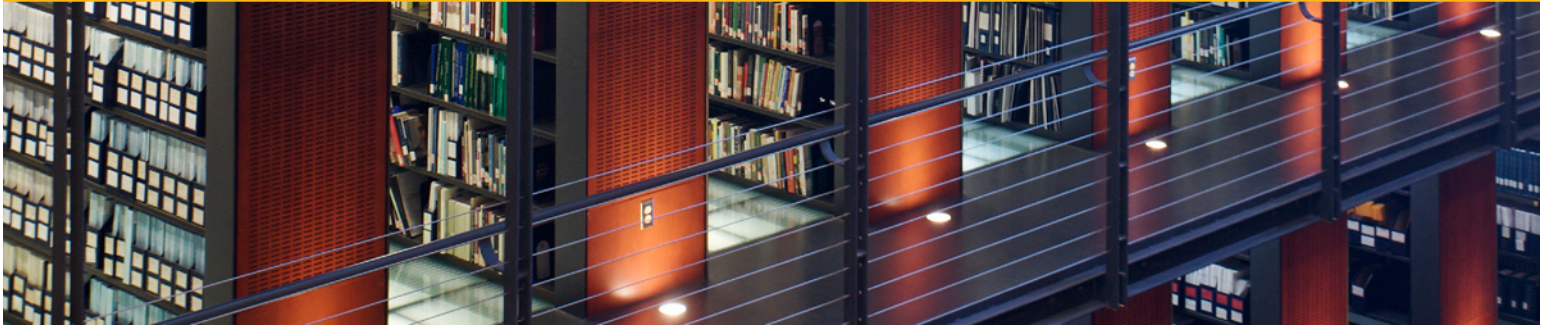




BIBLIOTHÈQUE *du* PARLEMENT

LIBRARY *of* PARLIAMENT

ÉTUDE GÉNÉRALE



L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la *Charte*

Publication n° 2013-83-F
Le 11 septembre 2013

Martha Butler

Division des affaires juridiques et sociales
Service d'information et de recherche parlementaires

Les **études générales** de la Bibliothèque du Parlement sont des analyses approfondies de questions stratégiques. Elles présentent notamment le contexte historique, des informations à jour et des références, et abordent souvent les questions avant même qu'elles deviennent actuelles. Les études générales sont préparées par le Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque, qui effectue des recherches et fournit des informations et des analyses aux parlementaires ainsi qu'aux comités du Sénat et de la Chambre des communes et aux associations parlementaires, et ce, de façon objective et impartiale.

© Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Canada, 2013

L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la Charte
(Étude générale)

Publication n° 2013-83-F

This publication is also available in English.

TABLE DES MATIÈRES

1	INTRODUCTION.....	1
2	BREF HISTORIQUE DES ARRÊTS FONDÉS SUR L'ARTICLE 15.....	1
2.1	L'arrêt <i>Andrews</i> : le rejet de l'égalité formelle.....	2
2.1.1	La définition de l'égalité.....	2
2.1.2	La définition de la discrimination.....	3
2.1.3	L'article premier.....	3
2.1.4	Questions non résolues.....	4
2.2	L'arrêt <i>Law</i> : l'officialisation du critère de l'article 15.....	4
2.2.1	Imposition d'un désavantage par rapport à d'autres groupes comparables.....	5
2.2.2	Motifs énumérés ou analogues.....	6
2.2.3	Atteinte à la dignité humaine.....	6
2.2.4	Critiques de l'arrêt <i>Law</i>	7
3	L'ARRÊT <i>R. C. KAPP</i> : LE DÉBUT DE LA FIN DU CRITÈRE DE L'ARRÊT <i>LAW</i>	7
3.1	La réaffirmation du principe de l'égalité réelle.....	7
3.2	Repenser le critère de la dignité humaine.....	8
3.3	Un nouveau rôle pour le paragraphe 15(2).....	8
3.4	Après l'arrêt <i>Kapp</i>	9
4	PREMIÈRES APPLICATIONS DU CRITÈRE DE L'ARRÊT <i>KAPP</i>	10
5	L'ARRÊT <i>WITHLER</i> : LA CONFIRMATION DU CRITÈRE.....	10
5.1	La fin des groupes de comparaison?.....	11
5.2	Précisions sur le critère du paragraphe 15(1).....	12
6	L'ARRÊT <i>CUNNINGHAM</i> : L'APPLICATION DU CRITÈRE DU PARAGRAPHE 15(2).....	13

7	L'ARRÊT <i>QUÉBEC C. A</i> : LA FIN D'UN CONSENSUS?	14
7.1	L'opinion du juge Lebel sur le paragraphe 15(1)	14
7.2	L'opinion de la juge Abella sur le paragraphe 15(1)	15
7.3	L'avenir du paragraphe 15(1).....	16
8	CONCLUSION	17

L'ARTICLE 15 DE LA *CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS* – L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DU DROIT À L'ÉGALITÉ GARANTI PAR LA *CHARTRE*

1 INTRODUCTION

L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*)¹ garantit à tous la même protection et le même bénéfice de la loi. Il prévoit ce qui suit :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Plusieurs groupes cherchant à promouvoir leurs droits au sein de la société canadienne se sont appuyés sur les dispositions relatives à l'égalité prévues au paragraphe 15(1) de la *Charte*², mais la formulation de la Cour suprême du Canada du critère de l'article 15 – le cadre analytique dont se servent les tribunaux pour évaluer les demandes fondées sur l'article 15 – a été abondamment revue depuis le premier arrêt de la Cour rendu sur la question en 1989. Le présent document portera sur le critère actuel de l'article 15, énoncé par la Cour en 2008 dans son arrêt sur une question de droits de pêche, l'affaire *R. c. Kapp*³. Pour comprendre la formulation actuelle du critère, il convient d'examiner la pensée antérieure de la Cour, surtout en ce qui concerne les arrêts fondés sur l'article 15 *Andrews c. Law Society of British Columbia* [arrêt *Andrews*]⁴ et *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [arrêt *Law*]⁵.

