdiction de la discrimination au delà de la protection accordée par la *Loi sur le casier judiciaire*, qui se limite au domaine de l'emploi, pour comprendre aussi la fourniture de services, d'installation, d'hébergement, de location commerciale et de logement. Quoique la protection accordée par la *Loi sur le casier judiciaire* soit absolue, la protection contre la discrimination accordée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* reste assujettie aux exceptions énumérées à son article 15. L'article 15a) se résume ainsi:

Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;<sup>39</sup>

L'article 15a) s'applique-t-il lorsque le motif de distinction illicite est “l'état de personne graciée”, compte tenu de l'article 8 de la *Loi sur le casier judiciaire* qui interdit dans un formulaire d'emploi toute question pouvant obliger un réhabilité à révéler une condamnation visée par une réhabilitation? Il est évident que l'article 8 de la *Loi sur le casier judiciaire* et l'article 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne sont pas cohérents en ce qui concerne la réhabilitation. Le sujet devient plus ambigu lorsque l'on considère l'interprétation contenue dans les lignes directrices publiées par la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission semble être d'opinion qu'un employeur, dans le cas d'une condamnation pour laquelle une réhabilitation a été accordée, peut faire enquête si cette condamnation est reliée aux exigences de l'emploi.<sup>40</sup> À notre avis, une telle interprétation de l'article 15a) a comme conséquence de rendre inutile l'article 8 de la *Loi sur le casier judiciaire* et nous ne pouvons pas concevoir que l'intention du législateur dans une loi anti-

<sup>38</sup> L'expression “état de personne graciée” est définie à l'art. 25 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de façon suivante:

État d'une personne physique qui a légalement obtenu une réhabilitation qui, si elle a été octroyée ou délivrée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, n'a pas été révoquée ou annulée.

<sup>39</sup> Voir la qualification du juge McIntyre dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.S.C. 202, à la p. 208 (ci-après *Etobicoke*).

<sup>40</sup> Guide pour la présélection et la sélection des employés, juin 1990, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, No. de cat. HR21-21/1986F. Sous le titre “État de personne graciée” on trouve le commentaire suivant:

[I] vaut mieux éviter les questions concernant l'existence d'un casier judiciaire ou les condamnations pour infractions criminelles, même celles pour lesquelles le (la) candidat(e) a été gracié(e), à moins que ces questions ne soient liées aux exigences du poste.

Une publication antérieure, Guide pour employeurs, juin 1981, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, No. de cat. HR21-11/1981, p. 23, para. 17, semblait d'opinion contraire et avait implicitement reconnu qu'un employeur ne pouvait poser de questions relativement à un délit pour lequel la personne avait été graciée.

discriminatoire soit de réduire la protection accordée contre une forme reconnue de discrimination, alors que l'objet même de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* nie une telle intention, l'article 2 commençant par les mots "[I]a présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne" quant à la protection contre la discrimination. Dans la version anglaise de l'article 2, le mot utilisé ["extend"] a une plus forte connotation et ne peut pas être interprété de façon à réduire ou supprimer une protection contre la discrimination. Enfin, l'approche de la Cour suprême exprimée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder c. CN*,<sup>41</sup> quant à l'interprétation de telles dispositions dans les lois anti-discriminatoires, est pertinente:

... qu'il fallait donner une interprétation libérale aux dispositions interdisant la discrimination et une interprétation étroite aux exceptions.

Compte tenu de notre conclusion, que l'article 15 a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne s'applique pas dans le cas de la discrimination fondée sur le motif de "l'état de personne graciée", il n'est pas nécessaire de considérer à ce point-ci de notre discussion s'il existe une obligation d'accommodement dans de telles circonstances.<sup>42</sup>

### (c) Critique des initiatives fédérales

Bien qu'au niveau fédéral l'effet combiné de la *Loi sur le casier judiciaire* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* offre une protection presque complète<sup>43</sup> contre toute forme de discrimination basée sur le motif de "l'état de personne graciée", il n'existe aucune protection pour la grande majorité des individus possédant des antécédents judiciaires et pour lesquels ils n'ont pas obtenu une réhabilitation. Antérieurement aux modifications apportées par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire*, seulement un faible pourcentage des ex-délinquants admissibles demandaient une réhabilitation et même le Solliciteur général reconnaissait que les démarches à faire afin d'obtenir une réhabilitation

<sup>41</sup> [1985] 2 R.C.S. 561, à la p. 589 (ci-après *Bhinder*).

<sup>42</sup> L'applicabilité d'une obligation d'accommodement dans le cas de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires sera considérée, *infra*, aux pp. 482-484.

<sup>43</sup> Nous utilisons le mot "presque" car, quoique le casier judiciaire soit scellé, il reste néanmoins la possibilité qu'un réhabilité puisse subir un préjudice découlant du fait qu'une référence demeure dans le fichier central de la G.R.C., laquelle peut révéler l'existence d'un casier judiciaire. Les fichés de la G.R.C. — souvent appelés "F.P.S." — sont classés à partir d'empreintes digitales et il semble qu'un code correspondant aux empreintes du réhabilité demeure dans le système après que le casier ait été scellé. Le problème potentiel ici soulevé vient du fait que des habilitations de sécurité sont exigées pour un grand nombre de positions avec le gouvernement fédéral, où une vérification est souvent faite à partir des empreintes digitales. Dans le cas d'un réhabilité, une telle vérification révèle l'existence d'un casier judiciaire scellé. En dépit du fait que le contenu du casier judiciaire ne puisse être révélé, le fait d'avoir eu un casier judiciaire aurait-il pour effet de causer un préjudice en ce qui a trait à l'habilitation de sécurité? L'arrêt *Thompson c. Canada (Sous-ministre de l'agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, nous enseigne que les tribunaux sont très réticents à questionner la discrétion du sous-ministère quant à l'octroi d'une habilitation de sécurité et celle-ci est, à toutes fins pratiques, finale. Il n'existe pas d'arrêts concernant la question mais nous sommes de l'opinion que le sous-ministère serait tenu de respecter la loi et ne pourrait donc pas refuser d'émettre l'habilitation de sécurité.

étaient trop complexes.<sup>44</sup> Depuis les modifications (en vigueur depuis le 24 juillet 1992) la procédure a été améliorée pour la plupart des personnes admissibles, mais elle reste cependant une procédure formaliste et relativement peu connue.<sup>45</sup>

Nous constatons, à la lecture des modifications apportées par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire*, une certaine anomalie puisque la portée de la protection accordée contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, telle que contenue dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, a été réduite. Cette anomalie découlerait du fait que l'article 13 de la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire* ait modifié la définition de "état d'une personne graciée" à l'art. 25 de cette loi; ce qui signifie que, dans le cas d'individus ayant eu des absolutions en vertu de l'article 736 du *Code criminel*, ceux-ci bénéficieront des dispositions automatiques de l'article 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire*, mais ne seront plus désormais protégés contre la discrimination. Avant l'entrée en vigueur de ces modifications, tout individu à qui l'article 736 du *Code criminel* s'était appliqué et qui avait obtenu une réhabilitation pour une infraction jouissait d'une protection, alors qu'actuellement la situation est telle qu'un employeur peut légalement pratiquer de la discrimination à l'égard de tout individu qui bénéficie de l'article 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* et qui a des antécédents judiciaires relatifs à des infractions relativement mineures, alors qu'il lui serait impossible de pratiquer de la discrimination envers celui qui a été condamné pour des infractions généralement plus graves et qui a reçu une réhabilitation selon l'article 4.1 de la même loi.

Le véritable problème réside dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui ne prévoit aucune protection pour ceux qui n'ont pas obtenu une réhabilitation. L'approche blanc/noir envers la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, qui est évidente dans cette loi, ignore la réalité quant à la grande majorité des individus susceptibles d'être victimes de discrimination en raison du fait qu'ils n'ont pas obtenu une réhabilitation. Nous verrons dans notre examen des législations de la Colombie-Britannique et du Québec qu'il n'est pas nécessaire de mettre un obstacle si formidable entre les ex-délinquants et les bénéficiaires visés par leurs lois anti-discriminatoires.

## (2) La Colombie-Britannique

La *British Columbia Human Rights Act*,<sup>46</sup> à son article 8(1), interdit la discrimination dans le domaine de l'emploi pour le motif des antécédents judiciaires qui ne sont pas liés aux exigences du poste. Il se lit ainsi:

- 8(1) No person or anyone acting on his behalf shall  
 (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person or

<sup>44</sup> Solliciteur général du Canada, Document d'information: Modification de la *Loi sur le casier judiciaire* (Ottawa, avril 1992); voir aussi le communiqué Présentation de modifications de la Loi sur le casier judiciaire par le Solliciteur général émis par le Solliciteur général du Canada, le 9 avril 1992.

<sup>45</sup> Voir *supra*, note 37, pour nos commentaires concernant les greffes des cours.

<sup>46</sup> S.B.C. 1984, c. 22.

(b) discriminate against a person with respect to employment or any term or condition of employment ...

because of ... his conviction for a criminal or summary conviction charge that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

L'article 8(2) étend l'interdiction de la discrimination pour ce motif aux agences de placement alors que l'article 9 étend cette interdiction aux organisations syndicales, aux organisations d'employeurs et aux organisations professionnelles.<sup>47</sup> L'article 8(4) prévoit une exception relative aux exigences professionnelles justifiées pour ce motif.<sup>48</sup>

On note immédiatement qu'il existe une double exception à la discrimination, soit celle comprise dans la norme anti-discriminatoire elle-même — des antécédents judiciaires qui ne sont pas liés aux exigences du poste — et celle reliée à l'exigence professionnelle justifiée d'application générale comprise dans l'article 8(4). Même si la protection accordée par la *British Columbia Human Rights Act* n'est pas limitée aux individus ayant obtenu une réhabilitation et qu'elle s'étend au-delà du domaine de l'emploi proprement dit pour comprendre aussi des professions, l'applicabilité de ses dispositions anti-discriminatoires dépendra de l'interprétation de ces exceptions.

#### (a) L'expérience judiciaire en Colombie-Britannique

Les cours de la Colombie-Britannique ont considéré la portée des exceptions à la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires contenues dans la *British Columbia Human Rights Act* et les ont généralement interprétées de façon étroite. Dans *Woodward Stores Ltd. c. Leslie James McCartney*,<sup>49</sup> la preuve a révélé que l'employé, qui travaillait à l'entrepôt de meubles, avait été congédié après que son employeur eut appris qu'il avait été déclaré coupable de vol à l'étalage huit ans auparavant. Dans cette affaire, le juge MacDonald a discuté des principes à considérer pour déterminer si un lien existait entre l'infraction et l'emploi:<sup>50</sup>

An employer must consider the circumstances of the conviction before concluding that the charge relates to the employment. Such factors as the details of the offence, the length of time intervening between the conviction and the employment decision, the employment history of the individual concerned, his age and the time of the offence and his efforts at rehabilitation, must be considered.

<sup>47</sup> À l'art. 1, l'expression "occupational association" est définie comme étant "an organization, other than a trade union or employers' organization, in which membership is a prerequisite to carrying on a trade, occupation or profession". Voir *Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), [1991] 14 C.H.R.R. D/221 où M<sup>me</sup> Barbara G. Humphreys, du British Columbia Human Rights Council, a décidé que le Council of Licensed Nurses était compris dans cette définition même si être membre n'était pas obligatoire pour exercer la profession d'infirmier en Colombie-Britannique. Le fait que le Council avait le pouvoir de contrôler les permis nécessaires à la pratique était suffisant.

<sup>48</sup> L'art. 8(4) se résume ainsi:

Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

<sup>49</sup> (1983), 4 C.H.R.R. D/1325 (B.C.S.C.) (ci-après *Woodward Stores*).

<sup>50</sup> *Ibid.*, au para. 11467.

