

LA CULTURE DE LA COMMON LAW AU-DELÀ DU 20^E SIÈCLE : COMMENT LE DROIT DES DÉLITS PEUT-IL RÉPONDRE AUX BESOINS D'UNE SOCIÉTÉ PLURALISTE

Lucie Léger*

Cet article se veut une exploration de comment le droit de la responsabilité civile pourrait mieux répondre aux besoins et aux aspirations égalitaires d'une société canadienne de plus en plus pluraliste. À partir des anciennes notions de justice préconisées par les sociétés traditionnelles et les groupes de minorités ethniques et raciales, il est possible de déceler un objectif ou une valeur fondamentale qui revient dans la plupart de ces conceptions de la justice : l'importance de préserver et de maintenir l'harmonie et la paix sociale dans la communauté.

Cette valeur fondamentale n'est pas contraire aux objectifs originels du droit anglo-canadien en matière de responsabilité civile. Les délits nommés les plus anciens, tels les atteintes à la personne, visaient également à promouvoir un maintien de la paix sociale dans la communauté. Il est donc possible de constater à prime abord qu'il n'y a pas contradiction fondamentale entre les objectifs originaux de la common law et ceux des sociétés non anglo-saxonnes.

En l'absence de contradiction fondamentale, une façon possible de réunir ces objectifs communs, tout en essayant de contribuer au projet égalitaire et de respecter les divers objectifs des communautés intéressées, serait de créer un délit nommé de dis-

This article intends to explore how tort law could better meet the needs and aspirations of equality of a Canadian society which is increasingly pluralist. In the more ancient and/or customary notions of justice advocated by traditional societies as well as ethnic and racial minority groups, it is possible to identify a fundamental objective or value which is recurrent in most of these conceptions of justice: the importance to preserve and maintain harmony and social peace in the community.

This fundamental value is not contrary to the original objectives of Anglo-Canadian tort law. The oldest nominate torts, such as trespass to the person, were intended also to promote the preservation of social peace in the community. Thus, from the outset, it is possible to state that there is no fundamental contradiction between the original objectives of the common law and those of societies which are not Anglo-Saxon.

In the absence of a fundamental contradiction, a possible way to combine these common objectives, while trying to contribute to the equality project and attempting to remain respectful of diverse community interests, would be to create a nominate tort of discrimination. Developed from the approach traditionally taken in tort

* Programme français de common law, Faculté de droit, Université d'Ottawa. Sincères remerciements à la professeure Ruth Sullivan, à Mme Colette Lemelin et à M. Christian Hyde.

crimination. Ce délit, conçu à partir de l'approche traditionnellement adoptée en matière de responsabilité civile, se fonderait sur le droit de toutes et de tous à la dignité humaine.

La difficulté qu'ont éprouvée les tribunaux de common law à reconnaître des préjudices purement psychologiques ou émotifs constitue un obstacle majeur à la réalisation de ce délit. Toutefois, il existe un important courant jurisprudentiel au Canada en matière d'égalité qui a développé une approche plus large du concept du préjudice, acceptant de reconnaître juridiquement les préjudices qui ne découlent pas nécessairement de blessures corporelles ou de maladies visibles et susceptibles d'être prouvées. Cette jurisprudence, émanant en grande partie de la Cour suprême du Canada, devrait servir de guide à l'ensemble des tribunaux canadiens qui auront à trancher des litiges délictuels pour discrimination où le préjudice est essentiellement psychologique ou émotif.

law, this tort would be based on the right of all people to human dignity.

The difficulty of common law courts in recognizing strictly psychological and emotional damages is a major obstacle to the realization of this tort. An important trend in the Canadian case law on equality, however, has developed a broader approach to the concept of equality, by accepting the legal recognition of damages which do not necessarily result from physical injuries or apparent and documented illnesses. This case law, which has been developed primarily by the Supreme Court of Canada, should serve as a guide to all Canadian courts which will have to adjudicate tort litigation concerning discrimination, and where the damages are essentially psychological and emotional.

1992]	<i>La culture de la common law</i>	439
I.	INTRODUCTION	441
II.	LA RECHERCHE DE L'HARMONIE	442
	A. <i>Les sociétés traditionnelles et les minorités ethniques et raciales</i>	442
	B. <i>...Et la responsabilité civile en common law</i>	444
III.	LE RÔLE DU DROIT DES DÉLITS DANS LE PROJET ÉGALITAIRE	446
	A. <i>Les limites actuelles au concept du préjudice</i>	446
	B. <i>Vers une extension du concept du préjudice</i>	449
	C. <i>La création d'un nouveau délit nommé « la discrimination »</i>	453
	D. <i>L'harmonie dans la communauté et le recours individuel — Y a-t-il nécessairement contradiction?</i>	458
IV.	CONCLUSION	460

I. INTRODUCTION

En 1748, dans *L'Esprit des lois*, Montesquieu écrivait que les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. »¹ Alors que cette affirmation peut sembler relever d'un truisme assez simpliste à une époque où l'appartenance et la « citoyenneté » sont facilement interchangeables, la naissance des États modernes post-dix-huitième siècle donne à cette constatation un sens plus complexe. Aujourd'hui, le multiculturalisme est chose consacrée en droit public² et il y a lieu de se demander dans quel mesure le droit privé ou civil est en mesure de répondre aux défis posés par une société dont les politiques sociales démontrent un désir de respecter les différences ethniques, raciales et culturelles.³

Le droit de la responsabilité civile délictuelle régit les relations sociales et, dans une certaine mesure, économiques⁴ entre individus et inspire la façon dont nous concevons nos relations humaines de tous les jours. C'est donc un site approprié de réflexion dans le contexte d'une recherche axée sur le rôle du droit dans une société hétérogène.

Les paramètres de cette étude sont assez modestes. Il n'est pas question ici de théoriser dans l'abstrait pour une vision particulièrement

¹ Voir N. Rouland, *L'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE*, Paris, Presses universitaires de France, 1990 à la p. 84.

² Voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, chap. 11 [ci-après *Charte*], notamment l'art. 27 :

Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

³ Le mot « culturel » a une signification beaucoup plus large, à mon sens, que celui qui lui est normalement attribué, c'est-à-dire, spécifique à une race ou une ethnie. La culture peut être spécifique à un groupe sans qu'il y ait hégémonie raciale. Par exemple, je considère que la communauté lesbienne a une culture — sa propre littérature, son art, sa musique, ses moeurs et ses philosophies — bien que comme dans toute culture, il ne s'agit pas d'une communauté uniforme ou homogène. Voir notamment J. Allen, dir., *LESBIAN PHILOSOPHIES AND CULTURES*, New York, State University Press, 1990 ; S.L. Hoagland, *LESBIAN ETHICS: TOWARD NEW VALUES*, Palo Alto, California, Institute of Lesbian Studies, 1988 ; S.D. Stone, dir., *LESBIANS IN CANADA*, Toronto, Between the Lines, 1990. Il n'en demeure pas moins que le présent article s'intéresse particulièrement aux minorités raciales, ethniques et culturelles dans leur sens traditionnel. Toutefois, les solutions proposées ici devraient être perçues comme pouvant donner ouverture à la plupart des groupes qui s'identifient comme minoritaires et qui subissent l'oppression.

⁴ Bien que le futur de la responsabilité pour les pertes purement économiques semble beaucoup moins certain depuis la décision de la Chambre des lords dans *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 ALL E.R. 908, (voir, par contre, *Canadian National Railway Co. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021) il n'en demeure pas moins que la réparation, en droit des délits, est principalement conçue en termes économiques. De plus, la possibilité d'intenter un recours contractuel et délictuel à partir d'une même situation de faits permet d'apprécier le rôle du droit de la responsabilité civile dans les relations économiques. Voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, 31 D.L.R. (4th) 481.

cohérente ou scientifique du droit des délits civils que ce soit en termes d'allocation efficiente des ressources,⁵ de l'exploitation capitaliste des masses par le biais du droit de la responsabilité civile,⁶ ou des débats impératifs sur la moralité et le formalisme.⁷ Bien que je ne doute aucunement de l'intégrité ou de la bonne foi de ces approches, elles me semblent, à bien des égards, très loin du quotidien, généralement dénuées de contextes humains et inutilement obscures. L'approche proposée ici est d'ambition beaucoup plus restreinte. Mon analyse se fonde principalement sur la notion que, à prime abord, les objectifs originels de la common law en matière délictuelle ne sont pas nécessairement en contradiction avec d'autres formes de justice préconisées par des sociétés autres qu'anglo-saxonnes. Deuxièmement, dans la mesure où il n'y a pas contradiction, ces objectifs originels peuvent contribuer au projet de société incorporé dans divers instruments de droit public.⁸ Plus précisément, si le droit des délits acceptait de reconnaître un recours fondé sur un préjudice psychologique ou émotif, il serait alors possible de créer un nouveau délit, celui de la discrimination.