Dans l'arrêt *Kapp*, et dans d'autres affaires subséquentes, la Cour suprême a relevé certaines faiblesses du critère de l'article 15 établi précédemment dans l'arrêt *Law* et a prôné le retour aux principes initiaux énoncés dans l'arrêt *Andrews*. Ce document examine les principes initialement établis par la Cour suprême dans ces arrêts, puis aborde le critère actuel de l'article 15 énoncé dans l'arrêt *Kapp* et dans des décisions subséquentes fondées sur cet article.

2 BREF HISTORIQUE DES ARRÊTS FONDÉS SUR L'ARTICLE 15

La *Charte* a été adoptée en 1982, mais l'article 15 n'est entré en vigueur qu'en 1985. Le décalage visait à permettre au Parlement et aux gouvernements provinciaux et territoriaux de rendre leur législation conforme aux dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité⁶. La Cour suprême a rendu sa première décision fondée sur l'article 15 en

1989, à savoir l'arrêt *Andrews*. Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Law c. Canada*, elle créait un cadre analytique à plusieurs étapes visant à officialiser le critère de l'article 15. Le critère de l'arrêt *Law* a suscité de nombreuses critiques de la part des juristes au cours de la décennie où il a été appliqué. Dans l'arrêt *Kapp* rendu en 2008, la Cour a réexaminé ce critère et changé sa conception, laissant de côté la structure rigide du critère.

2.1 L'ARRÊT *ANDREWS* : LE REJET DE L'ÉGALITÉ FORMELLE

2.1.1 LA DÉFINITION DE L'ÉGALITÉ

Dans l'affaire *Andrews*, la Cour suprême a entendu la demande d'un avocat britannique qui voulait pratiquer le droit en Colombie-Britannique, mais qui se voyait refuser ce droit parce qu'il n'était pas citoyen canadien. La Cour devait relever le double défi de définir les droits prévus au paragraphe 15(1), notamment la teneur du droit à l'égalité, et d'orienter les tribunaux sur la manière de reconnaître une forme de discrimination. L'arrêt est connu en raison du rejet par la Cour du principe de l'« égalité formelle » au profit de celui qui sera désigné par le terme « égalité réelle ».

Les principes divergents de l'égalité formelle et de l'égalité réelle ont servi, à diverses reprises, à comprendre le droit à l'égalité garanti par la *Charte* et d'autres lois. Selon le principe de l'égalité formelle, la loi s'applique de manière semblable à ceux qui se trouvent dans une « situation semblable ». C'est ce qui caractérisait la jurisprudence antérieure en matière d'égalité sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*.

Il peut sembler, à première vue, que l'analyse de l'égalité formelle soit une conception juste, mais elle peut produire une inégalité. Dans son interprétation du paragraphe 15(1), dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre donne l'exemple de l'arrêt *Bliss c. Le Procureur général du Canada* rendu en 1979 par la Cour suprême pour illustrer la manière dont cela peut se produire⁷. Dans l'arrêt *Bliss*, fondé sur la *Déclaration canadienne des droits*, la demanderesse affirme avoir été victime de discrimination fondée sur le sexe parce que sa grossesse lui a fait perdre le droit aux prestations de chômage. La Cour a rejeté sa demande, concluant qu'il n'y avait pas de motif de discrimination parce que toutes les femmes enceintes étaient traitées de la même manière sous le régime de la loi contestée.

Le juge McIntyre a rejeté sans équivoque l'égalité formelle comme étant une conceptualisation présentant un « grave défaut ». Il a expliqué que le principe de l'égalité de traitement des individus qui se trouvent dans une situation semblable aurait pu servir à justifier les lois de Nuremberg présentées par Adolf Hitler ou la décision *Plessy v. Ferguson* sur la ségrégation raciale, rendue en 1896 aux États-Unis, qui tolérait un traitement « séparé mais équivalent » des groupes marginalisés⁸.

Le juge McIntyre poursuit en décrivant ce qu'il considère comme une démarche préférable pour l'analyse de l'égalité :

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

Le juge McIntyre n’a pas employé le terme dans l’arrêt *Andrews*, pas plus que la Cour suprême ne l’a fait avant 1997⁹, mais ce principe d’égalité – selon lequel un traitement différent peut s’avérer nécessaire pour assurer l’égalité de certains groupes dans la société – est maintenant appelé « égalité réelle ». Le principe de l’égalité réelle allait devenir un élément essentiel de l’interprétation de l’article 15 par la Cour.

2.1.2 LA DÉFINITION DE LA DISCRIMINATION

Le juge McIntyre, en se penchant sur « le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination » a défini non seulement l’égalité, mais aussi la discrimination. S’appuyant sur son examen de la jurisprudence en matière de droits de la personne, il a conclu que la discrimination est :

une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société¹⁰.

Le juge McIntyre s’est intéressé aux effets de la discrimination. Il a rejeté expressément une analyse exigeant une intention discriminatoire, insistant plutôt sur « l’effet de la disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée¹¹ ».