En appliquant ces principes aux faits dans *Woodward Stores*, le juge MacDonald a suivi la décision du British Columbia Human Rights Council<sup>51</sup> et déclaré qu'il y avait eu discrimination. Le British Columbia Human Rights Council avait décidé que le plaignant devait être réintégré mais que pour le moment ce dernier ne pouvait pas espérer avoir un avancement pour lequel il avait postulé et pour lequel la compagnie exigeait un niveau élevé de confiance.<sup>52</sup>

Dans *Dore c. Crown Tire Service Ltd.*,<sup>53</sup> le British Columbia Human Rights Council a reconnu que la protection accordée contre la discrimination protégeait également un plaignant qui avait été accusé d'une infraction non liée à l'emploi<sup>54</sup> et pour laquelle il n'avait pas encore été condamné. Pour le British Columbia Human Rights Council, M<sup>me</sup> Helen Hughes a dit:<sup>55</sup>

I believe that it would seem to fly in the face of public policy to provide more protection to those who have been convicted than to those who are charged but still are deemed innocent ...

... charges and convictions are intimately associated because no one can be convicted without having originally having been charged. Thus, where a termination of

<sup>51</sup> *Woodward Stores Ltd. c. Leslie James McCartney* (1982), 3 C.H.R.R. D/1113 (British Columbia Human Rights Council).

<sup>52</sup> *Ibid.*, au para. 9844, le commissaire avait conclu:

However, I also conclude that the conviction is sufficiently related to the maintenance job on the night shift at the Park Royal store to provide reasonable cause for the Respondent to refuse the promotion. The fact that the Park Royal job required a security check while the Oakridge position did not points to a greater measure of caution as appropriate.

Mais le membre désigné a reconnu que l'antécédent judiciaire ne devait pas être un facteur justificatif d'une discrimination contre le plaignant. Il a ajouté au même paragraphe:

I hasten to add that, in my view, should the Complainant continue to maintain a clean criminal record and a good record as an employee with the Respondent, there will come a time when the Respondent would contravene the *Code* in refusing the Complainant a promotion, even if the position sought did require a security check.

Le test dans *Woodward Stores* a été appliqué dans *Iwanchuk c. British Columbia (Ministry of Human Resources)* (1987), [1988] 9 C.H.R.R. D/4670 (British Columbia Human Rights Council); *Thompson c. Granny's Fried Chicken Ltd.* (1989), [1990] 11 C.H.R.R. D/477 (British Columbia Human Rights Council); *Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses*, *supra*, note 47.

<sup>53</sup> (1988), [1989] 10 C.H.R.R. D/5433 (British Columbia Human Rights Council).

<sup>54</sup> Voir, *infra*, aux pp. 488-490, pour notre discussion des motifs analogues de discrimination sous l'art. 15(1) de la *Charte*. Dans *Dore*, M<sup>me</sup> Helen Hughes, membre du British Columbia Human Rights Council, a interprété l'art. 8(1) du *British Columbia Human Rights Act* comme comprenant la discrimination fondée sur le motif d'une accusation criminelle et elle avait fondé son interprétation en parti sur la norme anti-discriminatoire contenue dans l'art. 15(1) de la *Charte*.

<sup>55</sup> *Ibid.*, aux para. 40666-40667. L'approche de M<sup>me</sup> Helen Hughes dans *Dore* était approuvée par M. E.D. Powell dans *B.A.O. c. New Westminster (City)* (1989), [1990] 11 C.H.R.R. D/400 (British Columbia Human Rights Council). Voir aussi *Salter v. Peace River South School District No 59* (1989), 10 C.H.R.R. D/6150 (British Columbia Human Rights Council); *Muir v. Emcon Services Inc.* (1992), 16 C.H.R.R. D/65 (British Columbia Human Rights Council).

employment based on a charge only takes place, the employer presumes that the employee is guilty. It appears to be possible to treat charges as an incident of conviction, even though not every charge results in a conviction.

En l'espèce, suivant les critères établis dans *Woodward Stores*, l'infraction — vol avec effraction — n'avait pas été considérée comme étant liée à l'emploi, un travail à temps partiel qui consistait à réparer des pneus.<sup>56</sup>

Dans *B.A.O. c. New Westminster (City)*,<sup>57</sup> M. E.D. Powell du British Columbia Human Rights Council a appliqué les critères élaborés dans *Woodward Stores* pour décider que le refus de la ville de ne pas accorder un permis pour opérer un taxi n'était pas discriminatoire. Dans *B.A.O.*, les infractions reprochées comprenaient des accusations d'homicide involontaire et de voies de fait (pour lesquelles le plaignant avait été trouvé non coupable) et des infractions en rapport avec la conduite d'une automobile (pour lesquelles le plaignant avait été condamné) et elles ont été considérées comme étant suffisamment liées à l'emploi de chauffeur de taxi.

Plus problématique était la décision du même M. E.D. Powell dans *Griffiths c. Coquitlam District*,<sup>58</sup> où les infractions — des actes d'indécence commis en dehors du travail — n'avaient aucun lien direct avec l'emploi de pompier. Ce membre du British Columbia Human Rights Council avait néanmoins conclu que le congédiement n'était pas un acte discriminatoire compte tenu du niveau de comportement attendu des fonctionnaires publics. Il a fait remarquer:<sup>59</sup>

... it appears that certain standards of conduct may be required of some public servants. I have some concern both as to the exact nature of the required standard and as to the application of that reasoning to human rights cases generally. However, in this particular case, the respondent has indicated a concern regarding the conduct of its firefighters and concluded that the complainant failed to meet the respondent's standard.

Dans une décision semblable, *Salter c. Peace River South School District No 59*,<sup>60</sup> M<sup>me</sup> Lorna R. Barr, membre du British Columbia Human Rights Council, a été d'opinion qu'une accusation de trafic de drogue (marijuana) était liée à l'emploi de menuisier pour le compte de la Commission scolaire, compte tenu des contacts possibles avec les enfants et les intérêts particuliers de celle-ci en tant qu'employeur.<sup>61</sup>

Il faut noter que dans *Salter*, cette même M<sup>me</sup> Lorna Barr a accepté que l'exception d'exigence professionnelle justifiée ne soit pas applicable tout en

<sup>56</sup> Dans *Muir v. Emcon Services Inc.*, *ibid.*, M<sup>me</sup> Lorna Barr, membre du British Columbia Human Rights Council, a conclu qu'une accusation d'agression sexuelle n'était pas liée à l'emploi de conducteur de camion.

<sup>57</sup> *Supra*, note 55.

<sup>58</sup> (1988), [1989] 10 C.H.R.R. D/5852 (British Columbia Human Rights Council) (ci-après *Griffiths*).

<sup>59</sup> *Ibid.*, au para. 42512.

<sup>60</sup> *Supra*, note 55.

<sup>61</sup> *Ibid.*, aux para. 44075-44078.

admettant que l'infraction reprochée était quand même liée à l'emploi postulé, raisonnablement fondé en partie sur la décision de M. E.D. Powell dans *Griffiths*.<sup>62</sup>

En résumé, l'approche judiciaire appliquée en Colombie-Britannique indique généralement une interprétation large et libérale de la norme anti-discriminatoire en ce qui concerne le motif des antécédents judiciaires<sup>63</sup> et reconnaît l'intérêt pour la société de donner à l'ex-délinquant une chance réelle de réintégrer la société, et ce, sans discrimination. La tendance, évidente dans les affaires *Griffiths* et *Salter*, de laisser entrer dans le processus décisionnel des considérations d'images publiques n'ayant aucun lien direct avec l'emploi risque cependant d'élargir le champ où la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires deviendrait admissible. Quoique les tribunaux de la Colombie-Britannique sembleraient décider les causes de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires uniquement en fonction du lien direct avec l'emploi (l'article 8(1)) et ne les considèrent pas du point de vue des exigences professionnelles justifiées (l'article 8(4)), la tendance évidente dans *Griffiths* et *Salter* peut compromettre l'objet anti-discriminatoire de cette loi.

### (b) Critique de l'approche de la Colombie-Britannique

Quoique la protection offerte contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires soit bien plus compréhensive en Colombie-Britannique qu'au niveau de la juridiction fédérale, elle est toutefois déficiente dans la mesure où la discrimination n'est pas absolument interdite dans les situations où l'ex-délinquant a obtenu une réhabilitation. De plus, le *British Columbia Human Rights Act* semble permettre à l'employeur de poser des questions concernant des infractions qui, de leur nature, ne sont pas liées à l'emploi, une pratique qui peut avoir un effet discriminatoire. Il n'y a aucune raison valable de permettre que des questions pouvant occasionner de la discrimination soient posées au sujet des antécédents non liés à l'emploi si l'objet de la loi est d'interdire la discrimination pour ce motif.<sup>64</sup>

### (3) Le Québec

La *Charte des droits et libertés de la personne* contient actuellement deux articles pouvant être invoqués afin de combattre la discrimination fondée sur le

<sup>62</sup> *Ibid.*, au para. 44075, le membre désigné a écrit:

There may be situations, such as in this case, where the circumstances of the charge itself are sufficiently "related" to the employment relationship. Thus the "relatedness" may offer a defence for the conduct in question without necessarily also having to demonstrate the existence of a BFOR.

<sup>63</sup> Il n'est pas nécessaire en Colombie-Britannique que le plaignant démontre que l'antécédent judiciaire était le seul motif pour lequel on lui a refusé l'emploi. Il suffit de démontrer que l'antécédent judiciaire était l'un des facteurs ayant contribué à la décision discriminatoire. Voir *Muir v. Emcon Services Inc.*, *supra*, note 55, au para. 31. Voir aussi *Holloway v. Clairco Foods* (1983), 4 C.H.R.R. D/1454 (British Columbia Human Rights Commission).

<sup>64</sup> Voir notre discussion des problèmes découlant du fait qu'il soit permis de poser des questions portant sur des antécédents qui ne sont pas liés à l'emploi, *infra*, aux pp. 480-481.

motif des antécédents judiciaires. Le premier, l'article 10, concerne l'interdiction de la discrimination au motif de "la condition sociale", inscrit dans la *Charte québécoise* lors de son adoption en 1975<sup>65</sup> et qui à maintes reprises depuis lors a été invoqué dans les cas où le motif de discrimination reposait sur les antécédents judiciaires. Même s'il est difficile de concevoir que le fait d'avoir des antécédents judiciaires ne puisse faire partie de la condition sociale, les juges québécois se sont montrés généralement hostiles à une notion de la condition sociale qui engloberait également les antécédents judiciaires.<sup>66</sup> Les commentaires du juge Desjardins (Cour provinciale) dans *André Mercier c. La Ville de Beauport*<sup>67</sup> reflètent bien l'approche conservatrice quant à l'interprétation de la condition sociale comme motif de discrimination:<sup>68</sup>

Il appert à la Cour que si le législateur avait voulu prohiber toute discrimination fondée sur les antécédents judiciaires d'un individu, il aurait dit spécifiquement tel qu'il l'a fait pour la race, la couleur, le sexe, etc..., plutôt que de laisser aux Tribunaux le soin de la déterminer en donnant aux mots "condition sociale" un sens différent de son sens ordinaire.

Le législateur a répondu en apportant une modification à la *Charte des droits et libertés de la personne* en 1982 pour y ajouter l'article 18.2<sup>69</sup> qui traite

<sup>65</sup> Pour un aperçu de la genèse de la *Charte québécoise* voir: André Morel, *La Charte québécoise*, un document unique dans l'histoire législative canadienne (1987), 21 R.J.T. 1.

<sup>66</sup> Voir le Cahier publié par la Commission des droits de la personne et intitulé *La condition sociale* (Cahier no. 2, 1980) pour un exposé élaboré de cette notion. Voir aussi: *Les droits de la personne dans leur application*, dans no. 58, Formation permanente: Barreau du Québec (1980-81), pp. 81-83; Henri Brun et André Binette, *L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination prohibé par la Charte des droits du Québec* (1981), 22 C. de D. 667.

