

NEUF À ZERO NE SUFFIT PLUS: *GOULD C. YUKON ORDER OF PIONEERS* ET LA PERSPECTIVE FEMININE[©]

PAR MARIE-FRANCE MAJOR*

Est-ce que les femmes voient d'une façon spécifique, c'est-à-dire autrement que les hommes, le monde et ce qui s'y passe? Cette question est des plus pertinentes à la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Gould c. Yukon Order of Pioneers*. Dans cette cause, dont l'objet en litige était l'interprétation de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, la Cour s'est partagée en fonction du sexe des juges. Seuls les juges féminins, en dissidence, ont abordé le problème en termes de pouvoir, de vulnérabilité et d'égalité, alors que les juges masculins s'en sont tenus à une approche textuelle stricte. Il ressort de cette décision, ainsi que de celle de *Symes*, que tant que l'expérience de la réalité vécue par les femmes divergera de celle des hommes, et tant que les femmes seront minoritaires à la magistrature, la vision féminine de l'égalité continuera de n'être que cela: une simple vision.

Do women see the world in a way that is peculiar to them, that is, differently from the perceptions of men? In view of the decision of the Supreme Court of Canada in *Gould v. Yukon Order of Pioneers* this question raises a highly pertinent issue. In *Gould*, where the subject of litigation was the interpretation of the human rights legislation of the Yukon, the Court was divided according to the gender of the judges. Only the female judges, in dissent, addressed the problem in terms of power, vulnerability, and equality, while the male judges adhered to a strict approach to statutory construction. On the basis of this decision, as well as the decision in *Symes*, it would appear that, as long as the reality experienced by women diverges from the reality of men, and women continue to be a minority in the judiciary, a feminine vision of equality will remain just that: simply a vision.

I. INTRODUCTION	272
II. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME	273
A. <i>La première question</i>	274
B. <i>La deuxième question</i>	279
III. DES PERSPECTIVES DIVERGENTES	284

© 1997, M.-F. Major.

* Professeure adjointe à la Faculté de droit (Common Law, section de langue française) de l'Université d'Ottawa.

I. INTRODUCTION

En 1990, Madame Bertha Wilson, juge à la Cour suprême du Canada, posait la question: «Est-ce que des femmes juges feront une différence?»¹ En proposant une réponse à la question qu'elle avait soulevée, Madame Wilson soutenait que la nomination d'un plus grand nombre de femmes à la magistrature aurait des répercussions non seulement sur le processus même de décision judiciaire mais aussi sur l'évolution du droit positif.² Cette conclusion se fondait en grande partie sur le présupposé que les femmes voient d'une façon spécifique, c'est-à-dire autrement que les hommes, le monde et ce qui s'y passe.³

Une telle perspective n'a pas de quoi surprendre. Dès 1988, dans la cause *Morgentaler*,⁴ le juge Wilson avait invoqué l'expérience spécifique des femmes et elle avait signalé l'incapacité foncière des hommes de comprendre l'importance des implications et des conséquences de la décision de continuer ou d'interrompre une grossesse.⁵ Ainsi, selon elle, parce que les hommes et les femmes ont des expériences différentes, ils pensent différemment et abordent les problèmes juridiques de façons différentes.

Les propos du juge Wilson semblent particulièrement pertinents à la lumière de la décision récente de la Cour suprême du Canada, dans *Gould c. Yukon Order of Pioneers*.⁶ Dans cette cause, dont l'objet en

¹ B. Wilson, «Est-ce que des femmes juges feront une différence?» (1990-91) 4 R.F.D. 359.

² *Ibid.* à la p. 370. Voir également R.E. Wahl, «Some Reflections on Women and the Judiciary» (1986) 4 *Law & Inequality* 153; B.B. Cook, «Will Women Judges Make a Difference in Women's Legal Rights?: A Prediction from Attitudes and Simulated Behavior» dans M. Rendel, dir., *Women, Power, and Political Systems* London, Croom Helm, 1981, 216.

³ La position adoptée par le juge Wilson s'inspirait des propos de C. Gilligan (*Une si grande différence*, trad. par A. Kwiatik, Paris, Flammarion, 1986). Selon Gilligan, les femmes pensent différemment des hommes, surtout lorsqu'elles sont placées devant des dilemmes d'ordre moral. Sa thèse est à l'effet que les femmes se perçoivent davantage comme étant liées aux autres et comme membres d'une collectivité, alors que les hommes se perçoivent plutôt comme étant essentiellement autonomes et indépendants vis-à-vis des autres. Pour un résumé de la pensée de Gilligan, voir C. Boyle, «The Role of the Judiciary in the Work of Madame Justice Wilson» (1992) 15 *Dalhousie L.J.* 241 aux pp. 244-45.

⁴ *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30.

⁵ Selon le juge Wilson, il est «probablement» impossible pour un homme d'imaginer une réponse au dilemme de l'avortement, «non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle ... mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au coeur même du dilemme». *Ibid.* aux pp. 171-72.

⁶ [1996] 1 R.C.S. 571 [ci-après *Gould*].

litige était l'interprétation de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon,⁷ la Cour s'est partagée en fonction du sexe des juges. Ainsi, le juge Iacobucci, écrivant au nom de la majorité composée du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Major, Cory et Gonthier, tous des hommes, a confirmé que le Yukon Order of Pioneers ne commettait pas un acte discriminatoire, au sens de la *Loi*, en refusant aux femmes le statut de membre. En dissidence, les femmes, soit les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, ont conclu, au contraire, qu'en l'espèce il existait une pratique discriminatoire.

II. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME

Madame Gould, une résidente du Yukon, avait demandé à devenir membre de l'Ordre du Yukon. Sa candidature fut rejetée uniquement en raison de son sexe. Le Yukon Order of Pioneers, un organisme fondé en 1884, se consacrait essentiellement à des activités sociales, historiques et culturelles axées sur le bien-être de ses membres.⁸ Aux termes de ses statuts constitutifs, l'Ordre avait pour objet l'avancement du Yukon, la protection de ses membres et le développement de liens de fraternité entre eux, la compilation dans ses registres des noms de tous les pionniers du Yukon, ainsi que la collecte et la préservation de documents et d'anecdotes concernant l'histoire du Yukon.⁹ Les documents historiques ainsi recueillis étaient mis à la disposition du public.

Dans *Gould*, la Cour devait trancher deux questions principales. La première était de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, le fait d'empêcher Madame Gould de devenir membre du Yukon Order of Pioneers, pour le motif qu'elle était une femme, constituait un acte discriminatoire aux termes de l'alinéa 8a) de la *Loi* du Yukon. Cette disposition prévoit en effet qu'il est interdit de faire preuve de discrimination relativement à «l'offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations».¹⁰ La deuxième question devait considérer si, étant donné les activités de l'Ordre et la place qu'il occupait dans la collectivité, l'adhésion à cet organisme correspondait en

⁷ *Loi sur les droits de la personne* L.R.Y. 1986 (supp.), c. 11, mod. par L.Y. 1987, c.3 [ci-après *Loi*].