2.1.3 L’ARTICLE PREMIER

Un autre élément de l’arrêt *Andrews* qui donne des renseignements utiles à l’analyse du critère de l’arrêt *Law* concerne l’application de l’article premier de la *Charte* aux demandes fondées sur l’article 15. L’article premier dispose que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ».

Dans les litiges fondés sur la *Charte*, les demandeurs doivent établir que la loi ou la politique ou décision du gouvernement qu’ils contestent constitue une violation d’un article particulier de la *Charte*. Le gouvernement doit alors démontrer que la violation est justifiée parce qu’il s’agit d’une limite raisonnable imposée aux droits et libertés du demandeur. Dans l’arrêt *Andrews*, le juge McIntyre prévoit que les tribunaux auront de la difficulté à déterminer s’il y a violation de l’article 15 sans vérifier si la discrimination alléguée est justifiée. Il souligne, cependant, qu’il est essentiel que les tribunaux tiennent des raisonnements distincts en ce qui concerne les articles 15 et 1.

Il est [...] important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte*, et à l'État de justifier cette violation¹².

2.1.4 QUESTIONS NON RÉSOLUES

Comme il en sera question dans la discussion qui suit, la Cour suprême éprouve toujours des difficultés avec cette distinction analytique. Elle a aussi réexaminé la définition de la discrimination à plusieurs reprises. Bien que l'arrêt *Andrews* crée un précédent en matière de décisions sur les demandes fondées sur l'article 15, rejetant l'analyse de l'égalité formelle sur laquelle se fondait une grande partie de la jurisprudence antérieure en matière d'égalité, il ne présente pas de critère explicite applicable par les tribunaux. Dix ans après l'arrêt *Andrews*, la Cour a établi un tel critère dans l'arrêt *Law*.

2.2 L'ARRÊT *LAW* : L'OFFICIALISATION DU CRITÈRE DE L'ARTICLE 15

Entre les arrêts *Andrews* et *Law*, la Cour suprême a rendu au moins 30 décisions qui avaient un rapport avec l'article 15¹³, mais comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans l'introduction de l'arrêt *Law*, la Cour suprême éprouvait des difficultés quant à sa conception de cet article. S'exprimant au nom de tous les membres de la Cour, il décrit l'article 15 comme étant « peut-être [...] la disposition de la *Charte* la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel¹⁴ » et mentionne les divergences d'opinions au sein de la Cour quant à l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions relatives à l'égalité.

La question dont est saisie la Cour dans l'affaire est la contestation par une jeune veuve, Nancy Law, de deux dispositions du *Régime de pensions du Canada*. Selon ces dispositions, une personne a droit à des prestations de survivant si, au moment du décès de son conjoint, elle a plus de 35 ans, est invalide ou a des enfants à charge. M^{me} Law, âgée de 30 ans, valide et sans enfant, a été jugée inadmissible aux prestations de survivant. Elle alléguait que ces dispositions la rendaient victime de discrimination fondée sur l'âge.

Bien que M^{me} Law n'ait pas obtenu gain de cause, la Cour a utilisé cette affaire pour fixer un cadre pouvant aider les tribunaux d'instance inférieure à évaluer les demandes fondées sur l'article 15. Le juge Iacobucci a déclaré vouloir créer un cadre souple, suivant la tradition de l'arrêt *Andrews* :

Conformément à la mise en garde du juge McIntyre dans *Andrews* [...] je crois qu'il est logique de poser les principes fondamentaux qui sous-tendent le par. 15(1) en tant que lignes directrices à des fins d'analyse plutôt qu'en tant que critères stricts susceptibles d'être appliqués de façon automatique. L'analyse relative à l'égalité au sens de la *Charte* doit être faite en fonction de l'objet visé et du contexte. Les lignes directrices que j'expose plus loin sont précisément des points de référence conçus pour aider le tribunal à relever les facteurs contextuels pertinents dans le cadre d'une allégation de discrimination donnée et à évaluer l'effet de ces facteurs à la lumière de l'objet du par. 15(1)¹⁵.

Malgré l'intention du juge Iacobucci d'élaborer des lignes directrices souples, l'arrêt *Law* a eu l'effet contraire, soit l'établissement d'un critère rigide et complexe, qui peut se résumer ainsi :

- La loi contestée *impose* (directement ou indirectement) au demandeur un *désavantage* (en l'occurrence un fardeau ou un avantage refusé) comparativement à d'autres *personnes comparables*;
- Le désavantage est fondé sur un motif énuméré à l'art. 15 ou un motif analogue;
- Le désavantage constitue également une *atteinte à la dignité humaine* du demandeur¹⁶ [ITALIQUE AJOUTÉ].

Le demandeur était tenu de prouver les trois volets du critère selon la prépondérance des probabilités, ce qui signifie que le tribunal devait estimer que, selon toute probabilité, l'allégation du demandeur était exacte. Cependant, le résumé du critère est quelque peu trompeur. Bien que le critère semble comprendre seulement trois volets, chacun d'eux contient des sous-éléments, que le demandeur était tenu de prouver. Ils seront analysés successivement.

2.2.1 IMPOSITION D'UN DÉSAVANTAGE PAR RAPPORT À D'AUTRES GROUPES COMPARABLES

Le premier volet du critère de l'arrêt *Law*, bien que formulé comme une seule étape, en comprenait deux en réalité. Le demandeur était tenu de prouver, premièrement, que la loi ou la politique contestée imposait un désavantage et, deuxièmement, que ce désavantage existait comparativement à la situation d'autres personnes comparables.

a) Désavantage imposé

Dans sa tentative de définir la discrimination, l'une des caractéristiques sur laquelle la Cour suprême a insisté depuis l'arrêt *Andrews* est l'idée qu'il existe entre le demandeur et d'autres personnes une distinction qui impose un désavantage à ce dernier et qui se traduit par de la discrimination directe ou indirecte.