II. LA RECHERCHE DE L'HARMONIE

A. *Les sociétés traditionnelles et les minorités ethniques et raciales...*

Les recherches anthropologiques concentrées sur les questions relatives au droit dénotent une résistance à l'idée même du droit, dont les lois uniformisantes sont perçues comme menaçant l'unité⁹ puisque « [a]utour du Droit rôde le conflit » et « les gens heureux vivent comme si le Droit n'existait pas ». ¹⁰ Implicite dans ce dégoût du conflit réside l'idéal de la paix sociale. Les sociétés traditionnelles recourront donc au moindre des maux, le droit, pour résoudre le conflit qui risque de

⁵ W.M. Landes et R.A. Posner, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW*, Cambridge, Harvard University Press, 1987 ; R.A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 3^e éd., Toronto, Little, Brown & Co., 1986.

⁶ Voir notamment R.L. Abel, « Torts » dans D. Kairys, dir., *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE*, éd. rév., New York, Pantheon, 1990, 326.

⁷ E. Weinrib, « The Special Morality of Tort Law » (1989) 34 *R.D. MCGILL* 403.

⁸ Notamment aux art. 15, 25, 27 et 28 de la *Charte*, sans compter les diverses lois sur les droits de la personne de toutes les juridictions canadiennes. Voir, par ex., *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, chap. H.19 [ci-après le *Code*] ; *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, chap. 45 ; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, chap. H-11 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12 ; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, chap. H-6 ; *Human Rights Code*, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-13 ; *Human Rights Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 185.5 ; *Alberta Bill of Rights*, R.S.A. 1980, chap. A-16 ; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, chap. 214 ; *Human Rights Code*, S.N. 1988, chap. 62 ; *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1989-90, chap. S-24.1.

⁹ *Supra*, note 1 à la p. 59.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 92.

porter atteinte à la valeur fondamentale qu'est l'harmonie dans une communauté donnée.¹¹

De même, James Zion relate que les systèmes juridiques des peuples autochtones étaient fondés sur la notion du maintien de l'harmonie dans la famille, le camp ou la communauté.¹² Par exemple, la nation Navajo incorporait dans son système de justice pénale l'exigence que le contrevenant ou la contrevenante compense la victime et son clan sans quoi il ou elle serait ostracisée par la communauté. Au lieu de punitions corporelles, les Navajo ont donc développé une méthode qui permet la reconnaissance publique du préjudice, tout en dissuadant ce genre de conduite offensante en exigeant le paiement d'une compensation. L'objectif était de permettre un règlement rapide de l'affaire pour que le contrevenant ou la contrevenante puisse réintégrer la communauté et ainsi rétablir l'harmonie dans celle-ci.¹³ Cette approche résonne également dans les communautés autochtones résidant à l'intérieur des frontières actuelles du Canada. Le rapport manitobain sur le système judiciaire et les peuples autochtones souligne entre autre que :

The philosophy in Aboriginal society was for all parties to acknowledge the crime, allow for some process of atonement, and install a system of reparation or compensation in order to restore harmony in the community.¹⁴

Dans son livre *JUSTICE WITHOUT LAW?*,¹⁵ J.S. Auerbach raconte comment les sociétés minoritaires immigrantes aux États-Unis reflétaient dans leurs attitudes et leurs comportements plusieurs similitudes avec les caractéristiques des sociétés traditionnelles relativement au rôle du droit dans leur communauté. Peu intéressées au système juridique formel, les minorités ethniques et raciales assuraient l'harmonie dans leurs communautés en faisant appel à leurs leaders et à leurs propres traditions en matière de résolution de conflits. Le droit formel, et en particulier les avocats, étaient perçus comme des éléments incompatibles avec le maintien de la paix sociale. Chez les peuples Scandinaves, par exemple, une forte tradition valorisant la conciliation comme méthode paisible de résolution de conflits existait et ce, à l'exclusion quasi totale de recours au litige civil devant les tribunaux.¹⁶

Dans la culture confucéenne, où l'on valorise avant tout l'harmonie dans le contexte de la communauté, ce sont les leaders ou les aînés qui sont chargés de régler les différends, conformément au proverbe chinois

¹¹ *Ibid.* à la p. 90.

¹² « Harmony Among the People: Torts and Indian Courts » (1984) 45 MONTANA L.R. 265.

¹³ *Ibid.* aux pp. 272-73.

¹⁴ Manitoba, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba: The Justice System and Aboriginal People*, vol. 1, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 1991 à la p. 26 (Commissaires : A.C. Hamilton et C.M. Sinclair) [ci-après *Aboriginal Justice Inquiry*].

¹⁵ New York, Oxford University Press, 1983.

¹⁶ *Ibid.* à la p. 72.

qui veut qu'il est mieux d'être vexé à mort que d'intenter une poursuite.¹⁷ Motivée en partie par l'hostilité des institutions juridiques américaines à son égard, la communauté chinoise adopte son propre modèle de règlement de conflits, fondé sur l'ostracisme et l'étalement public de la faute qui doivent servir à dissuader les comportements contraires au maintien de la paix dans la communauté.¹⁸

Le contact avec d'autres groupes, d'autres cultures produit un processus d'acculturation par lequel les traditions et les coutumes peuvent être transformées ou tout simplement abandonnées à longue échéance.¹⁹ Ce processus peut bien sûr être imposé par une culture dominante, mais peut aussi refléter une évolution dans les moeurs d'une communauté agitée, chez les populations immigrantes minoritaires par exemple, par un conflit de générations où les plus jeunes aspirent à intégrer la société dominante.²⁰ Quoi qu'il en soit, il n'est pas possible de généraliser sur l'importance pour les groupes ethniques ou raciaux minoritaires de retrouver dans la recherche du multiculturalisme, les traditions ou les lois ancestrales de façon intégrale. Zion souligne par exemple que « a traditional way may not meet the expectations and values of the people of today. »²¹ La récente conférence sur les peuples autochtones et la Constitution révèle des préoccupations similaires, particulièrement chez les femmes autochtones qui craignent qu'un retour au droit traditionnel ne tienne pas compte de leurs aspirations à l'égalité des sexes.²² De plus, il serait simpliste de croire que l'appartenance à une race, à une ethnie ou à une culture garantit une uniformité dans la façon de concevoir la société juste.²³ La complexité du débat actuel sur l'égalité annonce plutôt le contraire.

B. ...Et la responsabilité civile en common law

À son origine, le système de droit anglais préconise des méthodes de résolution de conflits qui ne diffèrent pas substantiellement des objectifs recensés dans la partie précédente de ce texte. Même si on le qualifie maintenant de « primitif », il n'en demeure pas moins que le droit des délits visait à promouvoir la paix sociale en proposant un

¹⁷ *Ibid.* à la p. 73.

¹⁸ *Ibid.* aux pp. 74-75.

¹⁹ *Supra*, note 1 à la p. 85.

²⁰ *Supra*, note 14 à la p. 69.

²¹ *Supra*, note 12 à la p. 276.

²² « Les peuples autochtones et la Constitution canadienne », conférence, Ottawa, 13 mars 1992. Voir également B. Nahwegahbow, « First Nations Women Demand a Voice to Protect Their Rights » (1992) 2:1 A VOICE FOR FIRST NATIONS 1 ; J. Boileau et M. Rouleau, « Une empêcheuse autochtone de tourner en rond » *Le Devoir [de Montréal]* (21 avril 1992) 10.

²³ Pour un excellent exposé des questions de race, de classe et de genre à l'intérieur d'une communauté minoritaire, voir D. King, « Multiple Jeopardy, Multiple Consciousness: The Context of a Black Feminist Ideology » (1988) 14:1 SIGNS 42.

substitut à la vengeance personnelle.²⁴ Sa fonction en est une d'apaisement, cherchant principalement à prévenir les perturbations qui menacent l'harmonie communautaire lorsqu'une personne subit un tort ou un préjudice du fait des actes d'autrui. Ce n'est pas principalement en vue de prévenir l'activité criminelle, mais plutôt un moyen d'éviter que le conflit persiste. On « achète » la vengeance de la victime en lui offrant une compensation et on lui accorde la satisfaction de savoir que son agresseur doit lui-même fournir l'indemnité.²⁵ Le caractère public du processus est important. Le recours délictuel confère à la victime les moyens de faire juger et condamner la conduite de la partie défenderesse, et ses droits sont publiquement reconnus.²⁶

Dans le contexte des atteintes directes à la personne, ces premiers objectifs du droit des délits conservent toute leur force et leur valeur, même si de nos jours il est plus sophistiqué de parler du concept de la faute, de l'allocation des risques et de la distribution des pertes.²⁷ Il est donc possible d'affirmer qu'à certains égards du moins, la responsabilité civile telle que préconisée en common law est conforme à la façon dont les sociétés traditionnelles et les minorités ethniques et raciales perçoivent le règlement des différends dans leur communauté, l'harmonie et la paix sociale constituant les principales valeurs qui sous-tendent le règlement de conflits dans la communauté.