⁸ *Gould*, *supra* note 6 à la p. 591.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Supra* note 7. La *Loi* institue à cet effet une distinction entre le privé et le public.

soi à un service offert au public, de sorte que le refus d'accorder aux femmes le statut de membre constituait un acte discriminatoire.

Selon les dispositions de la *Loi*, une fois établie l'existence d'une pratique discriminatoire,¹¹ il faut déterminer si, en vertu de l'article 8, cette pratique est l'une de celles qui sont interdites et, dans l'affirmative, si la pratique discriminatoire interdite peut être justifiée en vertu de l'article 10.¹²

A. *La première question*

L'argument de l'appelante, fondé sur l'alinéa 8a), était à l'effet que, pour mettre des documents historiques à la disposition du public, il fallait les recueillir et les compiler, et que, par conséquent, la collecte et la compilation de ces documents faisaient partie du service au public. Or, la collecte et la compilation des documents étant restreintes aux membres de l'Ordre du Yukon, Madame Gould était victime de discrimination dans la prestation du service, car on lui refusait le statut de membre de l'Ordre pour un motif illicite. Il en résultait une déformation de l'histoire du Yukon sous l'effet d'une vision masculine.¹³

Le juge Iacobucci, écrivant au nom de la majorité, a d'abord examiné la politique de l'Ordre, selon laquelle seuls les hommes étaient acceptés comme membres. Il conclut que cette pratique contrevenait à l'alinéa 6f) de la *Loi* qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe.¹⁴ Toutefois, il jugea que la discrimination exercée par l'Ordre n'était pas interdite en vertu de l'article 8. En effet, selon le juge Iacobucci, le service offert au public dans la présente affaire était le produit final, à savoir, les données ou les documents historiques produits, non le processus même de la collecte ou de la création de

¹¹ Selon l'article 6 de la *Loi*, «constitue un acte discriminatoire le fait de traiter défavorablement un particulier ou un groupe» pour un certain nombre de motifs, dont le «sexe» (alinéa f). L'article 11 ajoute que «constitue un acte discriminatoire tout comportement qui entraîne de la discrimination».

¹² L'exception prévue au paragraphe 10(1) se lit comme suit:

Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait pour un organisme religieux, de bienfaisance, d'éducation, social ou culturel, ou d'athlétisme d'accorder la préférence à ses membres ou aux particuliers que l'organisme a été créé pour servir.

¹³ *Gould*, *supra* note 6 à la p. 599.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 587.

données.¹⁵ Puisque l'Ordre fournissait le produit au public sans discrimination, il n'existait aucune violation de la *Loi*.¹⁶

Le juge La Forest, en accord quant au résultat, procéda à une analyse plus détaillée de la prétention de l'appelante. Selon lui, l'alinéa 8a) exige une analyse à deux volets.¹⁷ Le premier vise à déterminer en quoi consiste le «service», compte tenu des faits soumis à la Cour.¹⁸ Le deuxième volet vise à déterminer si ce service instaure une relation publique entre le fournisseur et l'utilisateur.¹⁹ Pour déterminer si le service donne lieu à une relation publique, il faut examiner certains critères, dont «la sélectivité dans la prestation du service, la diversité du public à qui il est destiné, la participation de non-membres, son caractère commercial ou non, sa nature intime et son objet».²⁰

En l'espèce, même si la collecte et la conservation de l'histoire du Yukon constituaient un service, il n'y avait pas violation de l'alinéa 8a), car l'activité ne donnait pas lieu à une relation publique.²¹ Non seulement la preuve ne permettait pas de conclure que l'Ordre mettait à la disposition du public ses installations destinées à la collecte et à la compilation de données, mais la participation à ses services était sélective et la préparation des données historiques était strictement privée.²² En effet, c'était l'historien de l'Ordre qui recueillait et compilait les documents historiques: le public ne participait pas aux recherches historiques.

¹⁵ Le juge Iacobucci ne nie pas que la collecte ou la création de données puissent elles-mêmes constituer un service offert au public. Sa conclusion est simplement à l'effet que tel n'était pas le cas en l'espèce. *Ibid.* à la p. 589.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.* à la p. 611.

¹⁸ Selon le juge La Forest, l'alinéa 8a) ne fournit, par lui-même, aucune indication quant aux types de services susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction de la discrimination. Il faut donc examiner la jurisprudence pour voir quels sont les services visés par l'alinéa en question. *Ibid.* à la p. 605.

¹⁹ Il doit exister une relation publique entre le fournisseur du service et le bénéficiaire de ce service: le public doit se voir accorder l'accès ou l'admission, ou offrir le service par le fournisseur. Ce n'est qu'une fois que le service passe par le fournisseur et qu'il est mis à la disposition du public qu'il tombe sous l'impact de la *Loi*. Selon le juge La Forest, il n'est pas nécessaire qu'une entreprise soit censée servir le public pour que le service qu'elle offre soit visé par l'alinéa 8a): l'intention de l'entreprise n'est pas déterminante quant à la question de savoir si le service qu'elle offre est de fait offert au public. *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* à la p. 611. Le juge La Forest précise que la liste des critères n'est pas exhaustive et qu'aucun des critères n'est déterminant par lui-même.

²¹ *Ibid.* aux pp. 612-13.

²² *Ibid.* à la p. 613.

Le seul service ayant un caractère public était la fourniture des documents historiques de l'Ordre et de ses membres au public.²³ Or, on n'alléguait aucune discrimination dans la prestation de ces services.²⁴ Il faut noter, et c'est un aspect important, que ce service n'englobait pas la collecte et la compilation des dossiers.²⁵

Selon le juge La Forest, pour déterminer la portée de l'interdiction de l'alinéa 8a), il fallait procéder à un exercice de pondération de droits opposés. Assujettir la collecte et la compilation de données sur l'histoire du Yukon à l'alinéa 8a) aurait pour effet d'entraver la liberté d'expression et d'association, droits reconnus ailleurs dans la *Loi*.²⁶ Or, non seulement l'Ordre ne prétendait-il pas offrir une vision définitive de l'histoire du Yukon, mais les faits démontraient que l'Ordre ne déformait pas l'histoire générale du Yukon en excluant les femmes de ses rangs.²⁷

Dissidente quant au résultat, le juge McLachlin soutient que la collecte et la distribution de documents historiques constituaient indubitablement un service au public.²⁸ Toutefois, le débat en l'espèce porte sur la question de savoir si, en ne pas admettant les femmes comme membres, l'Ordre exerçait une forme de discrimination dans la fourniture de ce service. Selon le juge McLachlin, puisqu'il mettait ses recherches à la disposition de toute personne intéressée, l'Ordre n'exerçait pas de discrimination dans la fourniture de ce service.²⁹

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* à la p. 614. Le juge La Forest affirme qu'il suffit d'exiger que les services historiques fournis au public soient accessibles à chacun, librement et en toute égalité, sans discrimination fondée sur des motifs illicites, pour qu'ils soient pleinement conformes à l'objet proclamé de la Loi, soit «de mettre en oeuvre au Yukon le principe de la liberté et de l'égalité de dignité et de droits de chacun».