- L'arrêt *Law* porte sur une allégation de discrimination directe contre une conjointe survivante qui n'a pas pu recevoir des prestations de survivant en raison de son âge.
- L'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union*, appelé aussi l'arrêt *Meiorin*¹⁷, porte sur une allégation de discrimination indirecte. En l'espèce, une pompière alléguait que la loi provinciale qui précisait les normes aérobiques était discriminatoire. La loi n'établissait pas directement de distinction en excluant expressément les pompières, mais le faisait indirectement en excluant la grande majorité des femmes en raison de critères physiques que la Cour a estimés supérieurs à la norme nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail.

b) Groupes comparables

Selon le critère de l'arrêt *Law*, les demandeurs étaient tenus de démontrer qu'on faisait une distinction entre eux et les personnes avec lesquelles ils partageaient des caractéristiques pertinentes, à l'exception de la caractéristique à l'origine de la distinction. Ce groupe de personnes s'appelle le « groupe de comparaison ». En ce qui concerne les faits de l'arrêt *Law*, la demanderesse pouvait comparer le traitement qui lui était fait, c'est-à-dire le refus des prestations de survivant, à celui de survivants âgés de 35 ans et plus, puisqu'ils présentaient des caractéristiques personnelles pertinentes autres que l'âge.

2.2.2 MOTIFS ÉNUMÉRÉS OU ANALOGUES

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* énumère sept motifs de discrimination illicites : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Ce sont les motifs énumérés. Selon l'interprétation de la Cour suprême, cependant, cette liste n'est pas exhaustive. L'emploi du terme « notamment » avant l'énumération donne à entendre que la liste est incomplète. La Cour a reconnu le premier motif analogue, la citoyenneté, dans l'arrêt *Andrews*.

Le motif analogue est une caractéristique personnelle qui, à l'instar des motifs énumérés, est « immuable, difficile à changer ou modifiable uniquement à un prix personnel inacceptable¹⁸ ». Une fois qu'un motif analogue est établi dans la jurisprudence, il est assimilé aux motifs énumérés et peut constituer le fondement de demandes ultérieures fondées sur le droit à l'égalité.

Le demandeur est tenu d'établir que la distinction faite entre lui et d'autres personnes est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Subsidiairement, il peut plaider en faveur de l'établissement d'un nouveau motif analogue. Jusqu'à maintenant, la citoyenneté, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial et l'« autochtonité-lieu de résidence » ont été reconnus comme des motifs analogues¹⁹. Ce dernier motif signifie que la *Charte* interdit maintenant la discrimination contre des membres des Premières Nations fondée sur le fait qu'ils vivent hors réserve.

2.2.3 ATTEINTE À LA DIGNITÉ HUMAINE

Le dernier volet du critère de l'arrêt *Law* est l'obligation qu'a le demandeur d'établir que le fardeau imposé ou l'avantage refusé porte atteinte à sa dignité humaine. La Cour a proposé quatre facteurs contextuels dont il faut tenir compte pour déterminer si, à cet égard, la distinction constitue de la discrimination. Il semblerait que la Cour suprême a depuis abandonné le volet relatif à la dignité humaine du critère de l'arrêt *Law* (dont il sera question plus loin). Il n'est donc pas nécessaire d'analyser ces facteurs en détail. Toutefois, puisque le raisonnement de la Cour menant aux formulations subséquentes du critère se fondait sur le fardeau imposé aux demandeurs, ces quatre facteurs contextuels sont présentés ici pour donner une vue d'ensemble de ce que les demandeurs étaient tenus d'établir selon le critère de l'arrêt *Law* :

- la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité dont la personne ou le groupe a fait l'expérience;
- la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels repose la demande et le besoin, la capacité ou la situation véritable du demandeur ou des autres personnes;
- l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou à un groupe plus défavorisé;
- la nature et l'étendue de l'intérêt touché par la loi contestée.

2.2.4 CRITIQUES DE L'ARRÊT *LAW*

Certains observateurs se sont réjouis de la tentative de la Cour suprême d'offrir, dans l'arrêt *Law*, une structure pour l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1)²⁰, mais cet arrêt, et la jurisprudence sur ce paragraphe qui en a découlé, ont été fortement critiqués. La plupart des critiques portaient principalement sur le critère de la dignité humaine, les groupes de comparaison et, de façon plus générale, le retour au principe de l'égalité formelle, plutôt que l'application de la norme d'égalité réelle appliquée dans l'arrêt *Andrews*. Il en sera question ci-dessous.

3 L'ARRÊT *R. C. KAPP* : LE DÉBUT DE LA FIN DU CRITÈRE DE L'ARRÊT *LAW*

De 1999 à 2008, année où elle a rendu l'arrêt *R. c. Kapp*, la Cour suprême a appliqué le critère de l'arrêt *Law* aux analyses des demandes fondées sur l'article 15. L'affaire *Kapp* porte sur une demande fondée sur l'article 15 présentée par un groupe composé en majorité de pêcheurs commerciaux non autochtones qui contestaient certains permis délivrés en vertu de la *Stratégie relative aux pêches autochtones* du gouvernement fédéral. Ils alléguaient que la stratégie, qui accorde des droits de pêche supplémentaires à trois Premières Nations, était discriminatoire à leur endroit en raison de leur race.

Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour suprême fait part pour la première fois d'une certaine insatisfaction à l'égard du critère de l'arrêt *Law*. L'arrêt *Kapp* est important pour trois raisons. Premièrement, la Cour réaffirme qu'elle s'engage à utiliser l'analyse portant sur l'égalité réelle dans son évaluation des demandes fondées sur l'article 15. Deuxièmement, elle ne soutient pas le volet de la dignité humaine énoncé dans le critère de l'arrêt *Law*. Troisièmement, elle accorde un rôle beaucoup plus important au paragraphe 15(2), qui protège les programmes améliorateurs contre les allégations de discrimination²¹.

3.1 LA RÉAFFIRMATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ RÉELLE

La juge en chef McLachlin et la juge Abella ont rédigé les motifs de la décision des juges majoritaires dans l'affaire *Kapp*²². Elles examinent d'abord les principes énoncés dans l'arrêt *Andrews*, citant le juge McIntyre, qui souscrit au principe de l'égalité réelle, plutôt qu'à celui de l'égalité formelle. De nombreux juristes avaient fait

valoir que l'analyse fondée sur le critère de l'arrêt *Law* s'était traduite par un retour à l'égalité formelle :

Les critiques se sont [...] accumulées à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l'arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux²³.

La Cour, bien qu'elle prenne note de ces critiques, conclut que l'arrêt *Law* concorde en fait avec l'idée que se faisait le juge McIntyre à propos de l'égalité réelle, mais elle n'aura plus recours au critère de l'arrêt *Law*.

3.2 REPENSER LE CRITÈRE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

L'autre grande critique à laquelle la juge en chef McLachlin et la juge Abella répondent au nom de la Cour est l'effet du critère de la dignité. Elles saluent l'arrêt *Law*, qui « a réussi à unifier ce qui, depuis l'arrêt *Andrews*, était devenu une division dans l'approche de [la] Cour relative à l'art. 15 », mais constatent que le critère de la dignité a été largement critiqué parce qu'il impose un fardeau supplémentaire aux parties qui revendiquent le droit à l'égalité.

La juge en chef McLachlin et la juge Abella insistent sur le fait que « la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 », mais elles concluent que « plusieurs difficultés ont découlé de la tentative, dans l'arrêt *Law*, de faire de la dignité humaine *un critère juridique*²⁴ » [SOULIGNÉ DANS L'ORIGINAL]. Cela semble expliquer pourquoi le critère de l'arrêt *Law* n'a pas été « l'éclaircissement philosophique qu'[il] était censé constituer²⁵ ».

3.3 UN NOUVEAU RÔLE POUR LE PARAGRAPHE 15(2)

Il n'a pas encore été question du paragraphe 15(2) dans ce document parce que la Cour suprême n'en a pas vraiment tenu compte. En 2000, lorsqu'elle a eu la possibilité d'examiner la substance du paragraphe 15(2), la Cour a conclu qu'il s'agissait d'un « outil d'interprétation » qui fournissait simplement une explication plus détaillée du paragraphe 15(1)²⁶.

La Cour change d'idée sur ce paragraphe dans l'arrêt *Kapp*. Elle conclut qu'il « vise à protéger les efforts déployés par l'État pour concevoir et adopter des mesures correctives destinées à aider les groupes défavorisés²⁷ ». À son avis, le paragraphe 15(2) « précise simplement et clairement que le par. 15(1) ne peut pas recevoir une interprétation qui permet de déclarer discriminatoire et contraire à l'art. 15 un programme améliorateur destiné à supprimer un désavantage²⁸ ». Essentiellement, le paragraphe 15(2) protège les programmes améliorateurs contre des accusations de ce qu'on appelle souvent la « discrimination à rebours²⁹ ».

S'appuyant sur ce rôle important du paragraphe 15(2), la juge en chef McLachlin et la juge Abella ont établi un critère selon lequel une analyse fondée sur le paragraphe 15(1) n'est même pas nécessaire lorsque le gouvernement peut prouver que la loi ou le programme contesté vise une amélioration.

[U]n programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15, si le gouvernement peut démontrer (1) que le programme a un objet améliorateur ou réparateur et (2) que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue³⁰.

Certains observateurs ont soulevé des préoccupations quant à ce critère, dont il est question dans la section suivante.

3.4 APRÈS L'ARRÊT *KAPP*

Compte tenu des critiques sur le critère de l'arrêt *Law* dont il a été question ci-dessus, la Cour confirme dans l'arrêt *Kapp* qu'elle s'engage à utiliser l'analyse portant sur l'égalité réelle dans son évaluation des demandes fondées sur l'article 15. Elle répond aussi aux critiques qui lui ont été adressées au sujet du volet de la dignité humaine du critère de l'arrêt *Law* et établit que ce critère constitue un obstacle pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité.

Il semblait que l'arrêt *Kapp* rejetait certains aspects du critère de l'arrêt *Law*, mais il n'était pas évident, à première vue, qu'il créait un critère différent pour le paragraphe 15(1). Puisque la décision a été fondée sur le paragraphe 15(2), elle ne présente pas d'application du critère du paragraphe 15(1), alors que les arrêts de la Cour suprême qui établissent un nouveau critère juridique en présentent généralement l'application. Il restait donc quelques incertitudes après l'arrêt *Kapp*, et les tribunaux d'instance inférieure, y compris les cours d'appel, ont continué à examiner les facteurs relatifs à la dignité humaine dans le cadre de leur analyse de demandes fondées sur le paragraphe 15(1)³¹. Par ailleurs, bien que la Cour semble quelque peu critique à l'égard du critère de l'arrêt *Law* dans l'arrêt *Kapp*, elle ne rejette pas expressément le critère, mais affirme plutôt que l'arrêt *Law* « ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais [qu']il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews*³² ».