Il est implicite à tout maintien de la paix sociale, dans le droit moderne comme dans les sociétés traditionnelles, que la résolution du conflit ne doit pas brimer le sens de justice des parties au conflit. Sinon, les fonctions harmonisantes ne seraient pas complètes, l'une ou l'autre des parties étant incapable d'accepter le règlement. Dans ce sens, toute tentative de résoudre le différend doit nécessairement s'appuyer sur les droits des parties en plus des valeurs fondamentales de la communauté. Il importe donc de souligner à ce moment-ci que le droit de la négligence,

²⁴ J.G. Fleming, *THE LAW OF TORTS*, 7^e éd., Sidney, Law Book, 1987 à la p. 6 ; A.M. Linden, *LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTEUELLE*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1988 aux pp. 19-20.

²⁵ G. Williams, « The Aims of the Law of Tort » (1951) 4 *CURRENT LEGAL PROBLEMS* 137 à la p. 138. Voir également W.S. Malone, « Ruminations on the Role of Fault in the History of the Common Law of Torts » (1970) 31 *LA. L. REV.* 1.

²⁶ R.M. Solomon, B.P. Feldthusen et S.J. Mills, *CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF TORTS*, Toronto, Carswell, 1982 à la p. 15.

²⁷ Fleming, *supra*, note 24 aux pp. 7-8 ; G. Williams et B.A. Hepple, *FOUNDATIONS OF THE LAW OF TORT*, 2^e éd., London, Butterworths, 1984 à la p. 90 et s.

axé sur l'application de principes normatifs et objectifs,²⁸ n'est pas susceptible d'intérêt pour le genre d'analyse proposé ici. Par contre, la notion des atteintes directes, traditionnellement acceptée comme le fondement de la responsabilité civile la plus importante,²⁹ est non seulement compatible avec les valeurs fondamentales de paix sociale et d'harmonie communautaire, mais elle permet également une approche juridique aux litiges civils qui incorporent la possibilité d'une analyse fondée sur les droits.³⁰

Je ne prétends pas que le droit de la responsabilité délictuelle, plus précisément le droit relatif à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne, soit en mesure de répondre à toutes les aspirations égalitaires d'une société pluraliste soucieuse de respecter les différences ethniques, raciales et culturelles.³¹ Cependant, en étendant sa notion de préjudice pour intégrer les torts causés aux personnes de groupes minoritaires en raison de leur statut de minoritaires, le droit des délits pourrait certainement contribuer au projet d'égalité de la société canadienne.

III. LE RÔLE DU DROIT DES DÉLITS DANS LE PROJET ÉGALITAIRE

A. *Les limites actuelles au concept du préjudice*

Les délits d'atteinte à la personne représentent le recours de choix pour tout préjudice causé directement et immédiatement par la force, donc, comme l'affirme Fleming, contre toute conduite susceptible de perturber la paix en invitant les représailles. Ces délits donnent en soi

²⁸ La norme de conduite *raisonnable*, la personne *raisonnablement* prudente, la prévisibilité *raisonnable*, sont tous des concepts fondamentaux au droit de la négligence qui font autant (sinon plus) appel à des considérations d'intérêt public, à la structure du marché et aux effets économiques d'une décision qu'à des notions relatives au comportement humain. Ce genre d'approche permet de concevoir le droit de la responsabilité civile de façon très éloignée des préoccupations quotidiennes des gens ordinaires. *Par ex.*, Fleming, *ibid.* à la p. 3, affirme que :

Society has no interest in the mere shifting of loss between individuals for its own sake. The loss, by hypothesis, has already occurred, and whatever benefit might be derived from repairing the fortunes of one person is exactly offset by the harm caused through taking that amount away from another. The economic assets of the community are not increased and expense is incurred in the process of reallocation.

....

The task confronting the law of torts is, therefore, how best to allocate these losses, in the interest of the public good.

²⁹ Voir *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, [1952] 1 D.L.R. 1. Voir également Linden, *supra*, note 24 à la p. 39.

³⁰ R. Sullivan, « Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach » (1987) 19 R.D. OTTAWA 533.

³¹ Entre autres, la nomination d'un plus grand nombre de juges provenant des groupes minoritaires devrait éventuellement contribuer à incorporer une plus grande gamme de valeurs humaines et culturelles dans notre culture juridique actuelle. Bien que pour les peuples autochtones l'idée d'un système judiciaire autonome devienne de plus en plus acceptée (voir *Aboriginal Justice Inquiry*, *supra*, note 14, chap. 7 aux pp. 251-336), il semble peu probable qu'une telle solution puisse être considérée appropriée pour l'ensemble des groupes minoritaires au Canada.

ouverture à un recours ce qui veut dire qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'un préjudice ou de dommage.³² Le délit d'acte de violence, par exemple, vise à protéger le droit à l'intégrité de la personne³³ ainsi que son sens de l'honneur et sa dignité³⁴ à tel point que le moindre frôlement peut être considéré offensant et, par conséquent, donner droit à un recours en délits. Comme l'affirme le juge Linden :

Il n'est pas nécessaire que la peau du demandeur ait été touchée. Les actes de violence comprennent tout contact offensant avec les vêtements du demandeur, avec un objet que celui-ci transporte ou avec le cheval qu'il monte....

Il n'est pas nécessaire non plus que l'acte de violence cause de véritables blessures au demandeur. Il suffit d'un contact offensant, même sans gravité, parce qu'il peut déclencher les représailles des personnes dont la dignité est menacée.³⁵

Les voies de fait constituent essentiellement des menaces qui visent intentionnellement à faire naître chez la victime la peur ou l'appréhension d'un contact violent imminent. Ce délit est considéré une anomalie en ce sens que normalement « mere emotional disturbance unaccompanied by external injury is not otherwise actionable, whether because of its triviality or for fear of inviting spurious claims ». ³⁶ En fait, la distinction avec les actes de violence à ce niveau révèle surtout une difficulté particulière autant chez les juristes que chez les juges, de reconnaître ou d'apprécier la portée d'un préjudice de nature émotive ou psychologique. « Toucher » une personne peut avoir des conséquences frivoles et donner lieu à des fausses réclamations autant que des menaces ; la différence fondamentale ici est surtout que, dans le cas des voies de fait, le préjudice, soit la peur, est essentiellement perçu comme uniquement émotif. Cette difficulté de la common law de composer avec les préjudices émotifs ou psychologiques est par ailleurs évidente lorsqu'on regarde les recours pour le choc nerveux et pour les souffrances morales causées délibérément.

Dans *Victorian Railway Commissioners c. Coultas*,³⁷ la Cour a refusé un recours à une femme qui avait subi un choc nerveux après qu'un train eut failli la frapper, parce qu'elle n'avait pas fait la preuve de blessures corporelles. Deux principes ont été invoqués pour refuser le recours. Premièrement, on craint une avalanche de poursuites. Deuxièmement, on a dit qu'il serait très difficile pour les tribunaux d'établir le lien de causalité entre l'acte délictuel et le préjudice, ce qui pourrait ouvrir la porte à des poursuites plutôt fantaisistes. Cependant lorsque la victime d'un préjudice corporel ou d'un impact physique se présente devant les tribunaux, ceux-ci sont plus près à accorder une compensation

³² Fleming, *supra*, note 24 à la p. 16.

³³ Linden, *supra*, note 24 à la p. 50.

³⁴ Fleming, *supra*, note 24 à la p. 23.

³⁵ *Supra*, note 24 aux pp. 50-51.

³⁶ Fleming, *supra*, note 24 à la p. 24.

³⁷ (1888), 13 APP. CAS. 222.

pour choc nerveux parce que ce préjudice psychologique découle du préjudice physique. Le recours est donc subordonné à la règle de l'impact et le choc nerveux dont on se plaint doit pouvoir être catégorisé comme ayant causé une maladie psychiatrique.³⁸ Éventuellement, le recours en vient à être soumis, dans les cas de négligence, aux critères de prévisibilité et de proximité tels qu'énoncés par le juge Lord Wilberforce dans l'affaire *McLoughlin c. O'Brian*³⁹.

