



Le 15 avril 2016

[TRADUCTION]

Via email: JUST@parl.gc.ca

Anthony Housefather, député
Président, Comité de la justice et des droits de la personne
Chambre des communes
131, rue Queen, 6^e étage
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Monsieur,

Objet : Rétablissement du Programme de contestation judiciaire

L'Association du Barreau canadien (ABC) est heureuse de pouvoir commenter le projet de rétablissement et de modernisation du Programme de contestation judiciaire. L'ABC a toujours soutenu le Programme, estimant qu'il joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'accès à la justice pour les groupes vulnérables et marginalisés et pour les minorités de langue officielle. Ce programme apporte une irremplaçable contribution aux valeurs démocratiques du Canada.

L'ABC est un organisme national qui représente 36 000 juristes dans l'ensemble du pays. Entre autres objectifs principaux, elle œuvre pour favoriser et promouvoir l'accès à la justice et pour améliorer le droit et l'administration de la justice. La présente lettre a été rédigée au nom de l'ABC par le Comité de l'accès à la justice, le Comité sur l'égalité, le Forum des juristes d'expression française de common law, la Section du droit des autochtones, le Forum sur l'orientation et l'identité sexuelles et la Section du droit constitutionnel et des droits de la personne.

L'ABC applaudit l'engagement qu'a pris le gouvernement fédéral de rétablir le Programme. Nous recommandons les quatre éléments suivants pour son rétablissement et sa modernisation :

- renforcer la structure et la raison d'être du Programme;
- élargir le mandat du Programme de façon à rendre la justice plus accessible au Canada;
- améliorer les conditions sociales des groupes vulnérables et marginalisés;
- garantir la viabilité financière du Programme (et la contribution durable de la profession juridique).

Le Programme a apporté une contribution unique au développement des ressources en droits de la personne et aux décisions en la matière ayant fait jurisprudence au Canada. Laissés à eux-mêmes, les personnes et groupes défavorisés ont du mal à contester les dispositions législatives qui portent atteinte à leurs droits. Ce programme aide à faire respecter les droits à l'égalité et les droits des minorités linguistiques, et pas seulement en théorie : il peut faire changer les choses dans le système en faveur des citoyens qui, trop souvent, n'ont pas voix au chapitre.

Renforcer la structure et la raison d'être du Programme de contestation judiciaire

Le rétablissement du Programme doit insister sur l'importance d'un organisme de financement indépendant qui permette aux groupes et aux particuliers de produire des contestations valables en droit contre le gouvernement relativement aux droits à l'égalité ou aux droits linguistiques.

Le Programme doit aider financièrement les particuliers et les groupes qui intentent une action en vertu de la *Constitution* concernant l'égalité ou les droits linguistiques. Les causes types doivent contribuer à améliorer les conditions des groupes marginalisés et vulnérables et de leurs membres. Les causes visant la défense et le respect des droits des minorités de langue officielle doivent favoriser leur développement. Le Programme doit être administré par une organisation indépendante du gouvernement, et son financement doit être majoré, et ce, pour toutes les causes, notamment les causes types, et pour le travail y afférent.

Vecteur d'égalité réelle au Canada, le Programme permet aux communautés vulnérables et marginalisées et aux minorités de langue officielle d'éclairer les débats sur les enjeux politiques en exprimant leurs propres expériences. Pour faire valoir leurs droits, ces communautés et minorités ont impérativement besoin d'importantes ressources, notamment juridiques; des ressources qui font souvent défaut aux groupes traditionnellement défavorisés et laissés pour compte. Pour la réédition du Programme, l'ABC recommande donc de mettre l'accent sur la sensibilisation du public et le développement des ressources au sein des collectivités les mieux placées pour défendre leurs droits à l'égalité et leurs droits linguistiques devant les tribunaux. Le Programme doit tenir compte des besoins uniques des différents groupes lorsque c'est nécessaire.

Dans son rapport intitulé *Atteindre l'égalité devant la justice*¹, l'ABC a réclamé une culture du droit favorisant chez les groupes et les particuliers la connaissance de leurs droits et la possibilité de les faire respecter par un accès à de meilleures ressources juridiques. Cela demande un engagement durable à poser les actions suivantes :

- consulter les groupes sous-représentés sur les questions de droit;
- établir les causes et mieux faire connaître les droits à l'égalité et les droits linguistiques dans ces groupes;
- étudier les conséquences probables des décisions rendues;
- renforcer la confiance et le désir d'agir des particuliers et des groupes ayant intenté une action dans des systèmes complexes.