En dépit de l'hésitation de la Cour suprême à infirmer ouvertement l'arrêt *Law*, elle n'a plus jamais appliqué le critère de l'arrêt *Law* à ses arrêts portant sur l'article 15, utilisant plutôt un passage de l'arrêt *Kapp* pour évaluer les demandes fondées sur le paragraphe 15(1). Dans ce qui aurait pu ressembler, de prime abord, à un résumé de la jurisprudence antérieure, la juge en chef McLachlin et la juge Abella font référence à un « modèle » d'évaluation des demandes fondées sur le paragraphe 15(1) établi dans l'arrêt *Andrews* :

(1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes³³?

Les cinq arrêts suivants de la Cour suprême portant sur l'article 15 citaient tous ce passage de l'arrêt *Kapp* et l'appliquaient comme un critère juridique.

4 PREMIÈRES APPLICATIONS DU CRITÈRE DE L'ARRÊT *KAPP*

La Cour suprême a rendu l'arrêt *Kapp* en 2008, et en 2009 elle a rendu trois décisions appliquant en partie le paragraphe 15(1) : *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada, A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)* et *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*³⁴. La Cour n'a pas traité en profondeur de l'article 15 dans ces arrêts et s'est essentiellement fondée sur d'autres motifs. Ces premiers arrêts montrent que la Cour semble s'entendre sur l'application de l'article 15, mais sans procéder activement à une analyse de l'article. Bien que la Cour analyse les questions dont elle est saisie en se fondant précisément sur les faits soumis, ces trois affaires soulèvent des questions de droit à l'égalité apparemment valides touchant des groupes historiquement marginalisés, à savoir les membres des Premières Nations, les enfants des Témoins de Jéhovah et les minorités religieuses. Néanmoins, l'analyse de l'article 15 dans chacun des arrêts se limite à quelques paragraphes tout au plus. Certains observateurs qualifient l'analyse de la Cour, dans ces trois cas, de superficielle et peu élaborée³⁵ ou de catégorique et sans véritable explication³⁶.

5 L'ARRÊT *WITHLER* : LA CONFIRMATION DU CRITÈRE

Les faits de l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*³⁷ ressemblent à ceux de l'arrêt *Law* en ce sens qu'il s'agit d'une allégation de discrimination fondée sur l'âge relative au montant des prestations de décès auquel le conjoint survivant a droit, mais sous le régime de la *Loi sur la pension de la fonction publique* dans ce cas-ci. La juge en chef McLachlin et la juge Abella ont rédigé les motifs de l'arrêt unanime. Une fois encore, la Cour rejette expressément le principe de l'égalité formelle et appuie celui de l'égalité réelle :

L'égalité n'est pas une question de similitude, et le par. 15(1) ne garantit pas le droit à un traitement identique. Il garantit plutôt à chacun le droit d'être protégé contre toute discrimination.

[...]

L'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu'un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l'application d'un stéréotype négatif ou, au contraire, qu'il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs³⁸.

5.1 LA FIN DES GROUPES DE COMPARAISON?

Dans l'arrêt *Withler*, une grande partie de l'analyse de la Cour sur l'égalité réelle porte sur les groupes de comparaison. L'arrêt *Law* a été critiqué notamment parce que l'obligation de choisir un groupe de comparaison faisait obstacle aux demandes fondées sur le droit à l'égalité et constituait même un moyen de rejeter ces demandes. Selon certains observateurs, les tribunaux (dont la Cour suprême du Canada) ont rejeté des demandes fondées sur le droit à l'égalité parce que les demandeurs n'avaient pas choisi le bon groupe de comparaison et, par conséquent, n'avaient pas produit de preuves suffisantes à l'appui de leur demande par rapport à ce que le tribunal considérait comme un groupe de comparaison approprié³⁹.

Comme il a été mentionné, le premier volet du critère de l'arrêt *Law* exige du demandeur qu'il fasse la preuve qu'un fardeau lui est imposé ou qu'un avantage lui est refusé par rapport à un groupe de comparaison. Des juristes avaient commencé à douter de l'utilité des groupes de comparaison dans l'analyse relative à l'égalité réelle et, dans l'arrêt *Withler*, la Cour semble avoir répondu à ces doutes. Elle cite un arrêt du juge Binnie qui précise que « le fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l'issue de l'ensemble de l'analyse fondée sur le par. 15(1) » et que le choix de ce groupe a été le « talon d'Achille » de nombreuses demandes fondées sur le droit à l'égalité⁴⁰.

Il est parfois relativement facile de trouver un groupe de comparaison, comme dans l'affaire *Law*, où la demanderesse pouvait comparer sa situation à celle de conjoints survivants âgés de plus de 35 ans. Lorsqu'il est plus difficile de trouver un groupe de comparaison, cependant, les demandeurs peuvent être obligés à consacrer beaucoup de temps et d'argent à préparer des données liées aux sciences sociales qui pourraient s'avérer non pertinentes si le tribunal conclut que le groupe de comparaison proposé n'est pas approprié⁴¹.