Une décision récente de la Chambre des lords démontre bien la réticence à reconnaître ce recours. Dans *Alcock c. Chief Constable of the South Yorkshire Police*,⁴⁰ dix personnes qui réclamaient des dommages-intérêts pour choc nerveux du fait d'avoir vu se dérouler les événements qui ont causé la mort d'un-e ou plusieurs membres de leur famille⁴¹ ont été déboutées, soit parce qu'elles n'étaient pas sur les lieux au moment de l'incident et l'avaient seulement vu se dérouler en direct à la télévision, soit parce qu'étant au stade, elles n'avaient pas directement vu leurs proches mourir, ou encore parce que certaines d'entre elles n'avaient pas réussi à prouver une relation suffisamment étroite avec les personnes décédées — par exemple, un demandeur n'a pas fait la preuve d'une relation particulièrement rapprochée entre lui-même et ses deux frères, qui sont décédés écrasés. Par ailleurs, le juge Lord Ackner a réitéré d'un ton approbateur la règle selon laquelle les simples souffrances morales, même si elles sont raisonnablement prévisibles, ne peuvent fonder une réclamation en dommages-intérêts en l'absence d'un préjudice corporel.⁴²

Le recours pour souffrances morales causées délibérément est relativement récent, comparativement aux autres atteintes à la personne telles que l'acte de violence et les voies de fait. Ce délit a été reconnu pour la première fois par le juge Wright dans *Wilkinson c. Downton*⁴³ parce que le défendeur dans cette affaire avait délibérément cherché à produire un effet qui s'était effectivement produit. En annonçant à la demanderesse que son mari venait d'être grièvement blessé dans un accident, la mauvaise plaisanterie visait essentiellement à choquer la demanderesse. Il faut noter cependant que cette décision ne constitue pas un précédent pour le principe qu'il est possible de recouvrer des dommages-intérêts pour de « simples troubles émotifs » puisque la demanderesse avait également fait la preuve d'un préjudice physique, ce qui est conforme à l'approche des tribunaux dans les cas de choc nerveux causés par négligence.⁴⁴

³⁸ *Toronto Railway Co. c. Toms* (1911), 44 S.C.R. 268, 12 C.R.C. 250.

³⁹ [1982] 2 ALL E.R. 298 [ci-après *McLoughlin*].

⁴⁰ [1991] 4 ALL E.R. 907 [ci-après *Alcock*].

⁴¹ Quatre-vingt-quinze personnes sont décédées et au-delà de 400 ont été blessées, écrasées, par suite de la négligence admise de la force policière qui a laissé entrer des amateurs de soccer dans une section déjà remplie du stade.

⁴² *Alcock, supra*, note 40 à la p. 917.

⁴³ [1897] 2 Q.B. 57.

⁴⁴ Fleming, *supra*, note 24 à la p. 31, n. 46, soutient que si la décision était rendue aujourd'hui, elle serait fondée sur le choc nerveux découlant d'actes négligents.

Le délit de causer délibérément des souffrances morales a été reconnu par divers tribunaux canadiens.⁴⁵ Dans l'affaire *Rahemtulla c. Vanfed Credit Union*,⁴⁶ le tribunal énonce trois critères essentiels au recouvrement : 1) le comportement dont on se plaint doit être monstrueux ou outrageux, ou du moins plus qu'une simple insulte ou un commentaire méchant ; 2) la conduite doit être conçue ou calculée pour produire l'effet qui s'est produit ; 3) il faut être en mesure de démontrer au tribunal que la conduite a causé un préjudice réel, une maladie visible et susceptible d'être prouvée. On voit dans ce dernier élément un autre exemple de l'incapacité des tribunaux à reconnaître les préjudices purement émotifs et psychologiques. Ceci constitue par ailleurs, comme l'affirme Madame la juge Wilson, une limite importante au recours.⁴⁷ Elle parle en fait de *désavantages* reliés à ce genre de recours. Premièrement, « un de ces désavantages est qu'il doit y avoir une maladie visible et prouvable, causée par l'action du défendeur pour que ce délit ouvre droit à une action » et deuxièmement,

[u]n autre désavantage associé à ce délit porte que, même s'il était étendu à la présente espèce, il pourrait ne pas permettre d'accorder au demandeur l'indemnisation qu'il désire....Si une telle cause d'action était étendue aux faits de l'espèce, l'appelant aurait seulement le droit de recouvrer des dommages-intérêts découlant de dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles, causés par les actes de la défenderesse.⁴⁸

B. Vers une extension du concept du préjudice

Le refus de reconnaître la possibilité d'obtenir une compensation pour des préjudices purement émotifs ou psychologiques témoigne évidemment du spectre classique qui hante le domaine de la responsabilité civile depuis nombre d'années, soit le risque d'ouvrir grande la porte à une avalanche de poursuites frivoles.⁴⁹ Cet argument ne saurait toutefois

⁴⁵ Voir notamment *Bielitski c. Obadiak* (1922), 65 D.L.R. 627, [1922] 2 W.W.R. 238 (Sask. C.A.) ; *Purdy c. Woznesensky*, [1937] 2 W.W.R. 116 (Sask. C.A.) ; *Edmonds c. Armstrong Funeral Home Ltd.*, [1931] 1 D.L.R. 676, [1930] 3 W.W.R. 649 (Alta C.A.) ; *Timmermans c. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (H.C. Ont.).

⁴⁶ (1984), 51 B.C.L.R. 200, 29 C.C.L.T. 78 (S.C.).

⁴⁷ Voir *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, 42 D.L.R. (4th) 81 [ci-après *Frame* avec renvois aux R.C.S.].

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 128.

⁴⁹ Les tribunaux donnent souvent l'impression que des foules attendent sur les escaliers des palais de justice pour tenter des poursuites dès qu'un recours sera reconnu. Cette crainte de voir survenir une avalanche de poursuites a été discréditée à maintes reprises au cours des dernières années (voir notamment le jugement du juge Lord Wilberforce dans *McLoughlin*, *supra*, note 39 à la p. 304). Toutefois, dans la mesure où elle demeure pertinente, il faut reconnaître que cette possibilité existe surtout dans le domaine de la négligence où les risques assurables rendent le recours plus attrayant. Dans le cas des atteintes directes, délits contre lesquels il n'est pas possible de s'assurer, les risques de voir surgir une avalanche de poursuites sont minimes.

servir à interdire un recours lorsque la partie demanderesse a subi un tort ou une injustice. Continuer d'insister sur l'existence d'un préjudice « visible et prouvable » découlant des dommages physiques aurait pour effet de ne pas reconnaître les préjudices spécifiques imposés aux personnes de minorités raciales, ethniques et culturelles.⁵⁰

Les principales conséquences d'actes ou de paroles discriminatoires (par exemple des commentaires racistes) sont psychologiques. Ces effets psychologiques sont bien documentés. Le professeur Delgado explique que le racisme provoque, en plus d'une atteinte à la dignité et à la perception de soi, de nombreux préjudices psychologiques tels : des sentiments d'humiliation et d'isolement, une haine de soi, une plus grande difficulté à entrer en relation avec autrui, la peur et le sentiment de n'être rien du tout. Ces effets ne demeurent d'ailleurs pas exclusivement internes. Ils peuvent affecter la capacité d'entreprendre un travail ou une carrière ainsi que la capacité d'élever des enfants confiants et émotivement stables en plus de provoquer des comportements anti-sociaux menant à la toxicomanie et l'alcoolisme. Les comportements racistes sont donc nocifs à l'ensemble de la société.⁵¹

Il existe par ailleurs un courant jurisprudentiel canadien qui tend à reconnaître des préjudices autres que physiques et qui peut servir d'exemple au développement du droit de la responsabilité civile en matière de discrimination. Premièrement, il se dégage de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁵² un concept de l'égalité qui peut aider les tribunaux qui se penchent sur des litiges délictuels à comprendre que la *rule of law* ne veut pas nécessairement dire qu'il faut traiter tout le monde de la même façon. Comme l'affirme Monsieur le juge McIntyre :

Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes....[L]e respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites.⁵³

Ce principe devrait s'appliquer autant aux tribunaux qu'aux législatures. Comme le juge McIntyre l'avait lui-même constaté dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*,⁵⁴ même si la *Charte* ne s'applique pas à la common law, les tribunaux devraient néanmoins s'efforcer d'interpréter et d'appliquer les règles de common law pour que celles-ci soient conformes aux énoncés de la *Charte*.

⁵⁰ R. Delgado, « Words That Wound : A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name-Calling » (1982) 17 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 133.

⁵¹ *Ibid.* aux pp. 135-49. Voir également *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), où la Cour suprême des États-Unis a reconnu que la ségrégation raciale crée chez les enfants de race noire un sentiment d'infériorité dont il serait presque impossible de contrecarrer les effets.

⁵² [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4th) 1 [ci-après *Andrews* avec renvois aux R.C.S.].

⁵³ *Ibid.* aux pp. 168-69.

⁵⁴ [1986] 2 R.C.S. 573, 33 D.L.R. (4th) 174.