²⁵ *Ibid.* Le juge La Forest maintient que, pour accepter l'interprétation voulant que le service consistant à fournir des dossiers historiques au public englobe la collecte et la compilation de ces dossiers, il faudrait que l'alinéa 8a) soit rédigé de la façon suivante: «[I] est interdit de faire preuve de discrimination dans la préparation et la collecte relatives à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations».

²⁶ *Ibid.* à la p. 615.

²⁷ *Ibid.* à la p. 616.

²⁸ *Ibid.* à la p. 655.

²⁹ *Ibid.* Après l'examen de l'alinéa 8a) de la *Loi*, le juge McLachlin affirme que «[I]a disposition vise essentiellement à faire en sorte que ceux qui fournissent des services mettent ceux-ci à la disposition du public en général, sans discrimination fondée sur le sexe ou tout autre motif illicite».

Quant au juge L'Heureux-Dubé, elle affirme dès le début de son analyse que le raisonnement du juge La Forest «repose sur une compréhension erronée de l'analyse du Conseil». ³⁰ À son avis, il faut donner un sens large à l'expression, «fourniture de services», que l'on retrouve dans la *Loi*. Cette expression «englobe des activités par lesquelles un avantage autre qu'un bien matériel a été conféré à quelqu'un ou à une collectivité, ou un effort déployé à son profit». ³¹ En outre, pour déterminer le caractère privé ou public d'un service, il faut examiner la relation entre le fournisseur et l'utilisateur du service. ³² Alors qu'il n'est pas nécessaire qu'un service soit offert au public «en général» pour qu'il existe une relation publique entre fournisseur et utilisateur, «lorsqu'un service est fourni au public en général, la relation entre le fournisseur et les utilisateurs est nécessairement publique». ³³

Invoquant le bien-fondé d'une certaine «retenue» à l'égard des conclusions d'un organisme spécialisé en matière de droits de la personne, le juge L'Heureux-Dubé affirme que la Cour devait maintenir la décision antérieure du Conseil, ³⁴ selon laquelle il existait une violation de la *Loi*. ³⁵ Essentiellement, le Conseil avait conclu que l'Ordre fournissait des services au public en recueillant et en conservant des documents se rapportant à l'histoire du Yukon et en mettant ceux-ci à la disposition du public. Vu la preuve qui existait, le Conseil pouvait raisonnablement décider que les activités de l'Ordre consacrées à la

³⁰ *Ibid.* à la p. 626.

³¹ *Ibid.* à la p. 639. Le juge Martland dans *Gay Alliance Toward Equality*. *Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435 à la p. 455, a conclu que le mot «service» «renvoie aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics». Selon le juge L'Heureux-Dubé dans *Gould*, à la p. 40, «l'arrêt *Gay Alliance* ne doit pas être interprété comme exigeant que les "services" soient analogues à ceux qui y sont énumérés». *Ibid.* à la p. 640.

³² *Gould*, *supra* note 6 à la p. 641. Voir aussi *Université de la Colombie-Britannique*. *Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 à la p. 384 [ci-après *Berg*].

³³ *Gould*, *supra* note 6 à la p. 641.

³⁴ Pour la décision du Conseil, voir (1989), 10 C.H.R.R. D/5812. Appel de la décision du Conseil a été interjeté devant la Cour suprême du territoire du Yukon, qui l'a infirmée [(1991), 14 C.H.R.R. D/176]. L'appel formé devant la Cour d'appel du territoire du Yukon a été rejeté [(1993), 18 C.H.R.R. D/347].

³⁵ Sa position était que le Conseil n'avait pas affirmé que la présentation d'une documentation historique biaisée, ou d'une documentation préparée sans la participation des femmes, constituait un acte discriminatoire envers les femmes: voir *Gould*, *supra* note 6 à la p. 638. La décision du Conseil était simplement à l'effet que «la Loge fournissait des services au public en recueillant et en conservant des documents se rapportant à l'histoire du Yukon et en les mettant à la disposition du public». Il existait «discrimination relativement à la fourniture de services au public parce que le refus d'admettre les femmes au sein de la Loge avait une incidence sur la qualité de la documentation historique réunie et conservée par ses soins»: *ibid.* à la p. 641.

collecte, à la conservation et à la publication de l'histoire du Yukon constituaient des travaux effectués au profit du public en général.³⁶ En ne pas dissociant automatiquement la préparation d'un dossier historique de sa communication au public, le Conseil avait adopté une approche qui avait beaucoup de mérite. En fait, il était tout à fait logique de traiter globalement les activités à caractère historique de l'Ordre comme un service unique.³⁷

Le Conseil avait aussi conclu qu'il y avait discrimination quant à la fourniture de services au public, parce que le refus d'admettre des femmes au sein de l'Ordre avait une incidence sur la qualité de la documentation historique réunie et conservée par ses soins.³⁸ Même s'il n'est pas nécessaire d'établir dans tous les cas que la discrimination a eu une incidence sur la qualité du service, il n'existe aucune erreur, selon le juge L'Heureux-Dubé, dans la proposition que «cette incidence crée un lien suffisant pour étayer la conclusion qu'il y a eu discrimination “relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services”».³⁹

Aucun principe de droit n'obligeait le Conseil à restreindre l'application de l'alinéa 8a) aux situations où la discrimination s'exerçait contre des utilisateurs potentiels du service.⁴⁰ Le Conseil était alors justifié «de privilégier le sens qui reflète le moins de tolérance, et non le plus, à l'endroit de la discrimination».⁴¹ Le seul critère à appliquer était celui formulé dans la *Loi*, soit la preuve que la discrimination a été pratiquée «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services».⁴² Puisque le Conseil avait appliqué ce critère et n'avait commis aucune erreur dans son interprétation de celui-ci, selon le juge L'Heureux-Dubé, il fallait maintenir sa décision.⁴³

³⁶ *Ibid.* à la p. 642.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Selon le Conseil, «on pouvait parler de discrimination “relativement à l'offre ou à la fourniture de services” si la discrimination avait une incidence sur la qualité du service». *Ibid.* à la p. 644.

³⁹ *Ibid.* Toutefois, selon le juge L'Heureux-Dubé, cette incidence appuie la proposition qu'il y a eu discrimination «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services».

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.* à la p. 646.