Le gouvernement fédéral se doit de respecter son engagement de mobiliser le public en ce qui a trait aux droits de la personne, et notamment maintenir ses activités qui développent les ressources juridiques, en aidant les requérants (groupes et particuliers) à acquérir les connaissances, les

¹ Association du Barreau canadien, *Justice pour tous : trouver l'équilibre*, Ottawa, 2013.

aptitudes et les attitudes nécessaires à leur collaboration efficace avec les juristes et d'autres intervenants afin d'obtenir des règlements faisant jurisprudence en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Élargir le mandat du Programme de façon à rendre la justice plus accessible au Canada

Dans sa version antérieure, le Programme limitait le financement aux droits constitutionnels et aux droits linguistiques garantis par la *Charte*, ainsi qu'aux contestations fondées sur les droits à l'égalité aux termes des lois, politiques et pratiques fédérales. Le nouveau mandat devrait étendre les champs d'application des contestations relatives aux droits à l'égalité et aux droits linguistiques.

L'ABC recommande que le mandat élargi englobe les cinq points suivants :

1. Contestations de lois, politiques et pratiques provinciales ou territoriales en matière d'égalité ayant des conséquences à l'échelle du pays

Le mandat du Programme s'est trouvé restreint par l'exclusion des contestations en vertu de l'article 15 qui concernent les lois, politiques et pratiques provinciales ou territoriales. Or, ces contestations ont souvent une valeur de précédent qui se répercute sur l'ensemble des lois, politiques et pratiques provinciales, territoriales et fédérales, et ce sont des précédents qui servent les intérêts de tous les Canadiens et les Canadiennes en matière d'égalité.

2. Plaintes en vertu de la *Loi sur les langues officielles*

De la même façon, le mandat du Programme était limité par l'exclusion des actions intentées en vertu de la *Loi sur les langues officielles*.

3. Actions valables en droit s'appuyant sur d'autres articles que l'article 15 de la *Charte* et qui concernent les droits à l'égalité

Même si le Programme prévoyait le financement d'actions fondées sur les droits à l'égalité et invoquant d'autres droits garantis par la *Charte*, ce financement était restreint aux arguments ayant trait aux droits à l'égalité et excluait les autres aspects de l'action. Le financement doit être étendu à l'intégralité de toute action valable en droit qui soulève d'importantes questions d'égalité aux termes d'articles autres que l'article 15 de la *Charte*. La restriction du financement aux points de droit à l'égalité imposait des paramètres difficiles aux plaideurs et à leurs avocats.

Cette restriction ne reflète pas les réalités inhérentes à l'introduction d'une instance fondée sur l'article 15. Le demandeur doit habituellement s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation pour prouver qu'il y a eu atteinte à ses droits à l'égalité et qu'il a subi des préjudices, et ce, dans un contexte social complexe. Si son action est a priori fondée sur l'article 15, le plaideur étaye aussi ses arguments en invoquant d'autres dispositions de la *Charte*. Citons comme exemples les motifs invoqués dans les arrêts *Carter c. Canada (Procureur général)* (articles 7 et 15), *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence* (alinéas 2b) et 2d) et articles 7 et 15), *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (articles 7, 9, 10, 12 et 15), et *Dunmore c. Ontario (Procureur général)* (alinéa 2d) et article 15)².

² *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331, *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence*, [2012] 2 RCS 524, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 RCS 350, *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 RCS 1016.

L'ABC recommande le financement intégral de ces actions complexes, afin d'encourager le traitement efficace des actions intentées en vertu de l'article 15.

4. Actions en matière de discrimination intentées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* par des groupes traditionnellement laissés pour compte

La récente décision *First Nations Child and Family Caring Society of Canada et al. c. Attorney General of Canada (for the Minister of Indian and Northern Affairs Canada)*, 2016 CHRT 2, est un exemple de cause type qui pourrait justifier un financement provenant du Programme. Les plaignants qui soulèvent des problèmes systémiques en collaboration avec la Commission canadienne des droits de la personne représentent un moyen efficace de soulever et de résoudre des questions de droit à l'égalité. Les conseils et le soutien juridiques dès le début du processus favorisent une réflexion pertinente sur la cause afin de monter un dossier de preuve solide. L'ABC soutient aussi cette expansion du mandat visant à privilégier une analyse qui fera progresser les droits à l'égalité qui relèvent de l'article 15 de la *Charte* et des lois fédérales sur les droits de la personne.

5. Ressources pour les Autochtones et la défense des droits issus de traités, et responsabilités fédérales envers les Autochtones

Le gouvernement a mis l'accent sur la nécessité de renouveler les liens avec les Premières Nations, les Inuits et les Métis du Canada en bâtissant une relation de nation à nation. À cet effet, le Programme doit consacrer des ressources à des contentieux qui contribuent à définir les droits autochtones et ceux issus de traités ainsi que les responsabilités du gouvernement fédéral. Vu leur culture et le passé de violence exercée contre elles, les collectivités autochtones n'ont pas les ressources financières nécessaires pour obtenir justice elles-mêmes. Or, leur santé et leur vitalité dépendent souvent de leur capacité à faire valoir leurs droits dans des actions contre le gouvernement fédéral. La loi en cette matière ne se limite pas à l'article 35 de la *Constitution*, et doit également traiter des responsabilités confiées au gouvernement fédéral par la répartition constitutionnelle des pouvoirs, notamment des questions soulevées dans l'arrêt *Harry Daniels, et al. c. Sa Majesté la Reine*³.