Le jugement rendu dans l'affaire *Andrews* est également utile en ce qu'il soutient que tout recours fondé sur l'égalité doit tenir compte des effets discriminatoires sur la personne ou le groupe visé. L'effet doit être « la principale considération ».⁵⁵ Dans le contexte d'une poursuite en responsabilité délictuelle pour discrimination, les tribunaux devraient donc accepter de regarder l'effet particulier que peuvent avoir des commentaires ou des comportements discriminatoires sur des personnes qui, en raison de leur situation défavorisée et du contexte historique de la discrimination à leur égard, subissent des préjudices psychologiques sérieux.⁵⁶ Ces préjudices ne devraient pas être écartés du revers de la main sous prétexte qu'il faut avoir la peau dure dans notre monde moderne.⁵⁷

La Cour suprême du Canada n'a pas, pour sa part, éprouvé de difficulté à reconnaître que des préjudices psychologiques et émotifs sont suffisants pour fonder un recours en matière de discrimination. Le jugement unanime rendu par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Janzen c. Platy Enterprises Ltd*⁵⁸ s'efforce au contraire de confirmer leur gravité. Traitant du harcèlement sexuel en milieu de travail en tant que discrimination sexuelle et faisant souvent l'analogie avec la discrimination raciale, la Cour approuve de nombreuses définitions qui étalent les préjudices causés par les pratiques discriminatoires. Ces préjudices comprennent notamment : l'atteinte à la dignité personnelle⁵⁹ et « [au] respect de soi, à la fois comme employé et comme être humain »⁶⁰ et la création de milieux de travail hostiles, menaçants et offensants.⁶¹

⁵⁵ *Supra*, note 52 à la p. 165.

⁵⁶ La discrimination est avant tout une question de pouvoir. Il s'agit essentiellement d'intégrer en droit de la responsabilité civile une analyse pouvant tenir compte des rapports de force, des situations d'abus de pouvoir et donc de l'inégalité entre individus. Par exemple, le harcèlement sexuel (et par extension le harcèlement racial) en milieu de travail devrait être perçu par les tribunaux de common law comme constituant un abus de pouvoir inacceptable dans notre société ; voir K.J. Schoenheider, « A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace » (1986) 134 U. PA. L. REV. 1461 aux pp. 1482-83. Par ailleurs, la common law a déjà reconnu des situations d'abus de pouvoir dans le domaine contractuel où l'inégalité du pouvoir de négociation a donné lieu à des règles spécifiques régissant les contrats iniques. Voir *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231, 9 B.C.L.R. 166 (C.A.) ; *Morrison c. Coast Finance Ltd* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710, 54 W.W.R. 257 (B.C.C.A.) ; *Towers c. Affleck* (1973), [1974] 1 W.W.R. 714, [1974] I.L.R. n° 1-599 (B.C.S.C.). Le concept de l'inégalité dans les rapports civils tel que développé en droit des contrats pourrait certainement être intégré au domaine du droit des délits sans occasionner d'incohérences majeures. Voir notamment l'opinion du juge La Forest dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 224 aux pp. 246-61.

⁵⁷ *Bradshaw c. Swagerty*, 1 Kan.App.2d 213, 563 P.2d 511 (1977), citant le *Restatement (Second) of Torts* ;st 46 (1965) [ci-après *Restatement*].

⁵⁸ [1989] 1 R.C.S. 1252, 59 D.L.R. (4th) 352 [avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 1280.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 1284.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 1281.

Le juge en chef Dickson relate également les effets nocifs de propos racistes, tant sur les personnes visées que sur l'ensemble de la société. Il affirme dans l'arrêt *R. c. Keegstra* que :

[L]e changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction....

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne.⁶²

Cet extrait a été repris par le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Butler*⁶³ où la majorité a confirmé la constitutionnalité de l'article 163 du *Code criminel* malgré le fait que cet article ait pour effet de limiter la liberté d'expression telle que garantie au paragraphe 2b) de la *Charte*. La garantie de liberté d'expression n'est pas maintenue lorsque « l'expression » (pornographique) constitue du matériel qui est dégradant, déshumanisant, avilissant ou humiliant puisque ce serait « contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains. »⁶⁴ Le juge Sopinka reconnaît que la compréhension, par les tribunaux, des préjudices causés par ce genre de matériel a beaucoup évolué et il semble prêt à accepter une approche assez large du concept du préjudice lorsqu'il affirme que :

[C]e matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société.⁶⁵

Cette série de décisions à la Cour suprême vient inscrire dans la pensée juridique canadienne une nouvelle approche au concept du préjudice qui devrait servir à la reconnaissance, en droit des délits, des préjudices purement ou principalement psychologiques et émotifs. Le temps est venu de cesser de prétendre que nous sommes toutes et tous des durs à cuire, capables de mettre de côté nos peurs et nos blessures psychologiques parce que le droit voudrait prétendre qu'il n'existe pas

⁶² [1990] 3 R.C.S. 697 aux pp. 747-48, 1 C.R. (4th) 129 à la p. 172.

⁶³ [1992] 1 R.C.S. 452.

⁶⁴ *Ibid.* à la p. 479.

⁶⁵ *Ibid.*

d'inégalités, pas de rapports de force et de pouvoir qui justifient de tels sentiments. Le juge Linden soutient que « le droit ne devrait pas accorder d'indemnité pour des choses aussi banales que la simple peur ». ⁶⁶ Mais la peur, pour les personnes qui ne bénéficient pas de tous les avantages que la société peut offrir, n'a rien de simple ou de banal. Linda McLeod fait remarquer que les personnes ou les groupes qui sont souvent sujets à la peur limitent leurs activités et leur mouvements. L'effet de la peur peut donc se traduire par une limite sérieuse à la capacité de ces personnes à participer et à contribuer à la vie et aux institutions socio-politiques d'une société qui se veut démocratique. ⁶⁷ Lorsque des individus ou des groupes dans une société sont privés d'une pleine participation à cette même société, on ne saurait prétendre qu'il existe une harmonie ou une paix sociale quelconque, sauf dans la mesure où elle est imposée par la domination de la majorité. Mais l'imposition injuste d'un climat social ou politique est fondamentalement contraire à l'idéal d'une harmonie communautaire. C'est, au contraire, une invitation au désastre. ⁶⁸

C. La création d'un délit nommé « la discrimination »

Tel que mentionné plus haut, l'approche proposée pour la création d'un délit de discrimination s'inspire de l'approche traditionnelle en matière d'atteintes directes ou de *trespass* parce que celle-ci adopte une analyse fondée sur les droits, c'est-à-dire qu'elle permet d'écarter ou de minimiser l'effet de la tension libérale classique entre le droit à l'intégrité de sa personne de la partie demanderesse et le droit ou la liberté d'agir de la partie défenderesse. Comme l'affirme la professeure Sullivan :

It is instructive to notice the difference between the rights-based and the fault-based theories. Under both, the plaintiff enjoys a right to security of the person and interference with this right sounds in damages. However, under the fault theory, the existence and scope of the plaintiff's right to security is controlled by the existence and scope of the defendant's freedom to act. This is so because the plaintiff's right begins where the defendant's freedom ends and *the latter is defined first*. If the defendant's conduct is found to be faultless, having regard to his state of mind and the character of the activity in which he was engaged, the infliction of harm on the plaintiff is not wrongful and the plaintiff's right to security of the person is accordingly narrowed. Under the

⁶⁶ *Supra*, note 24 à la p. 441.

⁶⁷ « La femme dans la ville : sans refuge », Rapport préparé à l'intention de la Conférence européenne et nord-américaine sur la sécurité et la prévention du crime en milieu urbain, Ottawa, octobre 1989 aux pp. 37-40.

⁶⁸ Il n'est pas nécessaire de s'exiler en Afrique du Sud ou en Bosnie-Herzégovine pour apprécier les conséquences de politiques sociales racistes et oppressives. Les émeutes au Canada et aux États-Unis qui ont suivi le verdict de non-culpabilité des policiers de Los Angeles dans l'affaire Rodney King témoignent amplement de la fébrilité d'un tissu social érigé sur l'inégalité raciale, ethnique et culturelle.

rights-based theory, however, the existence and scope of the plaintiff's right to security of the person is determined prior to and independently of the defendant's freedom to act.⁶⁹

Dans la mesure où un délit de discrimination serait créé à partir de l'approche traditionnelle telle que proposée par la professeure Sullivan, il aurait été possible pour les tribunaux de conclure à la responsabilité des parties défenderesses dans les affaires *Christie c. York Corporation*⁷⁰ et *Rogers c. Clarence Hotel*.⁷¹ Dans les deux cas, les parties demandereses réclament une compensation parce qu'on a refusé de leur servir de l'alcool dans des tavernes uniquement en raison de la couleur de leur peau. Dans les deux cas, les tribunaux ont conclu que des entreprises commerciales bénéficient d'une complète liberté de commerce et qu'elles avaient donc le droit de refuser leur service pour tout motif qui leur semblait approprié.⁷² Si une analyse privilégiant le droit à l'intégrité (ou à la dignité) de la personne avait été adoptée par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans ces cas-là, l'importance accordée à la liberté de commerce aurait été grandement diminuée, permettant ainsi aux tribunaux de porter davantage attention aux droits lésés des parties demandereses.⁷³

L'utilisation de la liberté de commerce pour des fins qui sont fondamentalement reliées à des pratiques discriminatoires n'est malheureusement pas une simple chose du passé. Dans *THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS*, la professeure Williams raconte comment la pratique récente de verrouiller leurs portes par les commerçants New Yorkais pour se protéger contre le vol devient un mécanisme par lequel ces commerçants refusent en réalité l'accès à leurs entreprises aux personnes de minorités raciales ou ethniques.⁷⁴ Elle a elle-même été exclue d'un magasin et son récit de l'événement exprime tellement bien l'humiliation, la colère et le désarroi associés à ce genre de pratique qu'il mérite d'être repris en partie ici :

⁶⁹ *Supra*, note 30 à la p. 546. Voir aussi Fleming, *supra*, note 24 à la p. 4.