⁴³ En ce qui concerne l'application de la clause d'exemption du paragraphe 10(1), le juge L'Heureux-Dubé estime que l'Ordre n'était pas un organisme ayant droit à la protection de ce paragraphe. L'Ordre ne pouvait être considéré comme un organisme voué à la promotion des intérêts d'un groupe identifiable: il était au service des intérêts et du bien-être de l'ensemble de la population du Yukon. *Ibid.* à la p. 654.

B. La deuxième question

Le deuxième argument devant la Cour était à l'effet que la politique d'adhésion de l'Ordre constituait un acte discriminatoire au sens de l'alinéa 8a).⁴⁴ Puisque l'appartenance à l'association constituait en soi un service au public, pour satisfaire aux exigences de la *Loi*, ce service devait être offert aux femmes aussi bien qu'aux hommes.

C'est à cette étape de l'analyse qu'apparaît la différence fondamentale dans la perception du problème, cette différence recoupant exactement le partage entre les jugements de la majorité et ceux de la minorité. Ainsi, parlant au nom de la majorité, le juge Iacobucci traite de l'argument de l'intervenant de façon strictement formelle. Examinant l'article 8 dans son ensemble, il note d'abord que, à l'alinéa 8c), le législateur traite spécifiquement de la question de l'appartenance comme catégorie de pratique discriminatoire. Cet alinéa établit qu'il est interdit de faire preuve de discrimination relativement «à toute condition d'appartenance à un syndicat, à un corps de métier ou à une association commerciale ou professionnelle, ou à toute représentation par l'un de ceux-ci».⁴⁵ Il serait donc logique d'examiner la question de l'appartenance en regard de cet alinéa plutôt que sous l'alinéa 8a).⁴⁶

Dans un deuxième temps, le juge Iacobucci note que l'alinéa 8c) interdit la discrimination «relativement à toute condition d'appartenance» seulement dans le cas de certains types d'organismes, à savoir, des organismes «voués collectivement aux relations relevant du domaine de l'économie et des moyens de subsistance, mais non aux relations sociales ou culturelles».⁴⁷ Il maintient que, même si l'on interprétait de façon généreuse la portée de l'alinéa 8c), l'Ordre du Yukon ne saurait figurer parmi les types d'organismes qui y sont

⁴⁴ Cet argument a été soutenu par le Yukon Status of Women Council en tant qu'intervenant dans la cause.

⁴⁵ *Supra* note 7.

⁴⁶ *Gould, supra* note 6 à la p. 622. Le juge La Forest a réfuté cette partie de l'argument. À son avis, conclure que l'alinéa 8a) ne vise pas l'appartenance à un organisme parce que le législateur a traité de l'appartenance à certaines associations à l'alinéa 8c) revient à interpréter de façon restrictive une loi qui devrait recevoir une interprétation libérale. La mention de «l'appartenance» à l'alinéa 8c) n'indique aucunement l'intention d'y traiter des conditions d'appartenance en général (*ibid.*): toutes les dispositions de la *Loi* se complètent et s'appuient les unes les autres afin d'enrayer la discrimination. Donc, une conduite discriminatoire qui «pourrait être visée par une catégorie ne peut en être exclue simplement parce qu'une autre catégorie porte sur d'autres activités susceptibles d'avoir une incidence sur la même question». *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* à la p. 588.

énumérés. Sur une échelle allant des organismes à caractère purement économique aux organismes à caractère purement social, l'Ordre se situerait près de l'extrémité sociale.⁴⁸

La décision du juge Iacobucci est donc à l'effet que, bien que l'appartenance à une association puisse, dans certaines circonstances, constituer un service offert au public,⁴⁹ il ne faut pas interpréter l'alinéa 8a) de manière à priver les autres dispositions de la *Loi* de leur signification.⁵⁰

Le juge La Forest reconnaît aussi que l'appartenance à un organisme, en tant que source d'avantages, peut, en certaines circonstances, constituer un service offert ou fourni au public.⁵¹ Lorsque telle est la situation, il faut examiner la politique d'adhésion de l'organisme en regard de la *Loi*, même si l'organisme en question a un caractère privé.⁵² Ainsi, la conclusion selon laquelle l'appartenance à un organisme donné constitue un service offert au public doit être distincte de la conclusion portant que l'organisme lui-même est à caractère public ou privé. Ce n'est pas «le caractère public de l'organisme qui détermine si la possibilité d'en devenir membre est un service offert au public, mais plutôt le fait d'offrir ou non au public la gamme des avantages découlant du statut de membre».⁵³ Les tribunaux doivent être prêts à regarder au-delà des caractéristiques apparemment privées d'un organisme, y compris sa politique d'adhésion, pour voir si, dans les faits, il offre des services au public.⁵⁴

Ces principes étant posés, la situation est sans équivoque. Si la possibilité de devenir membre d'un organisme ne constitue pas un service au public, cet organisme pourra exercer une distinction en fonction du sexe. Par contre, si l'appartenance équivaut à un service au public, la distinction en fonction du sexe tombera sous l'interdiction de

⁴⁸ *Ibid.* Le juge Iacobucci prône une interprétation large de l'alinéa 8c), qui permettrait que des organismes proches de l'extrémité purement économique de l'échelle envisagée soient touchés par cette disposition. Il est à noter que le juge La Forest remet en question cette approche; il maintient que, non seulement l'alinéa 8c) n'est pas libellé de façon à permettre des ajouts aux catégories énumérées, mais en outre, il n'établit pas de distinction entre les organismes économiques et les organismes sociaux. *Ibid.* à la p. 623.

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 588.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* à la p. 617.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 618.

la *Loi*.⁵⁵ En l'espèce, les avantages découlant de l'appartenance à l'Ordre n'en font pas un service offert ou fourni au public au sens de la *Loi*.⁵⁶

L'objet de l'Ordre témoigne de son caractère privé. L'Ordre est au service de ses propres membres et de la préservation de la fraternité du Klondike, fondée sur les valeurs morales et la camaraderie masculine.⁵⁷ Même s'il peut être «démodé de chercher à créer et à préserver une fraternité de ce genre», il n'est pas interdit d'établir de tels organismes.⁵⁸

Un autre facteur qu'il faut prendre en considération est le fait que la politique d'adhésion de l'Ordre est sélective. En effet, les membres sont recrutés à l'intérieur des frontières du Yukon et seuls les hommes peuvent en faire partie.⁵⁹ Essentiellement, ce que l'Ordre fait, c'est «[d'offrir] à ses membres une association intime, l'occasion de socialiser dans un environnement exclusivement masculin et un climat de camaraderie masculine destinés à favoriser le développement affectif de ses membres».⁶⁰ Selon le juge La Forest, «ceci semble tout à fait approprié pour un groupe dont les membres sont des “messieurs retraités ou âgés”».⁶¹

D'autre part, l'Ordre ne poursuit pas des objectifs commerciaux. Sa préoccupation fondamentale est le bien-être de ses membres. Ainsi, à l'encontre des organismes auxquels l'affiliation est généralement offerte ou accessible au public, «la qualité de membre offerte par l'Ordre tient davantage de la relation familiale».⁶²