<sup>67</sup> (1981), [1982] 3 C.H.R.R. 5803, D/137, [1981] C.P. 292 (C.P.) (ci-après citée à C.H.R.R.). Voir les commentaires de Jacques Gagné sur cet arrêt dans *Le Devoir*, publiés le 6 octobre 1981, à la p. 6, sous le titre *Antécédents judiciaires et condition sociale*: (1) La cour n'a pas fait l'équation, et le 7 octobre 1981, à la p. 7, sous le titre, *Antécédents judiciaires et condition sociale*: (2) La cour s'est montrée trop timide.

<sup>68</sup> *Ibid.*, au para. 5848 (C.H.R.R.). Voir aussi *Commission des droits de la personne du Québec c. La Ville de Montréal* (1982), [1983] 4 C.H.R.R. D/1444; *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price ltée* (1981), J.E. 81-866 (Qué. C.S.). Dans *Vermette c. Union des Employés de Commerce, Local 298* (1982), [1983] 4 C.H.R.R. D/1291 (Tribunal de Travail) le juge Lesage a décidé que l'état civil peut protéger un individu contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Après avoir discuté des jugements dans *La Ville de Beauport* et *La Ville de Montréal*, où les juges avaient rejeté la notion que la condition sociale comprenait les antécédents judiciaires, le juge Lesage a commenté au paragraphe 11213:

Toutefois il ressort clairement de leurs analyses qu'il ne saurait être question d'admettre comme base de discrimination, la simple existence d'une condamnation criminelle, sans aucun lien avec l'emploi recherché. Cela paraît être au moins l'expression d'une justice élémentaire, d'un droit dont la violation choque le sens moral. Quand un employeur accepte d'imposer en principe une telle barrière à l'octroi ou la continuation d'un emploi, il verse dans l'arbitraire.

La décision du juge Lesage dans *Vermette* était exceptionnelle et contraire à l'approche générale des cours en regard de la protection offerte par l'art. 10 contre la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires.

<sup>69</sup> L.Q. 1982, c. 61, art. 5.

directement de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires dans le domaine de l'emploi. L'article 18.2 est rédigé de la façon suivante:

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.

En plus de l'exception contenue à l'article 18.2 en regard des infractions liées à l'emploi, la *Charte québécoise* contient, à l'article 20, une exception dans le cas d'exigences professionnelles justifiées.<sup>70</sup> Une question se pose concernant l'applicabilité de l'article 20 à ceux qui ont obtenu un pardon. Bien qu'il soit clair que l'exception interne ne s'applique pas à ceux qui ont obtenu un pardon et, en comparaison avec la première situation visée à l'article 18.2, que l'interdiction de la discrimination semble être absolue, selon l'article 20, cette interdiction serait-elle, néanmoins assujettie à l'exception des exigences professionnelles justifiées? En faisant la distinction entre les deux situations contenues à l'article 18.2, le législateur a démontré son intention de voir celles-ci traitées différemment. Si le choix législatif de distinguer entre deux situations à l'intérieur de l'article 18.2 possède une valeur quelconque, et on doit assumer que le législateur ne parle pas pour rien,<sup>71</sup> on ne doit pas interpréter l'article 20 de façon à nuire à cette distinction.<sup>72</sup> Dans ses lignes directrices visant l'application de l'article 18.2, la Commission était de cet avis,<sup>73</sup> et au moins une décision de la Commission les avait appliquées de cette façon.<sup>74</sup>

S'il n'est plus possible d'invoquer les motifs de la condition sociale ou l'état civil énumérés à l'article 10 pour combattre la discrimination fondée sur

<sup>70</sup> La partie pertinente de l'art. 20 se résume ainsi:

Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ... est réputée non discriminatoire.

<sup>71</sup> P.A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>ème</sup> édition, 1990), pp. 257-260.

<sup>72</sup> Cette interprétation serait en accord avec l'approche de la Cour suprême à l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui aurait sa propre limite interne. Voir les arrêts suivants où la Cour n'a pas recouru à l'art. 1 dans le cas de l'art. 7 : *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Thompson Newspapers c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425 (per La Forest et L'Heureux-Dubé JJ.).

<sup>73</sup> Commission des droits de la personne du Québec, *Lignes directrices pour l'application de l'article 18.2* (Document adopté à la 306<sup>e</sup> séance (spéciale) de la Commission, tenue le 12 mai 1988, par sa résolution COM-306-9.1.2) p. 4:

Peu importe qu'une infraction ait ou non un lien avec l'emploi, lorsqu'une personne a eu un pardon à l'égard de cette infraction, elle ne peut être refusée à l'embauche ou pénalisée à cause de cette infraction.

<sup>74</sup> *Yvon M. c. Agence de sécurité Lamont* (24 octobre 1985), Dossier No. M-M-03, 900-1. Voir aussi le suivi de cette affaire (13 mars 1987), Dossier No. M-M-03, 900-1. La Commission semblait avoir la même opinion dans deux documents concernant la *Loi sur les huissiers de justice*, L.R.Q., c. H-4; voir: Commentaires sur le projet de loi 148 modifiant la loi sur les Huissiers, Document adopté à la 330<sup>e</sup> séance de la Commission, tenue le 20 juin 1989, par sa résolution COM-330-9.1.4; voir aussi D. Carpentier, *Demande de renseignements sur les antécédents judiciaires pour les emplois d'Inspecteur-enquêteur de la Loi sur les Huissiers de justice* (20 mai 1992), Direction de la recherche, Commission des droits de la personne du Québec.

le motif des antécédents judiciaires, en revanche la portée de la protection contre cette forme de discrimination se limite au domaine de l'emploi et n'en comprend pas les professions.<sup>75</sup> En plus, parce que l'article 18.2 n'est pas assujéti à l'article 18.1, la *Charte québécoise*<sup>76</sup> n'empêche pas les questions concernant des antécédents judiciaires non liés à l'emploi ou les infractions pour lesquelles l'individu aurait obtenu une réhabilitation (pardon).<sup>77</sup>

(a) *L'approche judiciaire quant à l'article 18.2*

La question primordiale pour les tribunaux, en ce qui concerne l'article 18.2, a été celle du lien entre l'infraction et l'emploi, et sur cette question l'approche des cours québécoises n'a été guère différente de celle des cours de la Colombie-Britannique. Dans *St-Jean c. Commission scolaire régionale de l'Outaouais*,<sup>78</sup> le juge Landry en est venu à la conclusion que les accusations d'agression sexuelle portées contre le demandeur avaient un lien avec son emploi en tant que cadre d'école et que ne violait donc pas l'article 18.2 la décision de la Commission scolaire de le suspendre sans solde en attendant l'issue de son procès. Le juge Landry semble avoir accepté, avec hésitation, que l'article 18.2 s'appliquait également dans le cas d'une inculpation et de ce fait empêchait cette forme de discrimination contre un inculpé si l'inculpation n'était pas liée à l'emploi.<sup>79</sup> Le juge Vallerand de la Cour d'appel, quoiqu'ayant retenu la décision du juge Landry, aurait néanmoins mal interprété sa position quant à portée de l'article 18.2. Selon le juge Vallerand, la position du juge Landry était que "l'article 18.2... n'était pertinent que dans le cas de condamnation et non pas, comme ici, dans le cas d'une simple inculpation".<sup>80</sup>

Dans *Laval (Ville de) c. Foisy*,<sup>81</sup> le juge Steinberg, quoiqu'il ne serait pas nécessairement arrivé à la même conclusion, n'a pas trouvé déraisonnable la

<sup>75</sup> L'interdiction de la discrimination pour les motifs énumérés à l'art. 10 a une portée générale et s'applique également aux services, logement et tous les autres aspects de la vie quotidienne sous la compétence législative de l'Assemblée nationale.

<sup>76</sup> L'art. 18.1 se résume ainsi :

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.

<sup>77</sup> Voir, *infra*, aux pp. 480-481, pour une discussion de ce problème.

<sup>78</sup> [1985] C.S. 637 (Qué. C.S.).

<sup>79</sup> *Ibid.*, à la p. 639. Le juge Landry serait facilement arrivé à un résultat contraire puisqu'il avait appliqué la mauvaise règle d'interprétation. Étant donné que l'art. 87 de la *Charte québécoise* énonce des sanctions pour les violations contenues aux art. 10 à 20, il avait conclu que l'art. 18.2 était une disposition pénale et donc s'interprétait restrictivement. Dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 546-547, le juge McIntyre a discuté de la nature spéciale des lois garantissant les droits de la personne et il a noté qu'elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire.

<sup>80</sup> *St-Jean c. Commission scolaire régionale de l'Outaouais* (1989), J.E. 89-189, à la p. 4 (Qué. C.A.).

décision d'un arbitre<sup>82</sup> selon laquelle il n'existait pas de lien entre les condamnations d'un pompier pour avoir fraudé la caisse d'économie des employés alors qu'il était agent pour celle-ci et son emploi avec la ville en tant que pompier. L'arbitre était d'opinion que:<sup>83</sup>

Si un lien existe, il doit être tangible et correspondre au vécu de la relation de travail et non simplement correspondre à une abstraction de l'esprit.

Dans cette affaire, le directeur du service d'incendie avait préalablement indiqué qu'il jugerait les condamnations comme étant de nature personnelle et qu'il était satisfait de M. Foisy en sa qualité de pompier. Plus tard, après que la cause fut rendue publique, la Ville avait invoqué l'article 116(6) de la *Loi sur les cités et villes*<sup>84</sup> pour le congédier. L'arbitre a conclu que l'article 18.2 avait préséance sur cette disposition en vertu de l'article 52 de la *Charte québécoise* et, parce que les condamnations étaient matière privée, il n'existait aucun lien avec l'emploi de pompier.<sup>85</sup> Le test appliqué par l'arbitre dans cette affaire était clairement subjectif.

Dans l'affaire *Syndicat des constables spéciaux du Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Québec (Ministère de la justice)*,<sup>86</sup> l'arbitre a appliqué l'article 18.2 afin de casser la suspension d'un gardien-“constable” qui avait plaidé coupable à six chefs d'accusation de fraude. L'employeur prétendait que le fait de s'être reconnu coupable de fraude était incompatible avec le statut de gardien-“constable”. L'arbitre a fait remarquer qu'il était nécessaire de considérer les circonstances et il avait rejeté l'idée que l'on puisse présumer d'un lien purement objectif entre l'emploi et les infractions.<sup>87</sup> Tout comme dans l'affaire *Association des pompiers de Laval et la Ville de Laval*, le test appliqué pour déterminer s'il y avait un lien entre les condamnations et l'emploi était subjectif.<sup>88</sup>

Quoique les professions ne tombent pas sous l'empire de l'article 18.2, le juge Tannenbaum avait à considérer, dans l'affaire *Bousetta c. Corp.*

<sup>81</sup> (1985), J.E. 85-1058 (Qué. C.S.).

<sup>82</sup> *Association des pompiers de Laval et la Ville de Laval* (1985), [1985] T.A. 446 (Tribunal d'arbitrage).

<sup>83</sup> *Ibid.*, à la p. 448.

<sup>84</sup> L.R.Q., c. C-19. L'art. 116(6) se résume ainsi:

116. Les personnes suivantes ne peuvent être mises en candidature, ni élues maire ou conseiller, ni être nommées à un poste de fonctionnaire ou employé de la municipalité, ni occuper cette charge.

(6) Toute personne trouvée coupable de trahison ou d'un acte punissable en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec, d'un an d'emprisonnement ou plus.

<sup>85</sup> *Supra*, note 82, aux pp. 448-449. À comparer avec la décision du membre du British Columbia Human Rights Council dans l'affaire *Griffiths*, *supra*, note 58.

<sup>86</sup> (1986), [1986] T.A. 719 (Tribunal d'arbitrage).

<sup>87</sup> *Ibid.*, à la p. 726.

<sup>88</sup> Voir aussi la décision du commissaire du travail dans *Lefebvre et Corp. de fabrication d'équipement King* (1988), D.T.E. 88T-583 (C.T.) où le test appliqué a été subjectif.