Il pourrait même arriver que la Cour suprême rejette le groupe de comparaison proposé, après un procès en première instance et un appel. Par exemple, l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*⁴², connu parce qu'il « illustre parfaitement les défauts de l'analyse comparative formaliste⁴³ », portait sur une demande présentée au nom d'enfants autistes qui se voyaient refuser l'accès au financement d'une thérapie comportementale intensive pour traiter l'autisme. Dans l'arrêt *Auton*, les demandeurs ont proposé comme groupes de comparaison les « enfants non handicapés et leurs parents » ou les « adultes atteints de maladie mentale ». La Cour leur a substitué son propre groupe de comparaison, qui était beaucoup plus complexe et pour lequel il aurait été très difficile de produire une preuve :

la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale (en l'occurrence l'autisme) sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu⁴⁴.

Comme l'a constaté la Cour dans l'arrêt *Withler*, le choix d'un « mauvais » groupe de comparaison a fait en sorte que les demandeurs n'ont pas été en mesure d'établir

l'existence d'une distinction, comme l'exige le premier volet du critère de l'arrêt *Law*. Par ailleurs, la comparaison avec un groupe semble exiger que les demandeurs se comparent à des personnes se trouvant dans une situation semblable. Cela est au cœur de l'analyse relative à l'égalité formelle à laquelle la Cour suprême prétendait ne plus recourir. Dans l'arrêt *Withler*, elle reconnaît que ce volet du critère de l'arrêt *Law* peut inciter les tribunaux à effectuer une analyse relative à l'égalité formelle :

[U]ne analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l'inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l'analyse de l'égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu'une telle démarche ne permette pas – voire empêche – la reconnaissance de la discrimination à laquelle l'art. 15 est censé remédier⁴⁵.

La Cour reconnaît que les groupes de comparaison ne simplifient pas nécessairement l'analyse de l'égalité réelle, mais elle conclut que la « comparaison joue un rôle du début à la fin de l'analyse [du paragraphe 15(1)]⁴⁶ ». Cependant, « [i]l n'est pas nécessaire de désigner un groupe particulier qui corresponde précisément au groupe de demandeurs, hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination⁴⁷ ». Depuis l'arrêt *Withler*, il semblerait donc qu'il ne soit plus nécessaire de trouver un groupe de comparaison.

5.2 PRÉCISIONS SUR LE CRITÈRE DU PARAGRAPHE 15(1)

L'arrêt *Withler* n'a rien changé au critère de l'arrêt *Kapp*, mais la Cour y explique davantage les concepts qui sous-tendent le critère, et c'est la première affaire fondée sur le paragraphe 15(1) où la Cour applique le critère de l'arrêt *Kapp* aux faits d'une manière approfondie.

La Cour souligne que le volet « distinction » du critère vise à établir que le demandeur a été traité différemment des autres, c'est-à-dire « qu'il s'est vu refuser un avantage accordé à d'autres ou imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle » qui correspond à un motif énuméré ou analogue⁴⁸. Elle souligne également que la tâche est plus difficile pour ceux qui allèguent l'existence d'une discrimination indirecte. Elle ne fournit pas beaucoup d'explications sur le sujet, mais il semblerait que la production de données liées aux sciences sociales pour prouver l'effet de la loi ou de la politique sur le demandeur constitue une « tâche plus lourde à la première étape⁴⁹ ».

Quant au deuxième volet du critère, la Cour cherche à préciser ce qui crée un désavantage et ce qu'est la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. S'éloignant encore une fois de la démarche adoptée dans l'arrêt *Law*, la Cour conclut qu'il n'est pas toujours nécessaire d'examiner en bonne et due forme les quatre facteurs qui sous-tendent le critère de la dignité humaine. Il s'agit d'indicateurs pouvant être utiles pour déterminer dans quelle mesure l'inégalité réelle est en jeu, mais d'autres facteurs peuvent aussi être pertinents. La Cour affirme qu'« il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents⁵⁰ » mais ne fournit pas plus de directives permettant d'établir les facteurs pertinents à une affaire donnée.

6 L'ARRÊT *CUNNINGHAM* : L'APPLICATION DU CRITÈRE DU PARAGRAPHE 15(2)

Dans l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord)*

c. Cunningham, la Cour suprême a entendu la demande présentée par des Métis dont le nom a été rayé de la liste des membres de l'établissement métis Peavine après leur inscription à titre d'Indiens conformément à la *Loi sur les Indiens*⁵¹. La juge en chef, s'exprimant au nom de tous les membres de la Cour, a conclu à l'absence de discrimination.

La Cour suprême a appliqué pour la première fois le nouveau critère du paragraphe 15(2) dans l'arrêt *Cunningham*. Elle a aussi saisi l'occasion d'analyser l'objet du paragraphe 15(2) de manière plus approfondie que dans l'arrêt *Kapp* :

Le principe sous-jacent au par. 15(2) est que les gouvernements devraient pouvoir cibler certains membres d'un groupe défavorisé en raison de caractéristiques personnelles, tout en en excluant d'autres [...] Le paragraphe 15(2) confirme, en outre, que les gouvernements ne sont peut-être pas en mesure d'aider tous les membres d'un groupe défavorisé en même temps et qu'ils devraient pouvoir établir des priorités. Si les gouvernements étaient tenus d'avantager également tous les groupes désavantagés [...], ils pourraient alors ne pas pouvoir utiliser des programmes ciblés pour atteindre des objectifs précis à l'égard de groupes précis. Le coût d'un traitement identique pour tous entraînerait une perte d'occasions réelles de réduire les désavantages et les préjugés⁵².

La Cour s'exprime de manière assez catégorique lorsqu'elle affirme que le paragraphe 15(2) peut mettre un large éventail de programmes améliorateurs à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Elle affirme que lorsque les conditions du critère du paragraphe 15(2) de l'arrêt *Kapp* sont satisfaites, à savoir que le programme est du type qui vise véritablement à améliorer la situation et qu'il y a une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible, le paragraphe 15(2) « protège toutes les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui “tendent et sont nécessaires” à la réalisation de l'objet améliorateur⁵³ ».