En revanche, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé adoptent un tout autre point de vue sur la situation. Pour elles, il n'existe aucun doute que l'appartenance à une association peut constituer en soi un service offert au public, et que ce service doit être offert aux femmes aussi bien qu'aux hommes, conformément à l'alinéa 8a). En outre, elles ne doutent nullement que, en l'instance, l'Ordre des Pionniers exerce une fonction et possède un caractère suffisamment publics pour qu'on

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* à la p. 619.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 618.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 619. L'Ordre ne prétend aucunement à une composition variée.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 620.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

puisse considérer l'appartenance à cette association comme un service offert au public.⁶³

Selon le juge McLachlin, pour établir si un club ou une association offre à ses membres des avantages d'une nature et d'une importance publiques, il faut examiner plusieurs critères, dont, notamment, le caractère sélectif, restreint ou isolé de l'organisme, ainsi que son objet.⁶⁴ Un club à caractère sélectif, restreint ou isolé n'offrira pas d'avantages pouvant être considérés comme publics, non plus qu'une association ou un club voué à des fins purement privées.⁶⁵

En l'espèce, l'Ordre du Yukon exerce un certain nombre de fonctions publiques et il confère à ses membres un statut spécial. Être membre de l'association assure des privilèges funéraires particuliers et suscite le respect de la communauté en permettant d'être reconnu comme pionnier du Yukon.⁶⁶ Si l'Ordre compte peu de membres, la communauté au sein de laquelle il exerce ses activités est elle aussi de taille restreinte.⁶⁷ D'autre part, non seulement l'organisme n'est-il pas très sélectif quant au choix de ses membres (hormis le sexe), mais en outre, il s'est donné un profil public.

Quant aux éléments tels que la camaraderie masculine et les valeurs de fraternité qui sont associées à l'Ordre, éléments déterminants dans l'analyse du juge La Forest, il ne convient pas de leur accorder un poids démesuré, affirme le juge McLachlin. En effet, «si l'existence d'une camaraderie masculine suffisait à rendre la Loi inapplicable, tout organisme qui n'admet pas les femmes en son sein pourrait plaider de manière convaincante en faveur de leur exclusion perpétuelle».⁶⁸ En continuant, elle soutient que, même si l'on reconnaît que «la camaraderie masculine est l'indice d'un caractère privé», en l'espèce, «la camaraderie dont jouissent ses membres découle de l'objet public de l'Ordre». Elle conclut que, «c'est le statut et l'histoire que les membres

⁶³ Le juge L'Heureux-Dubé n'avait pas à examiner cet argument subsidiaire, compte tenu de sa décision antérieure, selon laquelle l'Ordre du Yukon contrevenait à l'alinéa 8a) en n'admettant pas les femmes, puisqu'il exerçait ainsi une discrimination relativement aux services à caractère historique qu'il fournissait au public.

⁶⁴ *Gould*, *supra* note 6 à la p. 656.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 657.

⁶⁷ Le juge McLachlin note toutefois que, «par son objet et sa personnalité, l'Ordre dispose d'une large audience, soit l'ensemble des pionniers du territoire du Yukon». *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* à la p. 658.

partagent en tant que pionniers, non en tant qu'hommes, qui les unissent». ⁶⁹

Le juge L'Heureux-Dubé adopte, elle aussi, la position que le statut de membre peut constituer un service au sens de l'alinéa 8a). ⁷⁰ À son avis, pour résoudre la question, il est essentiel d'examiner les avantages à la fois extrinsèques et intrinsèques qui se rattachent à la qualité de membre. En l'espèce, ce sont les visites aux membres, la participation à des parades, les privilèges funéraires, la reconnaissance et le statut publics découlant de l'appartenance à l'Ordre, ainsi que les occasions de rencontres. ⁷¹

Ce qui importe pour le juge L'Heureux-Dubé, c'est «le degré d'intimité de la relation dans le cadre de laquelle les services sont fournis». ⁷² Le rôle des tribunaux consiste donc à examiner la relation entre une association et ses membres potentiels, pour déterminer s'il s'agit d'une relation publique ou privée. ⁷³ À cette fin, il faut tenir compte des facteurs tels que la sélectivité, l'objet, l'isolement et la petite taille du groupe. ⁷⁴

Lorsqu'on applique ces critères aux faits en l'espèce, il est manifeste que l'Ordre du Yukon ne possède pas un caractère suffisamment intime pour que la relation qu'il entretient avec ses membres potentiels puisse être qualifiée de privée. ⁷⁵ Les critères d'adhésion sont peu sélectifs ⁷⁶ et la Loge possède une image et une importance dans la communauté qui ne correspondent aucunement à celles d'un groupe isolé. Bien que l'organisme compte peu de membres,

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 648.

⁷¹ *Ibid.* De plus, elle affirme que l'alinéa 8a) n'est aucunement limité aux services commerciaux: *ibid.* aux pp. 648-49. Ainsi, elle argumente que l'alinéa 8a) «ne se limite pas aux services offerts dans un but de profit ou analogues aux services fournis par les restaurants, les bars ou les entreprises de services publics».

⁷² *Ibid.* à la p. 649.

⁷³ *Ibid.* Après un examen de la jurisprudence américaine, le juge L'Heureux-Dubé conclut que les seuls liens échappant à la qualification de «publics» sont «les relations hautement personnelles possédant les caractéristiques définies dans *Roberts*». Voir *Roberts*. *U.S. Jaycees* 468 U.S. 609 aux pp. 619-20 (1984).

⁷⁴ *Gould*, *supra* note 6 à la p. 651.

⁷⁵ *Ibid.* à la p. 652.

⁷⁶ *Ibid.* Alors que la petite taille est le facteur le moins important, il faut mettre un accent particulier sur la sélectivité. Appliquant le critère établi dans *Berg* *supra* note 32 à la p. 387, il faut examiner s'il existe un «processus privé de sélection»: «Ce qui est requis, c'est un processus de sélection personnelle semblable à la façon dont on choisit ses amis». *Gould*, *ibid.*

ce facteur n'est pas le plus important.⁷⁷ En conséquence, on doit conclure que l'appartenance à l'Ordre du Yukon constitue un service fourni au public.

III. DES PERSPECTIVES DIVERGENTES

Les jugements dans l'arrêt *Gould* sont partagés selon le sexe des juges. Or, ce clivage n'est pas accidentel. À la lecture des jugements, on ne peut s'empêcher de penser que les juges, ceux de la majorité ainsi que celles de la minorité, ont abordé et perçu le problème en fonction de leur expérience en tant qu'hommes et en tant que femmes. En réalité, il s'établit entre les faits de la cause en litige et la situation à partir de laquelle elle est jugée, un parallélisme qui est singulièrement révélateur. Ainsi, les hommes tiennent un langage dont la signification devient tout autre lorsqu'elle entre dans l'autre sphère, celle des femmes. Pour les membres de l'Ordre, l'intention est de promouvoir la camaraderie masculine, tandis que pour les femmes, cette «camaraderie» se traduit par une exclusion discriminatoire. C'est exactement la même divergence d'interprétation, issue d'expériences différentes, qui apparaît dans l'arrêt *Gould*.