*professionnelle des médecins du Québec*,<sup>89</sup> la question de savoir s'il existait un lien entre une condamnation pour fraude et la pratique de la médecine, et il en est arrivé à la conclusion qu'il n'y en avait pas. Il a déclaré que le refus de la Corporation professionnelle des médecins d'admettre le requérant à un stage de formation était "déraisonnable et discriminatoire".<sup>90</sup> Le juge Tannenbaum a fondé son jugement sur les principes du droit administratif et n'a pas considéré la *Charte québécoise*.

La Commission des droits de la personne a également interprété dans ses décisions l'article 18.2, et plusieurs de ses dossiers sont, il va sans dire, pertinents pour déterminer si oui ou non une infraction est liée à l'emploi ainsi que pour la notion d'exigence professionnelle justifiée selon l'article 20. À la lecture de ces dossiers,<sup>91</sup> nous constatons que la Commission a dû considérer qu'une condamnation pour fraude était suffisamment liée à l'emploi de serveur dans une discothèque,<sup>92</sup> que l'étude du dossier sur le refus d'accorder un permis de conducteur de calèche à un individu ayant été condamné pour complot et trafic de drogue méritait d'être poursuivie par la Commission;<sup>93</sup> que le manque de droiture au sujet des antécédents judiciaires était une cause justifiée de renvoi;<sup>94</sup> et que l'impossibilité pour un employé de suivre un stage de formation aux États-Unis à cause de ses antécédents judiciaires donnait à l'employeur une raison valable, en vertu de l'article 20, de refuser de l'embaucher.<sup>95</sup>

<sup>89</sup> (1991), J.E. 91-231 (Qué. C.S.).

<sup>90</sup> *Ibid.*, à la p. 5.

<sup>91</sup> Un examen des dossiers de la Commission démontre que malgré le nombre assez élevé de plaintes alléguant de la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires, très peu de décisions furent favorables aux plaignants. Il ressort de cet examen que dans plusieurs cas le critère du "seul fait" n'ait pas été rempli. Dans ces situations où il y avait d'autres causes possibles pour le refus où le congédiement, l'art. 18.2 n'a pas été violé. L'affaire *Jean-Pierre J. c. Ministère des transports* (18 septembre 1987), Dossier No. 8603002414-0001-0 est un exemple de ce genre de cas. Dans au moins une décision publiée, le British Columbia Human Rights Council est arrivé à une conclusion semblable, voir : *Hugenschmidt c. Underwater Diving Development Society of B.C.* (1988), 9 C.H.R.R. D/5389. Une autre situation qui semble se produire souvent viendrait du fait que la Commission ferme les dossiers parce qu'elle ne peut plus contacter les plaignants qui ont changé d'adresse et n'en n'ont pas avisé la Commission. Cette situation soulève des questions concernant l'efficacité du système chargé de traiter les plaintes. Or, il est parfaitement prévisible qu'un individu qui ait perdu son emploi ou à qui on ait refusé un emploi en raison de ses antécédents judiciaires se retrouve dans une situation où il est forcé de changer d'adresse. Il est également prévisible qu'un tel individu perde confiance dans une procédure, qui, de son point de vue, est lente et qui n'a aucun effet immédiat sur la discrimination qui lui a fait perdre son gagne-pain.

<sup>92</sup> *Mario P. c. Club Métropolis* (7 septembre 1988), Dossier No. 8706005001-0001-0 (Commission des droits de la personne du Québec).

<sup>93</sup> *Serge B. c. Ville de Montréal* (20 mai 1988), Dossier No. 8606004474-0001-0 (Commission des droits de la personne du Québec). La résolution finale n'est pas apparente dans le dossier.

<sup>94</sup> *Marc B. c. 123424 Canada Limitée* (22 mars 1991), Dossier No. 8903002768-0001-0 (Commission des droits de la personne du Québec).

<sup>95</sup> *Francis S. c. Compagnie de précision Cepco du Canada Inc.* (24 mai 1990), Dossier No. 8805000192-0001-0 (Commission des droits de la personne du Québec).

En résumé, l'interprétation de l'article 18.2 par les tribunaux et par la Commission dans ses décisions devait être faite en fonction du but visé. L'approche subjective à la question du lien entre l'infraction et l'emploi, évidente dans les décisions des arbitres dans *Association des pompiers de Laval et la Ville de Laval* et dans *Syndicat des constables spéciaux du Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Québec (Ministère de la justice)*, est cohérente avec le but de l'article d'interdire cette forme de discrimination. À ce jour, nous constatons que les tentatives d'invoquer la condition sociale comme interdisant la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires se révèlent être plutôt infructueuses comparativement à l'expérience de l'interprétation de l'article 18.2.

(b) *Critique des mesures québécoises*

Bien que l'article 18.2 de la *Charte québécoise* s'applique de façon compréhensive dans le domaine de l'emploi proprement dit, et que dans ce domaine — en interdisant absolument la discrimination dans les cas où une réhabilitation a été accordée — il accorde plus de protection que la loi de la Colombie-Britannique, la *Charte québécoise* est néanmoins déficiente à plusieurs égards. Premièrement, le fait que l'interdiction contenue à l'article 18.1 — selon laquelle aucune question portant sur d'autres motifs de discrimination ne puisse être posée — ne s'applique pas à l'article 18.2, en ce qui concerne des infractions non liées à l'emploi ainsi que des infractions pour lesquelles une réhabilitation (pardon) a été obtenue, semble indiquer que la prohibition de la discrimination pour ce motif est moins importante, ce qui permet à un employeur de découvrir les renseignements qui ne peuvent que se refléter négativement sur l'individu.<sup>96</sup> Deuxièmement, la Commission des droits de la personne a interprété les mots "du seul fait" dans l'article 18.2 de façon restrictive — il incomberait au plaignant d'établir que l'emploi lui a été refusé (ou qu'il a été congédié) du seul fait qu'il a des antécédents judiciaires.<sup>97</sup> En comparaison, la British Columbia Human Rights Council a décidé que le plaignant doit simplement démontrer que les antécédents judiciaires ne sont qu'un des facteurs ayant contribué à la décision discriminatoire.<sup>98</sup> Troisièmement, la *Charte québécoise* ne s'applique pas aux professions, exposant ainsi les aspirants et les membres des diverses professions à la discrimination pour ce motif. Au Québec, lorsque l'on parle des professions on parle des quarante professions énumérées au *Code des professions*,<sup>99</sup> c'est-à-dire d'emplois aussi différents qu'infirmière et comptable, donc d'un pourcentage de la population assez important.<sup>100</sup> En comparaison, la *British Columbia Human Rights Act* comprend les professions et les organisations qui en contrôlent la pratique. Finalement, la

<sup>96</sup> Voir nos commentaires, *infra*, aux pp. 480-481.

<sup>97</sup> Voir *Jean Pierre J. c. Ministère des transports* (18 septembre 1987), Dossier No. Qué. 8603002414-0001-0 (Commission des droits de la personne du Québec).

<sup>98</sup> *Supra*, note 63.

<sup>99</sup> L.R.Q., c. C-26, annexe 1.

<sup>100</sup> La possibilité que l'article 18.2 ne soit pas cohérent avec l'article 15(1) de la *Charte* pour cette raison sera discutée, *infra*, aux p. 485-494.

*Charte québécoise* ne protège pas contre la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires dans les autres domaines de la vie quotidienne, comme la fourniture de services<sup>101</sup> et du logement, et ne s'étend pas aux agents et groupes chargés de recueillir des renseignements concernant le crédit.

#### (4) *L'Ontario*

Le *Code des droits de la personne*<sup>102</sup> à son article 5 interdit la discrimination et le harcèlement au travail découlant de "l'existence d'un casier judiciaire" dans le domaine de l'emploi.<sup>103</sup> Le terme "casier judiciaire" est défini à l'article 10 de la façon suivante:

«casier judiciaire» Relevé d'une condamnation pour:

- a) une infraction qui a fait l'objet d'un pardon en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* (Canada) et qui n'a pas été révoqué,
- b) une infraction à une loi provinciale.

L'article 24(b) prévoit une exception d'exigences professionnelles justifiées, laquelle aurait l'effet de permettre des questions portant sur l'existence d'un casier judiciaire dans certaines circonstances, comme dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue. Si ce n'était de cet article, de telles questions seraient interdites par les paragraphes 2 et 3 de l'article 23.

Il est clair que la protection, accordée par le *Code ontarien* à l'égard de la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires ne s'applique pas à la grande majorité des personnes susceptibles d'être affectées par cette forme de discrimination. Quoique les infractions aux lois provinciales soient comprises dans le *Code ontarien*, les infractions au *Code criminel* et autres lois fédérales ne sont couvertes que si l'individu a obtenu une réhabilitation (pardon). Comme nous l'avons démontré dans notre discussion de la *Loi sur le casier judiciaire*, le processus pour obtenir une réhabilitation est lent, difficile et ne bénéficie qu'à un nombre restreint d'ex-délinquants chaque année.<sup>104</sup> L'expérience du Québec et de la Colombie Britannique démontre qu'il n'est pas nécessaire de mettre des barrières aussi difficiles à franchir afin de permettre à un individu de bénéficier d'une disposition anti-discriminatoire. De plus, pour ceux-là mêmes qui ont obtenu une réhabilitation, l'interdiction de la discrimination n'est que relative

<sup>101</sup> Par exemple, la discrimination par les assureurs; voir *Gaétan S. c. La Métropolitaine* (10 mai 1991), Dossier No. Mfl 6007-01/0 (Commission des droits de la personne du Québec).

<sup>102</sup> L.R.O. 1990, c. H-19 (ci-après *Code ontarien*).

<sup>103</sup> L'article 24(4) énonce que l'interdiction de la discrimination à l'art. 5 s'applique également aux agences de placement.

<sup>104</sup> Voir *supra*, aux pp. 466-467. Le *Code ontarien* interdit-il la discrimination envers ceux qui bénéficient du processus automatique de l'art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* en ce qui concerne les absolutions? Il est loin d'être clair que l'art. 6.1 serait considéré comme étant une réhabilitation; voir nos commentaires concernant les modifications apportées par la *Loi modifiant la loi sur le casier judiciaire, supra*, aux sections c(1)(a) et c(1)(c), et particulièrement la note 37.

parce que l'employeur peut toujours avoir recours à une défense basée sur l'exigence professionnelle justifiée prévue à l'article 24.<sup>105</sup>

Tout comme la *Charte québécoise*, le *Code ontarien* est déficient dans le sens où l'interdiction de la discrimination pour ce motif ne s'étend pas aux associations professionnelles. Également, le *Code ontarien* n'interdit pas la discrimination pour ce motif dans la fourniture de services, la location de logements et les contrats.

En résumé, la protection accordée par le *Code ontarien* a une portée tellement étroite que, pour la majorité des personnes susceptibles d'être victimes de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, c'est tout comme si elle n'existait pas du tout. La décision de la Commission d'enquête, dans l'affaire *Lancaster*,<sup>106</sup> qui avait à considérer une plainte de discrimination fondée sur ce motif, démontre bien la faible protection contre la discrimination accordée par le *Code ontarien*. Le commissaire, Dr. D.J. Baum, a conclu que le geste posé par l'employeur en congédiant M. Lancaster n'avait pas été de la discrimination quand il a appris que ce dernier avait été condamné pour vol.<sup>107</sup> Les faits avaient démontré que M. Lancaster avait obtenu une réhabilitation et, pour reprendre les mots mêmes du commissaire, "the facts speak clearly to the point that Mr. Lancaster has rehabilitated himself and is a productive member of the community".<sup>108</sup>

## (5) Les territoires

### (a) Les Territoires du Nord-Ouest

La *Loi prohibant la discrimination*<sup>109</sup> interdit dans tous les domaines de son application — l'emploi, les agences de placement, les syndicats, le logement, les services, les installations et la publicité — la discrimination pour le motif d'"une condamnation pour laquelle un pardon a été obtenu". Dans le domaine de l'emploi, l'article 2(3) prévoit une exception d'exigence professionnelle justifiée qui s'applique à ce motif. En ce qui concerne le domaine de l'emploi, la situation est donc semblable à celle de l'Ontario et les mêmes observations s'appliquent.