Affaires autochtones et du Nord Canada a administré un programme de financement des causes types en droit des Autochtones, mais celui-ci a été aboli en 2012. L'ABC soutient un programme de financement analogue, lequel couvre les frais juridiques et autres associés aux causes pouvant faire jurisprudence quant aux droits issus de traités et aux responsabilités fédérales. Nous recommandons d'en faire un volet distinct du Programme, afin que le financement soit attribué avec une autonomie et une expertise accrues. En créant ce programme de financement, nous soulignons l'importance de consulter les Premières Nations, les Inuits et les Métis du Canada. Il est impératif que les Autochtones puissent façonner et gérer un programme qui soutient l'exercice de leurs droits légaux, et nous pressons le gouvernement fédéral d'entamer ce dialogue sans plus attendre.

³ Appel de 2014 CAF 101, entendu par la Cour suprême du Canada le 8 octobre 2015; décision en instance.

Améliorer les conditions sociales des groupes vulnérables et marginalisés

Il faut élargir le mandat du Programme en maintenant le cap sur les applications du droit et les processus judiciaires qui améliorent les conditions des groupes vulnérables et marginalisés et des minorités de langue officielle du Canada. Vu les ressources limitées déjà attribuées à des causes se concurrençant, l'ABC recommande que toute expansion du mandat au-delà des domaines des droits à l'égalité, des droits des minorités de langue officielle et des droits autochtones soit assortie d'une condition préalable qui réserve le financement aux causes pouvant améliorer les conditions sociales des groupes vulnérables et marginalisés.

Les collectivités marginalisées et vulnérables du Canada sont exagérément touchées par les lois et les pratiques qui les lèsent dans leurs droits. Pour les quelque deux millions de Canadiens et Canadiennes que comptent les minorités de langue officielle, ces retombées sont amplifiées par les problèmes d'accès à la justice dans la langue officielle minoritaire. Ces collectivités ont souvent des ressources économiques et sociales insuffisantes pour tenter une action d'intérêt public. Le Programme peut protéger les minorités pouvant subir des préjudices aux mains de la majorité, et donne voix au chapitre aux Canadiens et Canadiennes trop souvent laissés pour compte. Nous insistons également sur l'importance des litiges d'intérêt public et des actions intentées par un groupe pour les collectivités dont les droits linguistiques sont peu respectés ou interprétés de manière trop restrictive, ou dont les droits sont compromis par des lois ou par des pratiques ou politiques gouvernementales à caractère discriminatoire.

La discrimination systémique réside dans les effets indésirables et cumulatifs des pratiques gouvernementales à l'égard de tels ou tels groupes ou particuliers; les solutions doivent être systémiques. Une analyse de cette forme de discrimination exige une mise en perspective, étayée par des preuves, qui va au-delà des expériences d'un particulier. Comme le juge Cromwell l'a reconnu dans *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence*⁴, les problèmes d'une seule personne ne suffisent généralement pas à remettre en question l'ensemble du régime législatif (para 68), et peuvent imposer un fardeau exagéré à des parties très vulnérables dans le cadre d'une contestation individuelle fondée sur la *Charte* (para 71). Il est plus facile de faire valoir ses droits comme groupe dans une instance complexe, avec parfois des éléments honnis par la société, contre un adversaire particulièrement intimidant : l'État.

Les services juridiques publics diffèrent grandement d'une province à l'autre, et l'aide juridique en matière civile aux particuliers est universellement sous-financée⁵. À de rares exceptions près, les particuliers à faible revenu n'accèdent pas aux services financés par l'État pour faire valoir leurs droits dans une instance civile, qui peut toucher aux droits à l'égalité ou aux droits linguistiques. Le Programme est donc indispensable pour garantir soutien et financement dans les contestations qui soulèvent des questions d'ordre systémique.

Dans la mesure où le gouvernement fédéral est forcé de remédier aux inégalités traditionnelles par ses obligations internationales ayant trait aux droits de la personne, le mandat du Programme doit refléter ces obligations. Le Comité des droits sociaux, économiques et culturels des Nations Unies a constaté que le Programme aidait le Canada à remplir ses obligations aux termes des instruments internationaux portant sur les droits de la personne, et en a réclamé le rétablissement. Ottawa ayant

⁴ *Supra*, note 2.