Le jugement majoritaire, surtout lorsqu'il examine la question de l'appartenance à l'Ordre du Yukon, s'en tient à une analyse restrictive de la législation. Il ressort des arguments de la majorité qu'il n'appartient pas aux tribunaux de régler les problèmes de discrimination qui existent au sein de la société, ce rôle devant être laissé au législateur. Si le législateur décide de ne pas intervenir dans une situation, les tribunaux n'ont pas à s'en mêler.

En revanche, le jugement minoritaire s'inspire d'une conscience très nette de l'impact du phénomène d'exclusion.⁷⁸ En particulier, seuls les juges féminins paraissent sensibles à la gamme des avantages qui sont liés à l'appartenance à l'Ordre, ainsi qu'aux désavantages et à la stigmatisation qui accompagnent l'exclusion d'organismes ou d'associations.

Les jugements minoritaires sont clairs: on ne saurait décrire une association ou un organisme tel que l'Ordre du Yukon simplement

⁷⁷ *Gould*, supra note 6.

⁷⁸ Comme l'affirme D. Rhode, dans «Association and Assimilation» (1986) 81 N.W. Univ. L. Rev. 110 à la p. 122, «the denial of equal access inevitably constitutes a “deprivation of personal dignity” ... Relegating females to separate dining rooms, separate entrances, or separate organisations is an affront to individual integrity and self-worth».

comme un «club social» qui fournit une atmosphère détendue où les hommes peuvent se retrouver entre eux pour être des hommes. La réalité serait plutôt que de tels organismes exercent une influence énorme sur la vie, tant politique que sociale, de la collectivité dans laquelle ils se trouvent. Le fait que de tels organismes excluent les femmes fait en sorte qu'une grande partie de la population se trouve systématiquement privée du droit de participer à certaines activités sociales, politiques et économiques de la communauté.⁷⁹

Cette différence de perception entre les femmes et les hommes qui siègent à la Cour suprême du Canada n'est pas un phénomène nouveau. Ainsi, dans la cause *Symes c. Canada*,⁸⁰ la Cour s'était aussi divisée selon le sexe des juges.⁸¹ Un examen de l'opinion majoritaire dans cette cause manifeste d'emblée une approche formelle qui ressemble de façon significative à celle utilisée dans l'arrêt *Gould*.

Dans *Symes*, l'appelante, qui exerçait le droit à temps complet à titre d'associée dans un cabinet d'avocats, contestait certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.⁸² Elle argumentait que le salaire qu'elle payait à une personne pour la garde de son enfant devait être déductible à titre de dépense d'entreprise, puisque l'emploi d'une gardienne lui permettait de s'engager dans une entreprise produisant un revenu.⁸³ En un deuxième temps, elle soutenait que, si les dépenses pour la garde des enfants ne pouvaient être considérées comme des

⁷⁹ Pour une discussion de l'impact du phénomène d'exclusion d'organismes, voir C. Laframboise & L. West, «The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?» (1987-88) 2 R.F.D. 335; W.P. Marshall, «Discrimination and the Right of Association» (1986) 81 N.W. Univ. L. Rev. 68; et M.M. Burns, «The Exclusion of Women from Influential Men's Clubs: The Inner Sanctum and the Myth of Full Equality» (1983) 18 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 321.

⁸⁰ [1993] 4 R.C.S. 695 [ci-après *Symes*]. Pour une discussion de la cause, voir A. Macklin, «*Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class*» (1992) 5 R.F.D. 498; C. Young, «Case Comment on *Symes v. The Queen*» [1991] Brit. Tax Rev. 105; et D.M. McAllister, «The Supreme Court in *Symes: Two Solitudes*» (1994) 4 N.J.C.L. 248.

⁸¹ Dans cette cause, tout comme dans la cause *Gould*, le juge Iacobucci écrit le jugement majoritaire et le juge L'Heureux-Dubé, le jugement minoritaire.

⁸² R.C.S. 1952, c. 148, mod. par. S.C. 1970-71-72, c. 63 [ci-après *Loi de l'impôt*].

⁸³ En vertu de l'article 9(1) de la *Loi de l'impôt*, *ibid.*, «le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année». Pour ce qui est de l'article 18, il affirmait que:

18(1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

(a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise

dépenses d'entreprise, il s'ensuivait une violation de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁸⁴

Le juge Iacobucci, écrivant au nom de la majorité, commençait son analyse en examinant les rapports entre les diverses dispositions de la *Loi de l'impôt*. Tout en reconnaissant que les dépenses liées à la garde des enfants pouvaient entrer dans la catégorie des dépenses d'entreprise,⁸⁵ il concluait que l'appelante ne pouvait réussir, eu égard à l'article 63 de la *Loi de l'impôt*. Cet article, qui traite spécifiquement des déductions pour la garde des enfants, était celui qui prévalait dans toutes les situations.⁸⁶ Puisque l'intention de l'article 63 était de limiter les déductions à la personne assumant les frais d'entretien et ayant le revenu le moins élevé, l'objet de la *Loi de l'impôt* serait contrecarré si l'appelante était autorisée à déduire complètement les frais de garde d'enfants, qu'elle soit ou non la personne ayant le revenu le moins élevé.⁸⁷

Le jugement majoritaire dans *Symes* établissait donc que, en vertu de l'article 63 de la *Loi de l'impôt*, les frais de garde ne pouvaient être déduits en tant que dépenses d'entreprise. D'autre part, puisque l'article 63 éliminait toute ambiguïté, la Cour affirmait qu'il n'était pas nécessaire d'avoir recours aux valeurs de la *Charte* pour fin d'interprétation.⁸⁸

Le juge Iacobucci statua aussi que la *Loi de l'impôt* ne violait pas l'article 15 de la *Charte*. Non seulement l'article 63 n'établissait pas de distinction fondée sur la caractéristique personnelle que constitue le sexe, mais l'appelante n'avait pas démontré que les femmes paient une

⁸⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

⁸⁵ Les décisions antérieures affirmaient que les dépenses liées à la garde des enfants étaient de nature personnelle, donc non déductibles en tant que dépenses commerciales: voir article 18(1)h) de la *Loi*, *supra* note 7. D'après le juge Iacobucci, ces décisions devaient être reconsidérées en tenant compte de l'afflux des femmes sur le marché du travail au cours des années 1970-1980: *Symes*, *supra* note 80 à la p. 728. Il argumentait que, si l'on examine la déductibilité en fonction du seul article 9 et des alinéas 18(1)a) et 18(1)h), les frais de garde d'enfants demeuraient difficiles à qualifier.