<sup>105</sup> À comparer sur ce point, les dispositions fédérales où une réhabilitation est exigée, mais où une fois obtenue l'interdiction de discrimination devient absolue.

<sup>106</sup> *Lancaster c. Zellers inc.* (17 février 1986), (Commission d'enquête, Ontario, non publié).

<sup>107</sup> *Ibid.* Le commissaire semble avoir accepté la position de la compagnie à l'effet qu'elle avait une politique légitime en refusant d'embaucher des employés qui avaient été auparavant congédiés pour vol. Selon le commissaire, la raison pour le congédiement de M. Lancaster avait été le vol et non la condamnation pour le vol pour laquelle il avait obtenu une réhabilitation. Donc, selon la logique du commissaire, le congédiement n'était pas discriminatoire!

<sup>108</sup> *Ibid.*, à la p. 27.

<sup>109</sup> L.R.T.N.O. 1988, c. F-2, comme modifié.

(b) *Le Yukon*

La *Human Rights Act*<sup>110</sup> à l'article 6*i*) énonce que:

It is discrimination to treat any individual or group unfavourably on any of the following grounds:

(i) criminal charges or criminal record.

À l'article 8, la discrimination est interdite dans les domaines des services, de l'emploi, des syndicats et des associations professionnelles, même au sens large, de la location et de la vente de logements et des contrats.

La *Human Rights Act* ne contient aucune définition des termes "criminal charges" ou "criminal record" mais à son article 9 il énonce que:

It is not discrimination if treatment is based on

(a) reasonable requirements or qualifications for the employment,

(b) on a criminal record or criminal charges relevant to the employment.

Au Yukon, la protection contre la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires est relative en ce qui concerne l'emploi mais absolue dans les autres domaines d'application de la *Human Rights Act*.<sup>111</sup>

#### *D. Le problème particulier des questions concernant les antécédents judiciaires et les fausses déclarations*

Un problème particulier qui survient dans les cas de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires réside dans le fait que l'ex-délinquant est, par les circonstances, forcé de mentir lorsque des questions concernant ses antécédents sont permises et qui ne sont néanmoins pas liés à l'emploi postulé. Les études démontrent qu'en principe les employeurs ne sont pas disposés à embaucher des ex-délinquants et, s'ils ont à choisir entre deux postulants, il est fort probable que l'ex-délinquant ne sera pas embauché.<sup>112</sup> L'expérience d'un Monsieur Gibbon, rapportée dans le *Globe and Mail* (le 10 mars 1983) sous le titre "Man returns pardon, wants criminal record back", est le parfait exemple du préjudice subi par un ex-délinquant qui avait été forcé d'admettre ses condamnations bien qu'il avait reçu une réhabilitation. Un postulant, sachant qu'une réponse affirmative à une question concernant l'existence d'un casier judiciaire risque de l'empêcher de se qualifier pour l'emploi, même si l'infraction n'est pas liée à l'emploi, aura souvent tendance à répondre par la négative et se

<sup>110</sup> S.Y. 1987, c. 3.

<sup>111</sup> Une anomalie dans la *Human Rights Act* se retrouve à l'art. 9, "Reasonable cause", qui prévoit des exceptions d'exigences professionnelles justifiées lesquelles ne s'appliquent pas cependant à l'art. 8. En effet, l'art. 8 énonce que la discrimination est interdite "in connection with any aspect of membership in or representation by any trade union, trade association, occupational association, or professional association". Parce que la prohibition de la discrimination contenue à l'art. 8 n'est pas assujettie à l'art. 9, il en résulte que la discrimination est absolument interdite en ce qui concerne les associations occupationnelles et professionnelles, et ce, en dépit de l'existence d'un casier judiciaire ou que des accusations soient liées à l'emploi.

<sup>112</sup> Voir: Lescop et De Massey, *op. cit.*, note 1; Davis, *loc. cit.*, note 23.

retrouvera dans un dilemme sans issue — l'employeur essayant de lui refuser l'emploi ou de le congédier pour le motif de malhonnêteté, en dépit du fait qu'il ne pourrait le faire pour le motif des antécédents judiciaires.<sup>113</sup> La malhonnêteté dans les réponses aux questions concernant les antécédents judiciaires, dans des circonstances particulières, peut être une cause raisonnable de congédiement.<sup>114</sup> Dans *Les Biscuits Associés du Canada Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*,<sup>115</sup> le juge Lajoie a déclaré que:

... si de fausses déclarations sont faites par une postulante à un emploi, en connaissance de cause comme c'est le cas ici, l'employeur est justifié de ne pas garder à son emploi telle personne. Le motif de renvoi est alors, non pas la parenté avec des employés mais les fausses déclarations ...

L'employeur doit pouvoir se reposer sur la franchise de celui ou de celle qui lui sollicite un emploi et conserver le droit de congédier le menteur qui, de propos délibéré, lui a fait de fausses représentations en vue d'obtenir tel emploi.

Ce problème n'est généralement pas considéré par les lois anti-discriminatoires canadiennes. La *Loi sur le casier judiciaire* ne contient pas une disposition formelle permettant à un réhabilité de nier une condamnation pour laquelle une réhabilitation a été accordée.<sup>116</sup> Au niveau de la juridiction fédérale cela ne pose pas de difficulté puisque ce type de question est interdit par la *Loi canadienne*. Au Québec, tandis que l'article 18.1 de la *Charte des droits de la personne* interdit toute question concernant les motifs de distinction prohibés à l'article 10, cet article ne semble pas s'appliquer à l'article 18.2 qui empêche la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires. L'article 8 de la *British Columbia Human Rights Act* comporte la même lacune en permettant que des questions soient posées à l'égard de condamnations n'ayant aucun lien avec l'emploi postulé.<sup>117</sup>

Dans une publication destinée aux employeurs et intitulée "Formules de demande d'emploi et entrevues" (1991), la Commission ontarienne des droits de la personne avise ceux-ci de ne pas faire référence, dans les formules, aux infractions pour lesquelles une réhabilitation aurait été accordée, mais néanmoins les informe que de telles questions pourraient être posées lors de l'entrevue.<sup>118</sup>

La protection accordée par les lois anti-discriminatoires peut être qualifiée de déficiente dans la mesure où elles permettent que des questions portant sur les antécédents judiciaires soient posées même dans les cas où ceux-ci ne sont pas liés à l'emploi.<sup>119</sup>

<sup>113</sup> Voir la discussion de ce problème dans *Re Gould Manufacturing of Canada Ltd. and United Steelworkers*, *supra*, note 25.

<sup>114</sup> Voir *Woodward Stores*, *supra*, note 51, au para. 9844 (décision du British Columbia Human Rights Council) et *supra*, note 49, au para. 11473 (décision du juge MacDonald).  
<sup>115</sup> [1981] C.A. 521, à la p. 525 (Qué. C.A.).

<sup>116</sup> Voir nos commentaires au sujet de disposition déterminative *supra*, note 33.

<sup>117</sup> Voir nos commentaires, *supra*, à la p. 471.

<sup>118</sup> Voir *Lancaster c. Zellers Inc.*, *supra*, note 106, pour un exemple des problèmes découlant d'une telle politique.

<sup>119</sup> Pour une excellente discussion de la discrimination qui en découle du fait que des questions soient posées concernant des antécédents non liés à l'emploi, dans le contexte des

### E. *L'obligation d'accommodement*

Une autre question se pose dans les cas où les exceptions relatives aux exigences professionnelles justifiées prévues dans la *Loi canadienne*, la *British Columbia Human Rights Act*, la *Charte québécoise*, le *Code ontarien*, la *Loi prohibant la discrimination* et la *Human Rights Act* s'appliquent. Existerait-il une obligation d'accommodement de la part d'un employeur quand le motif de distinction est "l'état de personne graciée" ou des antécédents judiciaires? Dans le cas du *Code ontarien*, l'article 24(2) rend obligatoire une obligation d'accommodement de la part d'un employeur dans le cas d'une exigence professionnelle justifiée, et il est clair que cette obligation s'applique dans les cas de discrimination fondée sur le motif du casier judiciaire.<sup>120</sup> Étant donné qu'il n'existe pas une obligation expresse d'accommodement en ce qui concerne les autres lois, il y a donc lieu d'examiner la jurisprudence qui traite de cette question.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c. Simpsons-Sears Limited*,<sup>121</sup> la Cour suprême a reconnu l'existence d'une telle obligation dans le cas de la discrimination par suite d'uneffet préjudiciable<sup>122</sup> et dans les jugements subséquents, c'est-à-dire dans *Bhinder*,<sup>123</sup> *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*,<sup>124</sup> *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*<sup>125</sup>

---

professions aux États-Unis, voir: Deborah Rhode, *Moral Character as a Professional Credential* (1985), 94 *Yale L.J.* 491. Voir aussi: Karnezis, *loc. cit.*, note 33.

<sup>120</sup> Dans les directives de la Commission ontarienne des droits de la personne concernant cet article, la responsabilité d'un employeur de modifier un emploi est discuté de la façon suivante:

Les modifications pouvant être apportées comprennent:

a) les modifications à l'emploi même ou aux conditions d'emploi;

par exemple, si le casier judiciaire d'un candidat est relatif à un vol, l'emploi en question pourrait être modifié de façon à éliminer toute responsabilité relative à la manutention d'argent. Un poste de commis aux marchandises dans un supermarché, dont l'une des fonctions est de remplacer le caissier de temps à autre, peut être modifié de façon à ce que cette responsabilité soit assignée à une autre personne afin de permettre l'embauche du candidat.

Il incombe à l'employeur de prouver qu'une telle modification causerait un préjudice injustifié en changeant de façon substantielle la nature de l'emploi et pourrait affecter la viabilité de l'entreprise. L'évaluation du préjudice injustifié tient compte du coût, des sources extérieures de financement et des exigences en matière de santé et de sécurité.

Voir le document *Exceptions aux dispositions du Code des droits de la personne* (1981), de l'Ontario relatives à l'égalité des droits en matière d'emploi (décembre 1990, Commission ontarienne des droits de la personne).

<sup>121</sup> [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après *O'Malley*).

<sup>122</sup> *O'Malley, ibid.*, à la p. 552.

<sup>123</sup> *Supra*, note 41.

<sup>124</sup> [1989] 2 R.C.S. 1297 (ci-après *Saskatoon*).

<sup>125</sup> [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après *Central Alberta Dairy Pool*).

et *Renaud c. Board of Education of Central Okanagan*,<sup>126</sup> les juges de cette cour ont établi des critères pour déterminer la portée de cette obligation. Il est clair que depuis le jugement de la Cour suprême dans *Central Alberta Dairy Pool* une telle obligation existe également dans toute situation où la loi prévoit une exception d'exigence professionnelle justifiée.<sup>127</sup>

La Cour suprême, en imposant une obligation d'accommodement, reconnaît que cette obligation n'est pas absolue et qu'elle s'arrête au point où l'employeur subirait une contrainte excessive en la remplissant.<sup>128</sup> Quant à la notion d'une contrainte excessive, la Cour a rejeté le critère de *minimis* établi dans l'arrêt *Hardison*<sup>129</sup> aux États-Unis et a fait remarquer que "[i]l faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement".<sup>130</sup> Selon la jurisprudence, les facteurs à considérer pour déterminer si une contrainte est excessive sont: les coûts en termes monétaires,<sup>131</sup> l'importance de l'exploitation,<sup>132</sup> l'atteinte à la convention collective,<sup>133</sup> le moral du

<sup>126</sup> [1992] 2 R.C.S. 970 (ci-après *Renaud*).

<sup>127</sup> Dans *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 125, la Cour était divisée sur le point à savoir si l'obligation d'accommodement s'appliquait également dans les cas de discrimination directe comme dans les cas de discrimination indirecte. Pour une chronique sur cet arrêt voir: David Baker, Chronique de jurisprudence: *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* (1991), 36 R.D. McGill 1450. M. Baker a noté que la même situation peut être facilement qualifiée comme discrimination directe ou indirecte par suite d'un effet préjudiciable.