⁷⁰ [1940] R.C.S. 139, [1940] 1 D.L.R. 81.

⁷¹ [1940] 3 D.L.R. 583, 2 W.W.R. 545 (B.C.C.A.) [ci-après *Rogers*].

⁷² Voir cependant l'opinion dissidente du juge O'Halloran dans *Rogers, ibid.*, qui aurait accordé un recours au demandeur ici, notamment parce que le refus d'offrir un service motivé uniquement par des questions de couleur ou de race est contraire à la common law, qui prévoit que tous les sujets britanniques sont égaux devant la loi.

⁷³ L'absence d'intérêts commerciaux prééminents ne garantit cependant pas une approche plus expansive à la reconnaissance de la discrimination raciale comme acte préjudiciable donnant ouverture à un recours en droit des délits. Voir, par ex., *Mahal c. Young* (1986), 36 C.C.L.T. 143 où, bien qu'elle soit assez sympathique aux préjudices subis par le demandeur, la Cour semble réticente à reconnaître clairement le rôle du racisme dans l'incident qui a mené au litige, tant pour ce qui est des motifs manifestement racistes de l'auteur du délit que pour la peur et l'angoisse profonde que les attaques racistes causent au demandeur.

⁷⁴ Cambridge, Harvard University Press, 1991 aux pp. 44-45.

I was enraged. At that moment I literally wanted to break all the windows of the store and *take* lots of sweaters for my mother. In the flicker of his judgmental gray eyes, that saleschild had transformed my brightly sentimental, joy-to-the-world, pre-Christmas spree to a shambles. He snuffed my sense of humanitarian catholicity, and there was nothing I could do to snuff his, without making a spectacle of myself.

I am still struck by the structure of power that drove me into such a blizzard of rage. There was almost nothing I could do, short of physically intruding upon him, that would humiliate him the way he humiliated me. No words, no gestures, no prejudices of my own would make a bit of difference to him....He had no compassion, no remorse, no reference to me; and no desire to acknowledge me even at the estranged level of arm's-length transactor.⁷⁵

Il n'y a rien de banal, de frivole ou, malheureusement, de particulièrement unique dans ce genre d'expérience. Il y a, cependant, un préjudice sérieux, des atteintes graves à la dignité de la personne, au respect de soi et à la possibilité de participer pleinement à la vie sociale. Comme l'affirme le professeur Delgado, ce genre d'affront n'est certainement pas moins préjudiciable que les autres affronts qui sont reconnus par le droit.⁷⁶

Essentiellement, l'approche traditionnelle veut que la partie lésée n'ait qu'à prouver qu'elle a subi un préjudice qui découle directement de la conduite de la partie défenderesse. Le fardeau de preuve tombe alors sur la partie défenderesse qui devra, pour se disculper, prouver l'absence d'intention ou de négligence de sa part.⁷⁷ Dans le contexte d'une action intentée pour discrimination, ceci veut dire qu'il y aurait *a priori* reconnaissance que la discrimination engendre des préjudices sérieux. La partie demanderesse devrait alors prouver que ce préjudice lui a été causé directement⁷⁸ du fait de la conduite de la partie défenderesse et ce serait alors à cette dernière de démontrer qu'elle n'a pas agi de façon intentionnelle ou négligente. Jusqu'ici, j'ai évité l'usage du terme « intentionnel » relativement au délit que je préconise parce que je ne voudrais pas qu'il serve à limiter indûment sa portée à partir de la notion qu'il faut, dans notre monde moderne, formuler sa cause d'action soit en négligence, soit en délit intentionnel, les deux étant, semble-t-il, mutuellement exclusifs.⁷⁹

⁷⁵ *Ibid.* à la p. 45.

⁷⁶ *Supra*, note 50 à la p. 145.

⁷⁷ *Supra*, note 29. Voir également *Bettel c. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617, 88 D.L.R. (3d) 543 (C. cté).

⁷⁸ Le terme « direct » peut s'avérer assez large dans ce contexte. Parlant des actes de violence, le juge Linden, *supra*, note 24 à la p. 50, affirme que :

Ces atteintes directes à l'intégrité physique entraînent la responsabilité.

Il en est de même de certaines atteintes indirectes, comme le fait de faire tomber une personne en retirant la chaise sur laquelle elle allait s'asseoir, le fait de pousser quelqu'un contre une porte....

⁷⁹ Voir notamment l'opinion du juge Lord Denning dans *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 à la p. 237, [1964] 2 ALL E.R. 229 à la p. 931 (C.A.).

D'autre part, il y a le danger que les personnes peu réceptives à la création d'un nouveau délit fondé sur la discrimination s'inspirent d'une définition trop étroite de l'intention en insistant que celle-ci exige que la partie défenderesse ait consciemment désiré toutes les conséquences qui ont découlé de son acte. L'approche proposée dans le *Restatement* est moins sévère. Si l'auteur du délit est certain ou presque que les conséquences se réalisent et qu'il ou elle agit quand même, la common law considère que les conséquences étaient désirées.⁸⁰ Plus la probabilité que les conséquences se réalisent est grande, plus la conduite sera perçue comme intentionnelle. Ce qui voudrait dire, par exemple, que l'employeur ou l'employeuse qui établit des critères d'embauche sachant que ces critères pourraient éliminer tous les candidats et toutes les candidates d'une minorité visible pourrait être considéré comme ayant commis une discrimination intentionnelle à l'égard d'un membre de ce groupe qui s'est vu refuser un emploi parce qu'il ou elle ne correspondait pas à ces critères.

Le refus systématique des tribunaux de common law de reconnaître et le préjudice et le délit de discrimination a reçu une sanction péremptoire de la Cour suprême du Canada en 1981. Dans un jugement qui reflète une absence de sensibilité aux droits de la personne à laquelle nous étions habitué-es avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, le juge en chef Laskin invoque deux motifs pour refuser de reconnaître le recours d'une femme originaire des Indes orientales qui invoquait son droit, en common law, à la non-discrimination, puisqu'elle avait souffert d'anxieuses, de frustration et qu'elle s'était sentie blessée dans son amour-propre et sa dignité en raison des politiques d'embauche discriminatoires de l'intimé.⁸¹ Premièrement, selon le juge Laskin, il n'existe pas, en common law, un délit civil qui puisse ressembler à la situation décrite par Madame Bhadauria, la demanderesse. Il définit le préjudice ici comme « une espèce de délit civil d'ordre économique »⁸² et croit donc que « le refus de conclure un contrat ou, plus exactement peut-être, le refus même d'envisager des relations contractuelles, n'a pas été reconnu en common law comme source de responsabilité délictuelle. »⁸³ Deuxième-

⁸⁰ *Supra*, note 57, ;st 8. L'approche adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Cook c. Lewis*, *supra*, note 29 où l'on parle d'atteinte « directe » plutôt qu'intentionnelle peut également être très utile.

⁸¹ *Seneca College c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, 124 D.L.R. (3d) 193 [ci-après *Bhadauria* avec renvois aux R.C.S.], *inf. Bhadauria c. Board of Governors of Seneca College* (1979), 105 D.L.R. (3d) 707, 27 O.R. (2d) 142 (C.A. Ont.).

⁸² *Ibid.* à la p. 189.