⁸⁶ *Symes*, *supra* note 80 à la p. 750.

⁸⁷ Pour la majorité, le paragraphe 4(2) de la *Loi de l'impôt*, qui prévoit qu'aucune des déductions autorisées par les articles 60 à 63 n'est applicable à une source déterminée, constitue «une autre preuve que l'article 63 se veut une réponse législative complète à la question des frais de garde d'enfants»: *ibid.* à la p. 747.

⁸⁸ *Ibid.* à la p. 752.

part disproportionnée des frais de garde d'enfants.⁸⁹ La preuve que les femmes paient les coûts sociaux associés à la garde des enfants⁹⁰ ne suffisait pas à établir que ce sont elles qui paient les frais de garde d'enfants.⁹¹

En dissidence, le juge L'Heureux-Dubé soutenait une conclusion contraire.⁹² À partir du fait que ce sont les femmes canadiennes qui assument la responsabilité principale de la garde des enfants ainsi que des frais qui y sont associés, elle affirmait que les articles 9 et 18 de la *Loi de l'impôt* n'empêchaient pas la déduction des frais de garde en tant que dépenses d'entreprise.⁹³ Par ailleurs, même si l'article 63 offrait un avantage général aux parents, son libellé n'avait pas pour effet d'abolir ou de restreindre les déductions possibles en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi de l'impôt*, les deux articles pouvaient exister ensemble.⁹⁴

Examinant l'objet de la *Loi de l'impôt*, qui est d'aider les femmes sur le marché du travail et leurs familles à assumer les coûts élevés de la garde des enfants, le juge L'Heureux-Dubé a réitéré qu'on ne pouvait conclure que l'article 63 visait à limiter la possibilité pour une femme

⁸⁹ *Ibid.* à la p. 764. Le juge Iacobucci a reconnu toutefois que les femmes assument une part disproportionnée de la garde des enfants dans la société.

⁹⁰ *Ibid.* à la p. 763. L'appelante avait fait la preuve que la garde des enfants avait un effet négatif sur les femmes, du point de vue de l'emploi.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 764. Le juge Iacobucci conclut en disant qu'une distinction pourrait être établie à la lumière de l'article 15 de la *Charte* dans une autre situation. En l'espèce, il fallait tenir compte du fait que Symes faisait partie d'un sous-groupe de femmes, soit les femmes mariées qui sont entrepreneurs. *Ibid.* aux pp. 765-66.

⁹² Le juge McLachlin était en accord avec le juge L'Heureux-Dubé.

⁹³ La question décisive en vertu de l'alinéa 18(1)a) est de savoir si Symes a encouru les dépenses de garde des enfants en vue d'en tirer un revenu d'une entreprise. Dans le passé, on a allongé la liste des dépenses d'entreprise déductibles pour y inclure tout un assortiment de frais les plus divers. L'interprétation traditionnelle de «dépense d'entreprise» a toutefois été formulée en fonction de la situation des hommes d'affaires et de la façon dont ils traitent des affaires. La définition de «dépense d'entreprise» doit maintenant prendre en considération les expériences et la situation de tous les participants du domaine commercial. Plus particulièrement, il faut tenir compte du fait que le soin des enfants constitue pour les femmes un aspect essentiel de leur capacité de gagner un revenu: *Symes, supra* note 80 aux pp. 748-49.

On ne doit pas non plus refuser les frais de garde des enfants en alléguant qu'il s'agit de dépenses personnelles. De nombreuses déductions d'entreprise ont été autorisées par le passé, même si elles comportaient un élément personnel: *ibid.* à la p. 803. Les coûts encourus par les femmes d'affaires ayant des enfants doivent être pris en considération, car ils sont encourus pour tirer un revenu de l'entreprise ou pour faire produire un revenu à l'entreprise.

⁹⁴ *Ibid.* aux pp. 808-09. Selon le juge L'Heureux-Dubé, «l'article 63 [était], à tout le moins, ambigu quant à son incidence sur le paragraphe 9(1)»; en vertu des règles générales d'interprétation, toute ambiguïté dans la loi devait jouer en faveur du contribuable: *ibid.* à la p. 811.

d'affaires de déduire ses frais de garde d'enfants. Une telle conclusion allait directement à l'encontre de l'objet de la *Loi de l'impôt*.⁹⁵

Après avoir posé que les articles 9 et 63 de la *Loi de l'impôt* pouvaient coexister et que les dépenses liées à la garde des enfants pouvaient être déduites en tant que dépenses d'entreprise malgré l'article 63, le juge L'Heureux-Dubé considéra l'impact de la *Charte* sur l'interprétation de la *Loi de l'impôt*. À son avis, ou bien la *Loi de l'impôt* permettait de déduire les frais de garde d'enfants à titre de dépenses d'entreprise, ou bien la *Loi de l'impôt* était à tout le moins ambiguë à cet égard. Or, en cas d'ambiguïté,

il faut ... décoder cette ambiguïté à travers le prisme des valeurs de la *Charte*, plus particulièrement ses articles 15 et 28. ... Refuser les frais de garde à titre de dépense d'entreprise a clairement une incidence différente sur les femmes.⁹⁶

En l'espèce, un examen des valeurs de la *Charte* aux fins de l'interprétation de la *Loi de l'impôt* ne faisait que confirmer la conclusion que l'appelante pouvait déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, une interprétation de la *Loi de l'impôt* qui empêcherait la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise porterait atteinte au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte*.⁹⁷ L'appelante devait donc réussir en l'espèce puisqu'elle avait prouvé qu'elle avait engagé des frais réels pour la garde de ses enfants et que ces frais étaient assumés d'une façon disproportionnée par les femmes.⁹⁸

Dans l'arrêt *Gould*, de même que dans *Symes*, le jugement majoritaire est axé sur une interprétation stricte des dispositions de la loi. Dans les deux causes, les juges masculins ont adopté une approche textuelle stricte pour décider que des femmes ne pouvaient revendiquer la protection de la loi en question. Seuls les juges féminins, constituant nécessairement la minorité, sont allés au-delà d'une analyse formaliste de la législation. Puisque les deux causes portent sur des questions qui sont propres aux femmes et qui impliquent directement leurs droits, on pourrait à bon droit argumenter que la raison sous-jacente de l'approche formaliste de la majorité est que les juges masculins ont refusé d'adopter

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 813.

⁹⁶ *Ibid.* à la p. 819.

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 820.