<sup>128</sup> Voir: *O'Malley*, *supra*, note 121, à la p. 555; *Bhinder*, *supra*, note 41, à la p. 578; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 125, aux pp. 520-521, 529; *Renaud*, *supra*, note 126, aux pp. 195-198.

<sup>129</sup> *Transworld Airways Inc. c. Hardison*, 97 S. Ct. 2264 (1977).

<sup>130</sup> *Renaud*, *supra*, note 126, à la p. 197. Voir aussi les commentaires du Professeur Pentney dans *Gohm c. Domtar Inc.* (1990), 90 C.L.L.C. 16,268, à la p. 16,285.

<sup>131</sup> Ce facteur a été mentionné explicitement ou implicitement dans *O'Malley*, *supra*, note 121; *Bhinder*, *supra*, note 41; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 125; *Renaud*, *supra*, note 126. Pour une discussion des moyens de calcul voir: Guidelines for Assessing Accommodation Requirements for Persons With Disabilities Under the Ontario Human Rights Code, 1981, as Amended (La Commission des droits de la personne de l'Ontario, 1989), au para. K; voir aussi l'*Americans With Disabilities Act* of 1990, 42 U.S.C.A. § 12111(10)(B) où ce facteur a été traité de façon détaillée.

<sup>132</sup> Le juge McIntyre a inclus ce facteur implicitement dans ses commentaires dans *O'Malley*, *supra*, note 121, aux pp. 554-559. Le juge Wilson l'avait mentionné expressément dans *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 125, à la p. 521. Il est également implicite dans les commentaires du juge Sopinka dans le même arrêt, à la p. 529.

<sup>133</sup> Le juge Wilson a mentionné ce facteur dans *Central Alberta Dairy Pool*, *ibid.*, à la p. 521, sans élaboration. Le juge Sopinka l'a considéré dans *Renaud*, *supra*, note 126, aux pp. 201 à 209, où il a fait une distinction entre la situation où le syndicat avait aidé à créer le problème de la discrimination, et la situation où le syndicat gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. Dans la première situation, le syndicat partageait conjointement avec l'employeur une obligation d'accommodement, tandis que dans la deuxième situation, l'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accommodement possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu être trouvée. Voir aussi les commentaires de Béatrice Vizkeleky dans *Human Rights — Discrimination in Employment — Reasonable Accommodation Revisited: Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* (1991), 70 R. du B. can. 335, à la p. 344.

personnel,<sup>134</sup> l'interchangeabilité du personnel et des installations<sup>135</sup> et la sécurité du public ou des co-employés et leur intégrité physique.<sup>136</sup>

Jusqu'à maintenant, les décisions de la Cour suprême traitant de l'obligation d'accommodement concernaient la discrimination indirecte fondée sur les croyances religieuses, et l'accommodement requis n'exigeait rien de plus pour l'employeur que de changer l'horaire de travail afin que les employés puissent observer le jour du sabbat ou autre journée religieuse.<sup>137</sup> Dans le cas de la discrimination fondée sur des antécédents judiciaires, si une obligation d'accommodement s'impose, elle sera potentiellement plus onéreuse que dans les cas traités par la Cour jusqu'à maintenant. Par exemple, si un employeur insistait pour que l'exigence des bonnes moeurs ou de bonne conduite soit une exigence professionnelle justifiée pour un poste particulier, serait-il obligé de composer avec l'employé en lui offrant un poste qui ne comporte pas cette exigence? Quoique les directives de la Commission ontarienne des droits de la personne indiquent que la réponse doit être affirmative, la jurisprudence ne nous permet pas d'être précis quant à l'étendue de l'obligation d'accommodement dans les autres juridictions lorsque le motif de discrimination repose sur les antécédents judiciaires.<sup>138</sup>

## II. *L'article 15(1) de la Charte: le motif des antécédents judiciaires comme un motif analogue de discrimination*

Compte tenu des protections déficientes contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires en Colombie-Britannique, au Québec, en Ontario, dans les Territoires ainsi que dans la juridiction fédérale, et considérant l'absence totale de protection contre la discrimination pour ce motif dans les

<sup>134</sup> Le juge Wilson avait mentionné ce facteur dans *Central Alberta Dairy Pool*, *ibid.*, à la p. 521. Voir aussi les commentaires du juge Sopinka sur ce facteur dans *Renaud*, *ibid.*, aux pp. 201 à 203.

<sup>135</sup> Dans *Central Alberta Dairy Pool*, *ibid.*, le juge Wilson a mentionné ce facteur expressément, à la p. 521, et le juge Sopinka par implication, aux pp. 528-529. Évidemment, l'importance de ce facteur variera avec l'importance de l'entreprise et nous pensons que le standard de tolérance de la discrimination serait plus élevé pour des petites entreprises où le personnel n'est pas interchangeable.

<sup>136</sup> Ce facteur est plutôt justificatif d'une EPN, mais il a été inclus par le juge Wilson dans *Central Alberta Dairy Pool*, *ibid.*, à la p. 521, comme facteur à considérer quant à la contrainte excessive.

<sup>137</sup> Ces arrêts sont les suivants : *O'Malley*, *supra*, note 121; *Bhinder*, *supra*, note 41; *Central Alberta Dairy Pool*, *ibid.*; *Renaud*, *supra*, note 126. Les autres arrêts où la Cour suprême a été appelée à traiter de la question d'EPN concernaient la discrimination fondée sur l'âge (*Etobicoke*, *supra*, note 39 et *Saskatoon*, *supra*, note 124) ou le statut civil (*Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279 (ci-après *Brossard*)). Dans ces arrêts, la Cour n'avait pas à imposer des mesures accommodatrices. Dans *Brossard* et *Etobicoke* la règle a été invalidée, tandis que dans *Saskatoon*, le juge Sopinka a décidé que la règle était raisonnable.

<sup>138</sup> Pour des discussions plus détaillées de l'obligation d'accommodement, voir les éditions spéciales du *Canadian Labour Law Journal* (1992), vol. 1, nos. 1, 2 et 3, aux pp. 1-340.

autres juridictions canadiennes, il y a lieu d'examiner si la discrimination pour ce motif est interdite par l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.<sup>139</sup> Quoique le motif des antécédents judiciaires<sup>140</sup> ne soit pas énuméré parmi les motifs de discrimination à l'article 15(1), il faut néanmoins décider si ce motif est un motif analogue selon les critères énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>141</sup> and *R. v. Turpin*.<sup>142</sup> Si nous arrivons à la conclusion que le motif des antécédents judiciaires est effectivement un motif analogue, la question de la constitutionnalité des lois — particulièrement les lois concernant les droits de la personne — permettant ainsi de la discrimination pour ce motif se soulèvera donc. Il y a lieu, premièrement, de considérer si la discrimination pratiquée par les divers gouvernements au Canada est justifiée selon l'article 1 de la Charte. Deuxièmement, il y aurait lieu d'examiner les lois anti-discriminatoires canadiennes en fonction du degré de leur conformité avec l'article 15(1) de la Charte. S'il y a violation de l'article 15(1), est-ce que l'État peut la justifier en vertu de l'article 1? Dans le cas contraire, quels seraient alors les remèdes : une déclaration de l'inconstitutionnalité ou une interprétation large pour étendre le champ d'application pour en inclure ce motif de distinction?

#### A. Les motifs analogues de discrimination

Avant de considérer les critères découlant de l'arrêt *Andrews* et les décisions subséquentes de la Cour suprême afin de déterminer si un motif de distinction est un motif analogue de discrimination selon l'article 15(1), il serait approprié de rappeler les mots du juge McIntyre quant à l'objet de cet article:<sup>143</sup>

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

Le juge McIntyre a continué dans *Andrews* en avançant une définition de la discrimination aux fins de l'article 15(1):<sup>144</sup>

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques

<sup>139</sup> *Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B*, 1982 (R.-U), c. 11, art. 52. La *Charte* vise essentiellement les rapports entre les gouvernements et les particuliers. Voir: l'article 32 de la *Charte* et l'interprétation de la Cour suprême dans *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174.

<sup>140</sup> Dans cette partie, l'expression "antécédents judiciaires" comprendra aussi "l'état d'une personne graciée" terme utilisé dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour décrire le motif de discrimination interdit, ainsi que "l'existence d'un casier judiciaire" l'expression utilisée dans le *Code ontarien*.

<sup>141</sup> [1989] 1 R.C.S. 143 (ci-après *Andrews*).

<sup>142</sup> [1989] 1 R.C.S. 1296 (ci-après *Turpin*).

<sup>143</sup> *Andrews, supra*, note 141, à la p. 171.

<sup>144</sup> *Ibid.*, aux pp. 174-175.

personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou d'un groupe d'individus, des obligations ou des désavantages non imposées à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discrimination, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Selon le juge McIntyre:<sup>145</sup>

Les motifs énumérés au par. 15(1) ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées.

Le juge McIntyre était d'opinion que la distinction fondée sur la citoyenneté dans la *Barristers and Solicitors Act*,<sup>146</sup> qui empêchait ceux qui n'avaient pas la citoyenneté canadienne d'être admis à la pratique du droit, était discriminatoire au sens de l'article 15(1). Il a dit:<sup>147</sup>

À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15.

Le juge Wilson, dans son jugement majoritaire, a indiqué qu'elle était d'accord avec le juge McIntyre sur ce point et elle a ajouté un commentaire où elle explique pourquoi la discrimination fondée sur le motif de citoyenneté est un motif analogue. Même si le passage est long il vaut la peine de le reproduire ici parce qu'il est directement pertinent à l'argument que le motif des antécédents judiciaires est analogue à ceux énumérés à l'article 15(1):<sup>148</sup>

Comparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [traduction] «ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus» : voir J.H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 151. Pour ne citer que l'exemple de plus évident, ceux qui n'ont pas la citoyenneté n'ont pas le droit de vote. Le risque qu'ils deviennent un groupe défavorisé dans notre société est illustré par l'observation de John Stuart Mill, dans le troisième livre des *Considerations on Representative Government*, selon laquelle [traduction] «en l'absence de leurs défenseurs naturels, les intérêts des exclus risquent toujours d'être négligés ...» (sic). Par conséquent, je suis d'avis que les

<sup>145</sup> *Ibid.*, à la p. 175. Le juge McIntyre a noté que les motifs énumérés "traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement".

<sup>146</sup> R.S.B.C. 1979, c. 26, remplacée par la *Legal Profession Act of British Columbia*, S.B.C. 1987, c. 25.

<sup>147</sup> *Andrews, supra*, note 141, à la p. 183.

<sup>148</sup> *Ibid.*, aux pp. 152-153. (Mots soulignés par l'auteur de l'article). Le juge Wilson était aussi d'accord avec le juge McIntyre qu'il n'était pas nécessaire, référence faite à l'affaire *Andrews*, de fixer la limite des motifs visés par l'art. 15. Pour une critique de l'approche de la Cour suprême dans *Andrews* voir: D. Gibson, *Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next To Nothing* (1991), 29 Alta. L.R., aux pp. 772-791.

personnes qui n'ont pas la citoyenneté font partie d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'article 15. Je tiens en outre à souligner qu'il s'agit là d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Bien que les législatures doivent inévitablement établir des distinctions entre les gouvernés, ces distinctions ne devraient pas causer des désavantages à certains groupes ou individus, ni renforcer les désavantages dont ils sont victimes, en les privant des droits consentis librement aux autres.

Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. ... En énumérant des motifs précis à l'art. 15, les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé ces préoccupations en 1982, mais ils se sont aussi attardés aux difficultés que connaissent les gens défavorisés en raison de leur origine ethnique, de leur couleur, de leur sexe, de leur âge et de déficiences mentales ou physiques. On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui. Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir.