⁵ *Supra*, note 1, p. 37-40.

promis de mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, nous croyons que d'étendre le mandat du Programme aux droits autochtones et issus de traités permettrait aux Premières Nations, aux Inuits et aux Métis d'apporter une contribution utile à cette mise en œuvre de la *Déclaration* au Canada.

Garantir la viabilité financière du Programme (et la contribution durable de la profession juridique)

L'ABC recommande une structure financière aussi durable que robuste pour soutenir le Programme, surtout si l'on étend son mandat aux contestations fondées sur la *Charte* qui soulèvent des questions de droit à l'égalité ou de droits linguistiques. À notre avis, la meilleure façon d'assurer la viabilité du nouveau Programme est de l'ancrer dans la loi même, c'est-à-dire de le constituer légalement.

L'ABC a recommandé que le gouvernement fédéral, avec la possible collaboration de ses homologues provinciaux et territoriaux, crée deux fonds de dotation indépendants pour soutenir chacun des mandats du Programme, à savoir les droits à l'égalité et les droits linguistiques. L'ajout d'un troisième mandat pour les droits autochtones et les droits issus de traités demanderait un autre fonds de dotation indépendant. Nous recommandons à la fondation Héritage Canada d'évaluer la viabilité des structures législatives et financières envisageables en vue d'assurer la pérennité du Programme.

Cette question de viabilité est urgente, car le coût des contentieux concernant la *Charte* ne cesse d'augmenter. Les frais juridiques s'avèrent habituellement bien supérieurs à ceux initialement prévus, selon la complexité du litige ou la façon dont la partie défenderesse réagit à la contestation produite en cour. Les contestations fondées sur les droits à l'égalité sont complexes, et visent souvent à décrire les réalités vécues par des collectivités défavorisées à maints égards. Dans leur contestation, les plaideurs doivent colliger une preuve documentaire colossale pour la produire en cour⁶, faute de quoi ils peuvent voir rejeter leur action pour absence d'atteinte à première vue de leurs droits⁷. Si la cause est défendue avec zèle, qu'on recourt à des stratagèmes allongeant les procédures, qu'il y a plusieurs défendeurs ou que des intervenants adoptent des positions qui complexifient l'instance, les frais juridiques peuvent augmenter exponentiellement. Les plafonds de financement imposés par l'ancien Programme doivent être revus, de façon à éviter que des contestations valables en droit soient torpillées sans avoir pu être entendues par la Cour suprême du Canada.

Par ailleurs, il serait prudent que le Programme conserve le pouvoir discrétionnaire d'indemniser un plaideur contre qui des dépens sont alloués après le rejet de sa contestation fondée sur les droits à l'égalité, les droits linguistiques ou les droits autochtones. Bien qu'ils soient rares, ces dépens pénalisent très lourdement les parties peu nanties à qui les ressources font défaut, et ont de quoi en dissuader d'autres qui voudraient contester des atteintes à leurs droits par des pratiques systémiques du gouvernement.

L'ABC est fière du fait que la profession juridique a toujours joué un rôle clé dans la production en cour de causes ayant trait aux droits à l'égalité ou aux droits linguistiques. Les avocats et les avocates réduisent souvent leurs honoraires pour de telles causes, auxquelles ils travaillent bénévolement, y

⁶ Voir, par exemple, *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2012] 109 O.R. (3d) 1, para 23-24, où il est fait mention du volume de preuves par affidavit, de témoignages d'experts et de preuves socio-légales produites à la Cour d'appel de l'Ontario.

⁷ Voir, par exemple, les conclusions de la Cour sur la preuve du demandeur dans *Première Nation de Kahkewistahaw c. Tappotat*, [2015] 3 R.C.S. 1101.

consacrant des heures qu'ils auraient facturées en temps normal. Le nouveau Programme devrait encourager une contribution bénévole raisonnable des juristes ainsi que la participation des étudiants et étudiantes en droit et des nouveaux avocats et avocates, tout en préservant un sain équilibre pour bien soutenir ce travail vital des juristes par des ressources adéquates.

Conclusion

En sa qualité de représentante nationale de la profession juridique au Canada, l'ABC est heureuse d'appuyer le gouvernement dans son engagement de rétablir – et de renforcer – le Programme. Nos membres contribuent à préparer les contestations des citoyens, les défendent en cour et sont tout particulièrement bien placés pour voir les étapes nécessaires à l'établissement d'une jurisprudence solide axée sur le progrès, dans l'intérêt des Canadiens et des Canadiennes. Avec le nouveau Programme, nous pourrons, dès le début des procédures, travailler d'un esprit confiant avec les collectivités dont les droits méritent d'être mieux défendus et mieux définis

Veillez agréer, Monsieur, mes salutations distinguées.

(Lettre originale signée par Janet M. Fuhrer)

Janet M. Fuhrer