⁸³ *Ibid.* à la p. 190. L'approche du juge en chef n'est pas sans rappeler l'ancien système de *writs* où, pour obtenir un recours devant un tribunal, il fallait être en mesure de démontrer que sa cause d'action était susceptible d'être assimilée à un *writ* ou une procédure pré-existante. Cette rigidité procédurale, qui a d'ailleurs mené à la création et à l'expansion des cours d'*Equity* (voir R. David et C. Jauffret-Spinozi, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1988 aux pp. 350-76) n'est pas sans son parallèle moderne. En effet, l'histoire semble se répéter au 20^e siècle dans le contexte des droits de la personne alors qu'il a fallu pallier à la rigidité de la common law en la matière en créant des commissions et des tribunaux administratifs chargés de faire respecter les droits individuels.

mement, il n'est pas loisible aux tribunaux de créer un recours délictuel là où l'assemblée législative a déjà occupé le champ. Le *Code* ontarien des droits de la personne prévoit déjà un mécanisme pour régler ce genre de différend, mécanisme qui, de l'avis du juge Laskin, prévoit la compétence exclusive de la Commission des droits de la personne dans ce domaine. Il n'est donc pas approprié de tenter de s'inspirer de la politique sociale proposée dans le *Code* pour créer un droit jusqu'ici inconnu en common law.⁸⁴

Le premier motif est sensiblement relié aux problèmes vus à la partie III. A. et il n'est pas nécessaire de revenir plus longuement là-dessus à ce stade-ci. Toutefois, le deuxième motif invoqué par le juge en chef mérite plus d'attention. La conclusion selon laquelle le *Code* « empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions » et exclut « toute action qui découle de la common law et est fondée sur l'invocation de la politique générale énoncée dans le Code »⁸⁵ est plus catégorique qu'elle n'est convaincante. Laskin s'appuie sur le fait que la création d'une commission d'enquête relève de la discrétion du ministre chargé d'appliquer le *Code* pour affirmer qu'il s'agit là d'un élément indiquant l'intention de la législature ontarienne de se réserver la compétence exclusive en la matière. À la Cour d'appel de l'Ontario, Madame la juge Wilson avait conclu exactement le contraire : que la discrétion ministérielle tend à démontrer l'absence d'intention d'exclure le recours fondé sur la common law.⁸⁶ Par ailleurs, le fait que le *Code* prévoit pour les plaignants et plaignantes des mécanismes pour faire appel devant les tribunaux civils des décisions de la Commission démontre, selon le juge Laskin, que des procédures complètes et détaillées ont été prévues, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de créer un recours en responsabilité civile. Il découle implicitement et nécessairement de cette dernière justification que les recours pour discrimination, s'ils doivent exister, devraient être restreints à une seule voie, celle prévue par le *Code*.

Dans le cas des atteintes directes à la personne, il existe déjà plus d'une possibilité d'obtenir compensation pour un préjudice. Personne ne prétend qu'il faudrait éliminer le recours en common law pour les actes de violence parce qu'il y a possibilité de se faire compenser en vertu de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁸⁷ et ce, même lorsque la loi créant le recours prévoit la possibilité de porter appel de la décision devant les tribunaux judiciaires. Dans la mesure où il est convenu qu'une personne intentant une telle action ne peut bénéficier

⁸⁴ Voir cependant l'analyse proposée en dissidence par le juge O'Halloran dans l'affaire *Rogers*, *supra*, note 71.

⁸⁵ *Bhadauria*, *supra*, note 81 à la p. 195.

⁸⁶ *Bhadauria c. Board of Governors of Seneca College*, *supra*, note 81.

⁸⁷ L.R.O. 1990, chap. C.24. Voir également la *Loi sur l'entrée sans autorisation*, L.R.O. 1990, chap. T.21, qui permet spécifiquement à la partie demanderesse soit de présenter une requête en dommages-intérêts au tribunal chargé de juger de l'infraction (art. 12(1)), soit d'intenter une poursuite civile en dommages-intérêts (art. 12(5)).

d'un double recouvrement, il ne semble pas y avoir, *à priori*, de raisons suffisamment convaincantes pour rejeter la possibilité d'obtenir un recours devant le forum de choix de la personne lésée. Par ailleurs, les difficultés pratiques avec lesquelles certaines commissions sont aux prises peuvent permettre de douter, dans certains cas, de la capacité de ces organismes d'offrir aux victimes de discrimination, la justice à laquelle elles ont droit.⁸⁸ Si cette capacité est réellement entachée ou paralysée, les victimes de discrimination continuent de subir des préjudices pour lesquels il n'existe pas vraiment de recours. Par ailleurs, le fait qu'il existe plus d'une voie de recours ne devrait pas être perçu comme un élément négatif. Le contraire semblerait plutôt vrai. Comme le soutient la professeure Minow :

Given multiple channels for hearings, less powerful voices have more chances, ultimately, to be heard. Governmental powers should be allocated to multiple authorities, not to fulfill an ideal plan about appropriate levels for exercising particular powers, but, instead, to enhance opportunities for challenging public and private intolerance.⁸⁹

D. *L'harmonie dans la communauté et le recours individuel —
Y a-t-il nécessairement conflit?*

Il est certes vrai que le recours délictuel proposé ici n'en est pas un qui saurait totalement satisfaire les personnes qui analysent l'oppression comme un concept structurel.⁹⁰ Ce n'est d'ailleurs pas son ambition et il serait difficile de concevoir comment le droit de la responsabilité délictuelle pourrait, à lui seul, entreprendre une telle révolution. Cependant, il ne fait aucun doute que le droit des délits incarne une méthode juridique qui se veut capable de rester près des besoins de la société. Comme l'affirme M^e Zion :

The law of torts is a particular example of a legal method founded upon and affected by the needs of society and the necessity of balancing the interests of different parts of that society.⁹¹

⁸⁸ En Ontario, la Commission des droits de la personne a accumulé un arriéré d'environ 2600 plaintes, ce qui porte à croire que les droits civils énoncés dans la loi ontarienne ne sont pas particulièrement bien protégés par le système de règlement des conflits prévu dans le *Code* ; voir M.G. Crawford, « Human Rights Commissions: Politically Correct Predators? » (1991) 15 CAN. LAWYER 16 à la p. 22. De plus, dans cet article, à la p. 17, l'actuelle commissaire en chef de la Commission ontarienne, Catherine Frazee, affirme que dans le futur la Commission se concentrera davantage sur les cas de discrimination systémique, ce qui pourrait avoir pour effet de laisser pour compte les nombreuses victimes de discrimination non systémique.

⁸⁹ « Pluralisms » (1989) 21 CONN. L. REV. 965 à la p. 978. Voir aussi R. Cover, « The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation » (1981) 22 WM. & MARY L. REV. 639.

⁹⁰ Voir, *par ex.*, I.M. Young, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE, Princeton, Princeton University Press, 1990, particulièrement le chap. 2.

⁹¹ *Supra*, note 12 à la p. 270.

Par ailleurs, l'intervention du droit dans divers domaines a pour effet de promouvoir un certain ordre social et donc de mettre de l'avant les valeurs fondamentales de sa société.⁹² Dans ce sens, le droit de la responsabilité civile peut tout de même contribuer à un projet social plus large que ses propres paramètres.⁹³

Un autre contre-argument à la création d'un délit de discrimination est qu'il ne fait que promouvoir la vision libérale et individualiste du monde. Ce délit ne ferait que reconnaître à certains individus le droit de poursuivre d'autres individus et ne saurait mettre en valeur l'importance d'une conception communaliste du monde. Cette critique est, en partie du moins, bien fondée. Il ne fait aucun doute que le système juridique anglo-canadien crée un régime d'adversaires pour régler les conflits (aussi paradoxal que ceci puisse sembler) en transformant les parties à un litige en rivales, défiant l'une d'entre elles de dominer avec sa propre version des faits. Cependant, ce n'est pas un conflit éternel. Les parties, en se présentant devant un tribunal, acceptent la compétence de celui-ci pour trancher le litige et mettre un terme au conflit. Bien que les deux parties ne peuvent pas généralement s'en tirer avec la victoire, il n'en demeure pas moins que dans la plupart des cas, la décision du tribunal sera acceptée comme mettant fin au différend.

La vision utopique d'une communauté où les arrangements sociaux mettent l'accent sur le partage, la confiance et l'amour plutôt que sur des structures rigides telles les règles, le droit et la protection de l'individu contre l'intervention des autres et de l'État pourrait également ne pas répondre aux formes d'organisation sociale que recherchent les diverses minorités. Comme le souligne le professeur Delgado :

White leftists almost always resolve this dilemma on the side of community. They would rather take the risks of a certain amount of informality and structurelessness — the occasional risk of hurt or injustice — in return for the « intersubjective zap » possible in true community.

....

⁹² La question est sans doute « quelles valeurs sociales? » Comme l'ont souligné plusieurs auteures féministes, l'ordre social avancé par les tribunaux a souvent reflété les intérêts des groupes dominants, tout en assurant le maintien, avec des règles juridiques telles que la règle du précédent, de valeurs qui renforcent la hiérarchie sociale pré-existante : J. Rifkin, « Toward A Theory of Law and Patriarchy » (1980) 3 HARV. WOMEN'S L.J. 83 ; M.J. Mossman, « Feminism and Legal Method: The Difference it Makes » (1986) 3 AUSTRALIAN J. OF LAW AND SOCIETY 30 ; C.A. MacKinnon, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE, Cambridge, Harvard University Press, 1989 aux pp. 162-70.