Dans *Turpin*,<sup>149</sup> le juge Wilson discute à nouveau du problème des motifs analogues de discrimination et elle remarque:

À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

En rejetant l'argument des appelants, selon lequel la distinction faite quant au mode de procès prévu par le *Code criminel* était discriminatoire, le juge Wilson a dit que ce "serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de 'minorité discrète et isolée' les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'article 427 du *Code criminel*".<sup>150</sup> Dans ses explications, selon lesquelles ces personnes ne sont pas considérées comme étant une "minorité discrète et isolée", le juge Wilson éclaire un peu plus les facteurs déterminants quant à l'application de l'article 15(1) dans les cas de discrimination fondée sur des motifs qui n'y sont pas énumérés.<sup>151</sup>

Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant

<sup>149</sup> *Supra*, note 142, à la p. 1332. Dans *Turpin* la question de discrimination concernait les art. 429 et 430 du *Code criminel* qui, avant les modifications de 1985, prévoyaient la possibilité d'un procès par juge seul en Alberta mais non pas dans les autres provinces. La Cour a conclu que ces dispositions n'étaient pas discriminatoires au sens de l'art. 15(1).

<sup>150</sup> *Ibid.*, à la p. 1333.

<sup>151</sup> *Ibid.*, à la p. 1333. (Mots soulignés par l'auteur de l'article). La décision de la Cour suprême dans *Re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922, où la question de discrimination concernait le fait que le droit à une indemnisation interdisait toute autre action, semble avoir suivi le même raisonnement. Malheureusement, le jugement n'avait pas donné de raisons sauf dire, à la p. 924, que "[l]a situation des travailleurs et des personnes à charge en l'espèce n'est aucunement analogue aux situations énumérées au par. 15(1) ...".

contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tels que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation des personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'article 427, avec celles des personnes ainsi accusées en Alberta.

Les critères énoncés dans *Andrews* et *Turpin* ont été réitérés par la Cour chaque fois que la question des motifs analogues a été considérée. Également, les cours inférieures ont appliqué ces critères pour étendre le champ des distinctions illicites afin d'inclure, par exemple, l'homosexualité.<sup>152</sup>

### B. Les antécédents judiciaires comme motif analogue de discrimination

En appliquant les critères énoncés dans les arrêts *Andrews* et *Turpin*, pouvons-nous conclure que les antécédents judiciaires, en tant que motif de discrimination, sont un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15(1)? Il appert que les propos du juge Wilson, en ce qui regarde la citoyenneté comme motif de discrimination dans l'arrêt *Andrews*, pourraient être également applicables au motif des antécédents judiciaires. Les indices de discrimination mentionnés dans *Turpin* s'appliquent à la situation de toute personne possédant des antécédents judiciaires. Il est facile de trouver "des stéréotypes" concernant les individus ayant des antécédents judiciaires car la culture populaire abonde de ces images négatives; de plus, nos lois offrent amplement d'exemples de dispositions traitant de façon négative ceux qui ont eu des démêlés avec le système judiciaire.<sup>153</sup> Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, historiquement l'ex-délinquant a toujours été désavantagé et les diverses lois qui régissent notre société perpétuent cet état de choses même aujourd'hui.<sup>154</sup> En ce qui concerne les préjugés politiques ou sociaux, nous pouvons considérer l'ensemble des dispositions où la discrimination pour ce motif a force de loi,<sup>155</sup> alors que les enquêtes menées auprès des employeurs révèlent la prépondérance des attitudes négatives toujours présentes à l'égard des ex-délinquants.<sup>156</sup>

Il y a un autre aspect à considérer lorsque l'on parle des désavantages des ex-délinquants, c'est-à-dire l'origine sociale et ethnique. Il a été démontré à maintes reprises que la plupart des personnes appartenant à ce groupe proviennent des classes démunies de notre société<sup>157</sup> et que le pourcentage relatif à l'origine

<sup>152</sup> *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (Ont. C.A.) (ci-après *Haig*).

<sup>153</sup> Voir *supra*, aux pp. 460-461, et particulièrement les notes 19 à 21.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Selon le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, note 141, à la p. 173, "la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi".

<sup>156</sup> Voir *supra*, aux pp. 460-461, et particulièrement les notes 23 et 25.

<sup>157</sup> Voir *supra*, notes 23 et 25; voir aussi: M. Jackson, *Locking up Natives in Canada* (1989), 23 U.B.C. Law Review 215. Dans *André Mercier c. La Ville de Beauport, supra*, note 67, aux para. 5837-5839 (C.H.R.R.), le juge Desjardins a admis qu'il y avait un lien entre le milieu socio-économique défavorisé et la criminalité mais il a rejeté l'idée que ce facteur était pertinent à la détermination de la question de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires.

ethnique est élevé. Quoique les services policiers du Canada ne divisent plus leurs statistiques criminelles selon l'origine ethnique, il a été reconnu depuis longtemps que dans le système carcéral le pourcentage des autochtones est très élevé.<sup>158</sup> Il n'est pas déraisonnable de conclure que les désavantages occasionnés par des antécédents judiciaires frapperaient plus durement des autochtones que des Canadiens d'origine européenne. Aux États-Unis, l'effet préjudiciable d'une politique empêchant l'embauche de personnes qui ont été arrêtées plusieurs fois sans pour autant avoir été condamnées avait déjà été jugé comme étant discriminatoire au sens de la *Civil Rights Act of 1964* en raison des ses effets disproportionnés sur les personnes de race noire.<sup>159</sup>

Il nous reste à considérer si les distinctions faites sur la base des antécédents judiciaires sont "fondées sur les mérites et capacités d'un individu" ou si elles sont plutôt "fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe". Selon le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, les distinctions sont "presque toujours taxées de discrimination" dans le dernier cas, tandis que dans le premier cas, elles "le sont rarement".<sup>160</sup>

Nous sommes ici dans un domaine où la caractérisation peut jouer un rôle déterminant sur la question de discrimination parce que les mêmes facteurs peuvent être considérés comme étant des caractéristiques personnelles (ce qui équivaut à de la discrimination selon le juge McIntyre) ou au contraire comme servant à déterminer le mérite ou la capacité d'un individu (ce qui n'équivaudrait pas à de la discrimination, selon le juge McIntyre). Diverses dispositions contenues dans les lois fédérales et provinciales, contenant des dispositions discriminatoires envers les ex-délinquants, sont basées sur des caractéristiques personnelles — par exemple, le simple fait d'avoir été condamné — sans égard aux questions du mérite ou de la capacité ou du lien avec l'emploi. Selon la définition du juge McIntyre, une telle distinction serait discriminatoire et irait à l'encontre de l'article 15(1). D'autre part, il est facile de trouver des situations où la distinction est fondée sur le mérite ou la capacité de l'individu — par exemple, l'exigence qu'un conducteur d'autobus n'ait pas d'antécédents judiciaires reliés à la conduite d'un véhicule, telles des condamnations pour conduite en état d'ivresse.<sup>161</sup> C'est ce genre de lien qui est prévu aux articles 18.2 de la *Charte québécoise* et 8(4) de la *British Columbia Human Rights Act* et qui a inspiré l'interprétation judiciaire concernant ce type de discrimination dans ces deux provinces.

<sup>158</sup> Voir: Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, vol. 1, The Justice System and Aboriginal People (1991), pp. 85-88, 101-105. Voir également Jackson, *ibid.*

<sup>159</sup> *Gregory c. Litton Systems, Inc.*, 316 F. Supp. 401 (1970) (U.S.D.C., C.D. Cal.).

<sup>160</sup> *Andrews, supra*, note 141, aux pp. 174-175.

<sup>161</sup> Cet exemple a été donné par la Commission ontarienne des droits de la personne dans ses directives concernant l'art. 23 du *Code ontarien* publiées en décembre 1990, et intitulées Exceptions aux dispositions du Code des droits de la personne (1981) de l'Ontario relatives à l'égalité des droits en matière d'emploi.

L'argument — retenu par le juge Desjardins dans *André Mercier c. Ville de Beauport*,<sup>162</sup> selon lequel les distinctions fondées sur les antécédents judiciaires ne méritent pas la même considération que les distinctions fondées sur les motifs de l'état civil, la religion ou les convictions politiques parce que les premières sont le résultat de “gestes illicites posés volontairement par la personne”, tandis que les dernières sont le résultat de “gestes posés légitimement en conformité avec les libertés fondamentales de la personne”<sup>163</sup> — met en relief la question de faute personnelle qui distingue cette forme de discrimination. Est-ce que le juge Desjardins a fait une distinction valable et sur laquelle le droit à l'égalité doit reposer? Est-ce que la discrimination devient légitime lorsque la personne a eu à un certain moment donné un choix à faire et qu'à partir de ce moment ce choix aura comme résultat qu'il sera désormais considéré comme faisant partie du groupe contre qui la discrimination est pratiquée? À notre avis, ceci est un faux débat qui ne peut que servir à perpétuer la discrimination en blâmant les victimes de discrimination pour la discrimination pratiquée contre eux. Si la protection contre la discrimination reposait sur l'absence d'une faute personnelle cela impliquerait une enquête afin de déterminer pourquoi l'individu est membre d'un groupe et de quelle manière il a contribué à la situation dans laquelle il se trouve. Selon cet argument, si un individu qui était devenu un handicapé à la suite d'un accident d'automobile en raison de son état d'ivresse, son handicap serait attribuée à cette cause et donc à sa faute et il ne mériterait pas d'être protégé contre la discrimination en raison de ce handicap. Dans la même ligne de pensée, un individu qui est pauvre ne mériterait pas d'être protégé si la cause de sa pauvreté pouvait lui être attribuée. La liste de tels exemples pourrait être longue. La définition de discrimination, avancée par le juge McIntyre et acceptée par les autres juges de la Cour suprême dans *Andrews*, ne repose pas sur la question de faute personnelle.

### C. Les justifications possibles en vertu de l'article 1

Conclure qu'une règle de droit<sup>164</sup> est discriminatoire au sens de l'article 15(1) de la *Charte* aura pour effet de la rendre inopérante en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elle ne peut pas être justifiée en vertu de l'article 1. Selon l'article 1, une limite du droit à l'égalité doit être une limite raisonnable “dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique”. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*,<sup>165</sup> le juge en chef Dickson a élaboré un test en deux étapes: premièrement, la mesure législative contestée doit se rapporter à des préoccupations “urgentes et réelles”, et la deuxième étape comporte l'application d'un critère de proportionnalité qui

<sup>162</sup> *Supra*, note 67.

<sup>163</sup> *Ibid*, aux para. 5855-5860 (C.H.R.R.).

<sup>164</sup> Quant au notion de règle de droit, voir la décision de la Cour suprême dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et les critiques de Serge Gaudet, *La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés: commentaires sur l'affaire Slaight Communications Inc. c. Davidson* (1990), 20 R.D.U.S. 448.

<sup>165</sup> [1986] 1 R.C.S. 103 (ci-après *Oakes*).

comporte à son tour normalement trois aspects: (1) les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec l'objectif; (2) les mesures restrictives doivent porter le moins possible atteinte au droit en question; et (3) les mesures ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.<sup>166</sup>

Les diverses dispositions législatives qui interdisent, de façon générale, des emplois dans le secteur public et dans les secteurs réglementés aux individus ayant des antécédents judiciaires satisfaisaient difficilement les critères de raisonabilité et de proportionnalité. L'expérience avec l'article 18.2 de la *Charte québécoise* et un article semblable dans la législation de la Colombie-Britannique nous suggère la manière de procéder. Dans cette optique, le test de *Oakes* appliqué dans un contexte de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires aurait probablement pour fondement les critères appliqués au Québec et en Colombie Britannique afin de déterminer s'il y a un lien valide entre l'infraction et l'emploi. Le juge McIntyre, dans l'arrêt *Andrews*, a remarqué que "les principes qui ont été appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également à l'examen des questions de discrimination au sens du par. 15(1)".<sup>167</sup>

Cependant la question de savoir si une disposition législative ou un règlement particulier passerait le test de l'article 1 dépendrait généralement des faits et circonstances en jeu. Plus une distinction est fondée sur une caractérisation stéréotypée des individus ayant des antécédents judiciaires, plus elle sera difficile à justifier comme étant raisonnable et proportionnelle. Quant à la discrimination envers les individus ayant obtenu une réhabilitation, il est fort douteux que les dispositions discriminatoires contenues dans les lois provinciales puissent subir le test de raisonabilité ou de proportionnalité de l'article 1, compte tenu de l'interdiction absolue en vigueur dans la juridiction fédérale.<sup>168</sup> Si le gouvernement fédéral, compte tenu de ses responsabilités dans le domaine de la sécurité nationale, des pénitenciers, de la monnaie et des banques, ne trouve pas nécessaire de faire une telle distinction dans les cas des réhabilités, il sera difficile pour un gouvernement provincial, ayant des responsabilités où les questions de sécurité ne sont pas du même ordre, de justifier des dispositions discriminatoires dans le cas d'individus ayant obtenu une réhabilitation.