⁹⁸ *Ibid.* aux pp. 829-31. Le juge L'Heureux-Dubé refusa de suivre l'approche du juge Iacobucci voulant que la preuve que les femmes subissent les coûts sociaux de la garde des enfants ne constitue pas une preuve qu'elles en assument aussi les coûts financiers.

la perspective des plaignantes ou n'ont pas pu se placer dans leur position.⁹⁹ Comme le remarque le juge L'Heureux-Dubé dans *Symes*, «[l]a méthode d'interprétation appropriée pour les questions portant sur l'égalité est de reconnaître que l'on ne peut solutionner le problème de la discrimination sans tenir compte de la perspective du groupe victime de discrimination».¹⁰⁰ Il semblerait que seuls les juges féminins aient été sensibles aux implications plus larges de leurs décisions.¹⁰¹ En particulier, seules les femmes semblent avoir compris que les deux décisions impliquaient des questions de pouvoir, de vulnérabilité et d'égalité.

La décision dans *Gould*, de même que celle dans *Symes*, démontre à quel point la perspective et le vécu des juges, quant à un sujet particulier, peuvent influencer le résultat final.¹⁰² Comme l'affirme

⁹⁹ Comme le mentionne P. Cain dans «Good and Bad Bias: A Comment on Feminist Theory and Judging» (1988) 61 South. Cal. L. Rev. 1945 à la p. 1954, «what we want from our judges is a special ability to listen with connection before engaging in the separation that accompanies judgment». Selon I. Grant & L. Smith, «Gender Representation in the Canadian Judiciary» dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* Toronto, Ontario Law Reform Commission, 1991, 57 à la p. 74, «[I]n order for a judge to effectively hear a litigant's story, it may be necessary for a judge to put herself in the place of the litigant in order to evaluate the merits of the case from the perspective of the party involved». Selon ces auteurs, dans certains contextes, surtout lorsqu'il s'agit de causes impliquant des questions qui sont propres aux femmes, il peut être plus facile pour une femme juge de se placer dans la situation d'une plaignante: *ibid.* à la p. 75. Voir aussi C. Boyle, «Sexual Assault and the Feminist Judge» (1985) 1 R.F.D. 91.

¹⁰⁰ *Symes*, *supra* note 80 à la p. 827.

¹⁰¹ Dans *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government* Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987 à la p. 166, P. Russel argumente que l'une des conséquences de la sous-représentation des femmes dans la magistrature est que les perspectives et les connaissances requises pour rendre des décisions intelligentes sont souvent absentes. Voir aussi P. McCormick & I. Greene, *Judges and Judging* Toronto, James Lorimer & Co., 1990 à la p. 62; et National Association of Women and the Law, *Creating Diversity on the Bench* Ottawa, 1993 aux pp. 4-7. Pour une discussion du point de vue contraire, voir R.E. Hawkins & R. Martin, «Democracy, Judging and Bertha Wilson» (1995) 41 McGill L.J. 1 aux pp. 50-57.

¹⁰² Pour une discussion de l'importance de la perspective dans le processus décisionnel, voir M. Eberts, «New Facts for Old: Observations on the Judicial Process» dans R. Devlin, dir., *Canadian Perspectives on Legal Theory* Toronto, Edmond Montgomery, 1990; et Cain, *supra* note 98. Pour l'argument selon lequel une augmentation du nombre de femmes à la magistrature aura un impact dans le système judiciaire, voir Grant & Smith, *supra* note 98; Judicial Appointments Advisory Committee, *Final Report and Recommendations* Toronto, Judicial Appointments Advisory Committee, 1992; et Minister of Justice & Attorney General of Canada, *Federal Judicial Appointments* Ottawa, Department of Justice, 1996.

Voir toutefois le résultat des recherches de P. McCormick & T. Job, dans «Do Women Judges Make a Difference? An Analysis by Appeal Court Data» (1993) 8 R.C.D.S. 135, quant à l'impact de la participation des femmes au processus décisionnel. À partir d'un examen des appels en matière criminelle portés devant la Cour d'appel de l'Alberta entre 1985 et 1992, les auteurs concluent que, statistiquement parlant, on ne peut identifier de différences substantielles entre les décisions des magistrats masculins et celles des magistrats féminins, même dans le cas de questions

le juge Abella, «chaque décideur qui entre dans une salle d'audience pour y entendre une affaire est armé non seulement des textes de droit pertinents, mais aussi, d'un système de valeurs, d'expériences et d'idées préconçues profondément enracinées». ¹⁰³ C'est précisément pour cette raison que la nomination de femmes à la magistrature est cruciale. Elles contribuent au système juridique par leur présence, par leur participation et par leur perspective. Alors que les deux premiers aspects de la féminisation du judiciaire peuvent diminuer en importance avec le temps, l'influence de la perspective féminine ne s'amenuisera jamais. ¹⁰⁴

L'argument en l'espèce n'est certes pas que toutes les femmes pensent de la même façon, ni que le résultat aurait nécessairement été en faveur des plaignantes si neuf juges féminins avaient entendu les deux causes. Argumenter que toutes les femmes pensent et agissent de la même façon est absurde; un tel argument ressort à la généralisation stéréotypique. ¹⁰⁵ L'argument est simplement à l'effet que, tant que l'expérience de la réalité vécue par les femmes divergera fondamentalement de celle des hommes, et tant que les femmes seront minoritaires à la magistrature, la vision féminine de l'égalité continuera de n'être que cela: une simple vision. ¹⁰⁶

spécifiques comme les infractions d'abus sexuel. Pour une critique de cette analyse, voir J. Brockman, «A Difference without a Distinction»? (1993) 8 R.C.D.S. 149.

¹⁰³ R.S. Abella, «The Dynamic Nature of Equality» dans S. Martin & K. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality* Toronto, Carswell, 1987 aux pp. 8-9. Les propos du juge Shirley Abrahamson de la Cour suprême du Wisconsin abondent dans le même sens: «What does my being a woman specially bring to the bench? It brings me and my special background. All my life experiences—including being a woman—affect me and influence me». Voir S.S. Abrahamson, «The Woman Has Robes: Four Questions» (1984) 14 Golden Gate U. L. Rev. 489 aux pp. 492-94. Voir également S. Goldman, «Should There Be Affirmative Action for the Judiciary»? (1979) 62 *Judicature* 489.

¹⁰⁴ Voir à ce sujet S. Sherry, «The Gender of Judges» (1986) 4 *Law & Inequality* 159.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet M. Minow, «Foreword: Justice Engendered» (1987) *Harv. L. Rev.* 10 aux pp. 62-63; et D.L. Rhode, «The 'Woman's Point of View'» (1988) 38 *J. of Legal Educ.* 39.

¹⁰⁶ Comme l'affirme Brockman, *supra* note 102 aux pp. 161-62, «Until women reach a "critical mass" in the judiciary, the difference made by women judges (or lawyers) may be limited to the exceptional case where women appear to have their views of the world accepted by the judiciary». Voir également E.P. Mendes, «Promoting Heterogeneity of the Judicial Mind: Minority and Gender Representation in the Canadian Judiciary» dans Ontario Law Reform Commission, *supra* note 99 à la p. 91.