⁹³ La reconnaissance même d'un droit à la non-discrimination en responsabilité civile peut, de plus, servir à accroître la dignité humaine et l'estime de soi d'une personne qui fait l'objet de discrimination. Comme le souligne C. Smart dans FEMINISM AND THE POWER OF LAW, London, Routledge, 1989 à la p. 152 :

Not only are rights part of the very history of modern social movements, they also give status to the groups or minorities who are making demands. The person demanding her rights is not a supplicant or a seeker of charity, but a person with dignity demanding a just outcome according to widely accepted criteria of fairness.

We, by contrast, would set the balance much further toward protection and formality. Our principal fear is not coldness, alienation or lack of community. We have community, of a sort, (courtesy of racism) in our common victimhood. When we get together, we hug, laugh, exchange horror stories and talk until late at night. What we want, rather, is protection — the protection that comes from rules, rights, institutions, guardians, legal recourse.⁹⁴

Tel que mentionné ci-haut, il n'est donc pas évident, ou du moins il ne faut pas conclure trop hâtivement, que les sociétés traditionnelles et les populations immigrantes, lorsqu'elles cherchent à maintenir leurs coutumes et leurs traditions ancestrales, veulent retourner à une vision de l'harmonie communautaire qui ne serait pas conforme à leurs aspirations actuelles. Ces aspirations ont une corrélation importante avec leur quotidien, leurs expériences de vie et ne seront pas si rapidement abandonnées, même si pour chacune de ces communautés il demeure important de valoriser les origines et la culture.

Un recours individuel pour un délit de discrimination, ne devrait pas non plus être perçu comme un recours égoïste, n'apportant rien à la communauté. Au contraire, dans la mesure où une seule personne possède le courage de se présenter seule pour réclamer le respect de sa dignité humaine, toute la communauté peut en bénéficier, autant pour les règles de droit que ce litige peut promouvoir, que pour les changements que ces règles pourraient contribuer à effectuer dans les comportements néfastes aux minorités et à la société en général.⁹⁵ D'autre part, un recours individuel peut certainement aider à soulager la pression sur la communauté qui devrait autrement toujours tenter de se faire entendre dans des manifestations politiques.⁹⁶

IV. CONCLUSION

Chaque communauté humaine a toujours réussi à développer des méthodes de réglementation pour régir les relations entre les membres de sa communauté, ainsi qu'avec les autres groupes, et cela avec ou sans

⁹⁴ « Critical Legal Studies and the Realities of Race — Does the Fundamental Contradiction have a Corollary? » (1988) 23 HARV. C.R.-C.L. L.R. 407 à la p. 410.

⁹⁵ Bien qu'il faut noter qu'aucun courant progressiste n'existe sans créer un contre-courant. Comme le souligne Smart, *supra*, note 93 à la p. 138 :

[T]he more women and minority groups resort to law, the more hostility is generated. A backlash is created that may take the form of violence, or of counter-use of law to re-establish traditional rights which will nullify minority rights.

⁹⁶ Les manifestations politiques peuvent, autant que les recours devant les tribunaux, éveiller l'hostilité du groupe dominant ou de groupes qui représentent des intérêts contraires. D'autre part, le recours aux tribunaux autant qu'aux manifestations politiques peut faire naître des conflits parmi différents groupes d'une même communauté. Toutefois, les recours aux tribunaux sembleraient moins susceptibles de créer un climat de confrontation, dans la mesure où il y a perception sociale qu'un tribunal est en mesure de tenir compte des divers intérêts présents au litige.

l'aide d'un régime juridique structuré et officiel. Par ailleurs, il faut souligner qu'aujourd'hui la plupart des individus font partie de nombreux réseaux qu'ils soient culturels, économiques, politiques ou sociaux.⁹⁷ Dans cette perspective, la société moderne pluraliste et complexe n'est peut-être plus bien servie par une conception de la réglementation qui soit conforme à nos anciennes conceptions d'une société juste, c'est-à-dire une société où un droit équivaut à un seul recours.⁹⁸

Bien que l'arrivée des États libéraux et la consécration officielle d'un régime de droit uniforme aient eu un impact important sur l'organisation politique et sociale des peuples, il n'en demeure pas moins vrai que le droit n'a jamais occupé toute la place. Malgré l'omniprésence du droit dans la conception sociale des juristes, les communautés ont toujours maintenu des moyens alternatifs pour composer avec les problèmes occasionnés par la vie en société. Même si cette étude préconise la création d'un nouveau droit « officiel », celui-ci est principalement conçu dans le but de promouvoir un respect des valeurs traditionnelles rattachées au maintien de l'harmonie communautaire⁹⁹ et à la fois d'offrir un mécanisme pouvant aider à résoudre les conflits entre différentes communautés (ou entre les individus de ces différentes communautés) là où les conflits sont peu susceptibles d'être réglés à l'intérieur même d'une communauté.

Le gouvernement provincial de l'Ontario est présentement dans un processus de réévaluation de son *Code des droits de la personne*. Le document de réflexion préparé dans le but d'amorcer la discussion sur les modifications possibles des politiques provinciales en la matière mentionne que :

Le système de protection des droits de la personne dont dispose aujourd'hui la province — et le reste du pays — est en panne. Il est désuet, lent et inaccessible et peu d'usagers en sont satisfaits. De plus, bon nombre des personnes qui sont victimes de discrimination sont à ce point découragées par les problèmes du système qu'elles ne se donnent même pas la peine de loger une plainte.¹⁰⁰

⁹⁷ J. Vanderlinden, « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later » (1989) 28 J. OF LEGAL PLURALISM AND UNOFFICIAL LAW 149 aux pp. 150-51.

⁹⁸ Voir *supra*, note 89.

⁹⁹ Les propos de cet article ne devraient pas être perçus comme cherchant à occulter les problématiques reliées aux pratiques traditionnelles dans le contexte d'une société moderne à la recherche de l'égalité. Plusieurs pratiques traditionnelles dans certaines cultures sont, par exemple, en contradiction avec le principe d'égalité des sexes. Voir S. Poulter, « Ethnic Minority Customs, English Law and Human Rights » (1987) 36 INT'L & COMP. L.Q. 589. Lorsque le présent texte fait référence aux valeurs traditionnelles, celles-ci sont normalement comprises comme la recherche de l'harmonie dans la communauté et la promotion de la paix sociale.

¹⁰⁰ Ontario, Groupe d'étude sur le Code des droits de la personne de l'Ontario, *Pour bien protéger les droits de la personne : document de réflexion*, 1992 à la p. 1 [ci-après *Document de réflexion*]. Les audiences publiques tenues par ce groupe d'étude ont d'ailleurs confirmé l'insatisfaction des usagers. Voir J. Ferguson, « Rights body a 'joke', hearing told » *The [Toronto] Globe and Mail* (23 avril 1992) A8.

Dans ce contexte, il est approprié de se demander si effectivement la compétence exclusive de la Commission devrait être maintenue pour assurer la protection des droits de la personne.¹⁰¹

Le recours en responsabilité civile délictuelle pour les préjudices causés par des actes ou des paroles discriminatoires ne constitue certes pas une panacée aux problèmes découlant des inégalités dans notre société, mais c'est un moyen qui, parmi d'autres, pourrait aider à en chercher les solutions. D'une part, en raison de son caractère public, le recours devant les tribunaux pour ce genre de préjudice peut avoir un effet éducatif bénéfique pour l'ensemble de la population. Ceci aurait pour effet, premièrement, de légitimer le sentiment d'injustice qu'éprouvent les victimes de ces actes et, deuxièmement, de dissuader ce genre de comportement chez les personnes qui pourraient abuser de leur position d'autorité ou de pouvoir de cette façon. D'autre part, la reconnaissance du recours délictuel pour discrimination aurait un effet psychologique et pratique important sur la façon dont le droit est enseigné, appris, pratiqué et administré par toutes les intervenantes et tous les intervenants du système judiciaire.

La création d'un nouveau recours délictuel pour discrimination pourrait aider à cerner les débats concernant la cohabitation de différentes cultures tout en contribuant à une coexistence paisible entre ces groupes. Ce qui peut sembler un projet fort ambitieux ne l'est finalement pas. Ce n'est qu'une des nombreuses alternatives disponibles pour le règlement des conflits qui peuvent s'avérer nuisibles au maintien de la paix sociale. Pour ce faire, il va falloir que la common law s'adapte aux temps modernes, qu'elle soit prête à reconnaître que les préjudices émotifs et psychologiques sont aussi importants que les préjudices corporels et qu'ils méritent ainsi la protection accordée à d'autres intérêts par les tribunaux dans les recours civils. Il s'agit d'une évolution tout à fait naturelle si l'on tient compte des objectifs originels du droit des délits.

¹⁰¹ La possibilité d'avoir un recours direct devant les tribunaux est d'ailleurs soulevée dans le *Document de réflexion*, *ibid.* à la p. 8.