#### D. *Les redressements*

Conclure que les antécédents judiciaires sont un motif de discrimination analogue à ceux énumérés à l'article 15(1) de la *Charte* aurait potentiellement des effets sur les lois concernant les droits de la personne actuellement en vigueur au Canada. Dans l'appréciation de l'étendue des effets possibles, il y a lieu de distinguer entre les juridictions ayant des dispositions concernant la

<sup>166</sup> *Ibid.* aux pp. 138-139.

<sup>167</sup> *Supra*, note 141, à la p. 175.

<sup>168</sup> Au Québec également, l'article 18.2 semblerait être absolu en ce qui concerne les réhabilités, voir *supra*, aux pp. 474-477.

discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, tels le Canada (fédéral), la Colombie-Britannique, le Québec, l'Ontario et les Territoires, et les juridictions n'ayant pas de telles dispositions: Terre Neuve, la Nouvelle Écosse, le Nouveau Brunswick, l'Île du Prince Édouard, la Saskatchewan et l'Alberta. Dans le premier cas, il serait possible d'attaquer la disposition discriminatoire, pour le motif des antécédents judiciaires, comme n'étant pas en conformité avec l'article 15(1) de la *Charte*; une cour aurait alors l'option de l'invalider<sup>169</sup> ou de lui donner une interprétation plus large<sup>170</sup> afin que cette disposition soit consistante avec la *Charte*. Dans le dernier cas, où il n'y a pas de telle disposition, il serait possible d'avancer un argument fondé sur la décision de la Cour suprême dans *Schachter*,<sup>171</sup> et appliquée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Haig*<sup>172</sup> dans le domaine des droits de la personne.

Dans *Schachter*, où la discrimination concernait le fait que les parents naturels ne bénéficiaient pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, la Cour suprême a décidé que les tribunaux avaient un pouvoir limité, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application. Le juge Lamer a discuté de la solution à appliquer quand l'incompatibilité avec la *Charte* découle de ce que la loi exclut à tort:<sup>173</sup>

Si l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut, la déclaration d'invalidité de cette incompatibilité peut avoir pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif en question. La portée de la loi est ainsi étendue par interprétation large au lieu de recevoir une interprétation atténuée.

La Cour était d'opinion que, s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif pour que la *Charte* soit respectée, elle ne doit pas entraîner un empiétement si important qu'il modifie la nature du régime législatif. Selon la Cour, il faut considérer la taille relative du groupe non inclus avec celui du groupe initialement inclus, ainsi que les conséquences financières, le cas échéant. Selon le juge en chef Lamer, il est aussi nécessaire de se demander si le législateur aurait adopté la partie de la disposition acceptable sans la partie inacceptable avant de conclure qu'une interprétation large est le redressement approprié. Le fait que les objets de la Constitution favorisent le maintien de la

<sup>169</sup> Considérons le déroulement dans *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A. Ont.), où l'art. 19 du *Code ontarien des droits de la personne*, S.O. 1981, c. 53, permet la discrimination fondée sur le sexe dans le domaine des activités sportives, a été dissociable de l'art. 1. Une fois que l'article permettant la discrimination pour le motif du sexe a été cassé il est devenu possible pour la plaignante d'utiliser le *Code ontarien* pour attaquer directement la discrimination pratiquée par l'*Ontario Hockey Association* fondée sur ce motif; voir *Blainey c. Ontario Hockey Association* (1987), [1988] 9 C.H.R.R. D/4549 (Commission d'enquête, Ont.)

<sup>170</sup> Voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 (ci-après *Schachter*) et *Haig, supra*, note 152.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> *Supra*, note 152.

<sup>173</sup> *Supra*, note 170, à la p. 698.

partie acceptable renforcerait la supposition que le législateur l'aurait adoptée sans la partie inacceptable.<sup>174</sup>

Dans l'arrêt *Haig*, le juge Krever, pour un banc unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, a conclu que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de discrimination dans l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* privait les homosexuels des avantages et bénéfices disponibles aux autres personnes en vertu de cette loi et, compte tenu des désavantages historiques des homosexuels, cet article était lui-même discriminatoire au sens de l'article 15(1) de la *Charte* — le juge Krever ayant préalablement déterminé que le motif d'orientation sexuelle était analogue aux motifs énumérés. Le raisonnement du juge Krever arrivant à la conclusion que l'omission est discriminatoire est intéressant.<sup>175</sup>

One need not look beyond the evidence before us to find disadvantage that exists apart from and independent of the legal distinction created by the omission of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination in s. 3(1) of the Canadian Human Rights Act. The social context which must be considered includes the pain and humiliation undergone by homosexuals by reason of prejudice towards them. It also includes the enlightened evolution of human rights social and legislative policy in Canada, since the end of the Second World War, both provincially and federally. The failure to provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homosexual members of society, and the possible inference from the omission that such treatment is acceptable, create the effect of discrimination offending s. 15(1) of the Charter.

Dans *Haig*, le juge Krever était d'opinion que le fait d'ajouter l'orientation sexuelle comme motif de discrimination à l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne changerait pas "the nature of the legislative scheme created by the Act", et serait en accord avec l'objet de cette loi telle qu'énoncé à l'article 2,<sup>176</sup> compte tenu du fait que, autrement, la solution aurait été l'annulation en totalité de l'article 3 : "to read into s. 3(1) the words 'sexual orientation' would be less intrusive than the total destruction of the objective that would result from striking the provision down. Reading in not only leaves the purpose of the Act intact but it enhances it by making it conform to Charter values".<sup>177</sup>

Le juge Krever a aussi considéré la taille relative du groupe exclu en comparaison avec le groupe inclus et il a fait remarquer que "the group to be added is significantly smaller than the group now benefitting".<sup>178</sup> Quant au dernier point discuté par le juge en chef Lamer dans *Schachter* — si le législateur aurait adopté la partie de la disposition acceptable sans la partie inacceptable — le juge Krever a conclu ainsi:<sup>179</sup>

<sup>174</sup> *Ibid.*, à la p. 174. Des considérations d'espace ne nous permettent pas de considérer de façon plus détaillée l'arrêt *Schachter*. Le raisonnement est plus complexe que le bref résumé présenté ici pour les fins de la présente étude.

<sup>175</sup> *Haig*, *supra*, note 152, à la p. 503. (Mots soulignés par l'auteur de l'article).

<sup>176</sup> *Ibid.*, à la p. 507.

<sup>177</sup> *Ibid.*, à la p. 506.

<sup>178</sup> *Ibid.* à la page 507.

<sup>179</sup> *Ibid.*, à la p. 508. Le raisonnement dans *Haig* a été appliqué par la Commission d'enquête établie en vertu du *Code ontarien* dans l'affaire *Leschner c. Ontario* (No. 2)

As I have already pointed out, enlightened human rights legislative policy has evolved in this country. It is now an integral part of our social fabric. It is therefore inconceivable to me that Parliament would have preferred no human rights Act over one that included sexual orientation as a prohibited ground of discrimination.

Selon nous, le raisonnement du juge Krever dans *Haigs* s'applique également aux antécédents judiciaires comme motif de discrimination puisque les mêmes facteurs s'appliquent dans les deux cas: l'existence de désavantages historiques hormis la distinction faite dans la loi en question, un groupe exclu moins important que le groupe inclus, et l'évolution des lois anti-discriminatoires vers une reconnaissance de ce motif et la consistance de celui-ci avec l'objet anti-discriminatoire de ces lois. On pourrait difficilement conclure qu'ajouter le motif des antécédents judiciaires changerait la nature des lois anti-discriminatoires quand il est déjà inclus, sous une forme ou une autre, dans les lois des juridictions les plus importantes du Canada.

Le fait d'inclure les antécédents judiciaires comme motif de discrimination en donnant une interprétation large aux lois anti-discriminatoires, dans le cas des juridictions n'ayant pas actuellement de telles dispositions, n'aurait pas l'effet de créer une interdiction absolue, parce que, dans les situations où l'individu n'aurait pas obtenu une réhabilitation, celui-ci resterait assujéti aux exigences professionnelles justifiées qui s'appliquent en règle générale dans ces lois. Dans les cas où l'individu a obtenu une réhabilitation, il serait difficile de justifier une exigence professionnelle et on considère l'interdiction absolue. Dans le cas des juridictions ayant de telles dispositions qui seraient jugées ne pas être en accord avec l'article 15(1), la tâche serait plutôt de les interpréter de façon à les accorder avec le principe d'égalité énoncé par cet article.<sup>180</sup>

### Conclusion

Les lois anti-discriminatoires canadiennes sont généralement déficientes quant à la protection accordée contre la discrimination pour le motif des antécédents judiciaires, et ce, même dans le cas de juridictions où les codes des droits de la personne interdisent la discrimination pour ce motif. C'est ainsi que les individus ayant des antécédents judiciaires ne jouissent pas du même niveau de protection que des individus membres de groupes historiquement victimes de la discrimination pour des motifs tels le sexe, l'origine ethnique ou les croyances religieuses. L'on peut comprendre la réticence du législateur à vouloir légiférer en faveur d'un groupe n'ayant aucun poids politique, il n'en demeure pas moins étonnant de constater aujourd'hui que le législateur et l'administration publique

(1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Commission d'enquête), où la Commission d'enquête avait interprété "marital status" comme comprenant un couple de même sexe. Voir *Canada (P.G.) c. Mossop* (1993), 149 N.R. 1 (C.S.C.) où la Cour a remarqué le fait que l'approche dans l'arrêt *Haig* n'avait pas été soulevée par le plaignant.

<sup>180</sup> Évidemment, il existe toujours la possibilité que dans les cas particuliers le tribunal accorderait un sursis aux législatures afin que celles-ci amendent leurs lois pour se conformer à l'article 15(1). La Cour suprême a choisi cette approche dans *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; voir aussi *Dixon c. British Columbia (A.G.)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (B.C.S.C.).

sont les auteurs d'une discrimination directe et indirecte envers un groupe qui représente facilement 10 % de la population canadienne. On a démontré que l'excuse traditionnelle, c'est-à-dire la sécurité publique, ne justifiait pas les politiques discriminatoires.

Bien que les amendements récents apportés à la *Loi sur le casier judiciaire* représentent une étape dans le processus de redressement du problème de la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, il est évident que cette question est loin d'être prioritaire en ce qui concerne les législatures canadiennes. Quoique cet article ait démontré les lacunes que l'on retrouve dans les lois anti-discriminatoires canadiennes à cet égard, le redressement qui s'impose ne doit pas être uniquement l'affaire de nos législateurs. Il est suggéré qu'un tribunal peut se fonder sur l'article 15(1) de la *Charte canadienne* afin d'interpréter les codes des droits de la personne comme comprenant le motif des antécédents judiciaires. Il est clair que ce motif rencontre les critères énoncés par la Cour suprême et, de ce fait, doit être considéré comme un motif analogue aux motifs énumérés à l'article 15. Il n'y a rien de surprenant dans une telle approche lorsque l'on considère la décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Haig*, de considérer l'orientation sexuelle comme étant un motif de discrimination. Selon nous, une interprétation large des codes des droits de la personne afin d'inclure ce motif de discrimination serait consistant avec l'approche de nos tribunaux à l'égard de l'interprétation des lois anti-discriminatoires, qui consiste à reconnaître leur nature spéciale et à promouvoir leurs fins générales.