Selon certains observateurs, cette démarche, adoptée d'abord dans l'arrêt *Kapp* et reprise dans l'arrêt *Cunningham*, pourrait nuire aux personnes les plus démunies de la société⁵⁴. Plus précisément, ils soutiennent que lorsqu'un programme améliorateur est trop limitatif, c'est-à-dire lorsque certains groupes sont oubliés et devraient avoir accès à ce programme ou que des sous-groupes de la population ciblée ne peuvent pas y avoir accès, les personnes exclues pourraient ne pas être en mesure de présenter avec succès une demande fondée sur le droit à l'égalité. Certains ont proposé de n'utiliser le critère du paragraphe 15(2) énoncé dans l'arrêt *Kapp* que lorsque des personnes plus favorisées contestent un programme améliorateur (comme dans le cas de l'arrêt *Kapp*, où une majorité de pêcheurs non autochtones contestaient un programme dont profitaient trois Premières Nations) et d'effectuer une analyse complète fondée sur le paragraphe 15(1) lorsque des personnes défavorisées allèguent qu'un programme est trop limitatif⁵⁵.

7 L'ARRÊT QUÉBEC C. A : LA FIN D'UN CONSENSUS?

Il y a eu de multiples jugements dans plusieurs décisions rendues depuis l'arrêt *Kapp*, mais jusqu'en 2013 les membres de la magistrature n'ont pas exprimé de désaccord quant à l'application de l'article 15. Une autre caractéristique des affaires fondées sur l'article 15 entendues dans l'intervalle entre les arrêts *Kapp* et *Cunningham* est le fait qu'aucun des demandeurs n'est parvenu à convaincre la Cour suprême qu'il a été victime de discrimination. Dans toutes les affaires jugées fondées sur le paragraphe 15(1), les demandeurs ont fait valoir avec succès qu'il existait une distinction entre eux et d'autres personnes, mais aucun n'a pu prouver que cette distinction créait un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype. Dans les deux affaires fondées sur le paragraphe 15(2), la Cour a estimé que le programme contesté visait à améliorer la situation et n'a donc pas effectué d'analyse fondée sur le paragraphe 15(1). Cela signifie également que la Cour suprême n'a pas fait d'analyse fondée sur l'article premier (selon lequel le gouvernement doit démontrer que la discrimination dont est victime le demandeur est justifiée) depuis avant l'adoption du critère de l'arrêt *Kapp*.

Après l'arrêt *Kapp*, le premier arrêt fondé sur l'article 15 dans lequel la Cour conclut qu'il y a discrimination a été rendu en janvier 2013 dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A*⁵⁶. Il s'agit d'une demande fondée sur le droit à l'égalité présentée en matière de droit de la famille, particulièrement en ce qui concerne les distinctions selon le droit québécois entre les droits des personnes mariées et ceux des personnes non mariées (appelées conjoints de fait au Québec) lors de la dissolution de l'union.

Après la rupture d'une relation, certaines provinces permettent seulement aux couples ayant été mariés d'obtenir une part des biens familiaux, comme la valeur nette de la résidence familiale, des véhicules ou d'autres objets de valeur. Cependant, toutes les provinces, sauf le Québec, permettent aux anciens conjoints de demander une pension alimentaire même s'ils n'ont jamais été mariés. Dans l'arrêt *Québec c. A*, une femme a contesté sans succès les lois qui l'empêchaient de demander une part des biens familiaux ou de réclamer une pension alimentaire à son ancien conjoint. Cela a donné une longue décision comprenant quatre jugements distincts dissidents ou concordants quant aux résultats ou une partie des résultats.

7.1 L'OPINION DU JUGE LABEL SUR LE PARAGRAPHE 15(1)

L'affaire porte sur un régime complexe de soutien alimentaire et de partage des biens prévu au *Code civil* du Québec, mais comme l'affirme le juge Label, le paragraphe 15(1) est « au cœur du présent litige⁵⁷ ». Il s'est exprimé au nom de la majorité quant au résultat, mais le jugement de la juge Abella constituait la décision des juges majoritaires quant à l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

Le juge Label fait un long historique de l'évolution du paragraphe 15(1), allant des arrêts *Andrews* et *Law* aux arrêts *Kapp* et *Withler*. Son analyse est axée sur « la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15 », une phrase empruntée à l'arrêt *Andrews*⁵⁸. La principale valeur sur laquelle il insiste est la dignité humaine qui, à

son avis, semble dépendre largement de l'autonomie personnelle, de l'autodétermination et du choix personnel. Il soutient par ailleurs que :

l'égalité réelle n'est pas violée par la seule imposition d'un désavantage. Elle est niée par l'imposition d'un désavantage injuste ou répréhensible, ce qui se produit, le plus souvent, lorsque ce désavantage perpétue un préjugé ou applique un stéréotype⁵⁹.

Le juge Lebel fait aussi valoir que les deux parties du second volet du critère de l'arrêt *Kapp*, portant sur l'imposition au demandeur d'un désavantage par la perpétuation d'un préjudice ou par l'application de stéréotypes, sont des éléments fondamentaux du critère. Il soutient que le demandeur est tenu de prouver le préjugé ou le stéréotype. Il conclut qu'il n'est pas discriminatoire d'exclure les conjoints de fait parce que cela protège leur choix de se soustraire aux régimes de partage des biens et de soutien alimentaire du fait de leur choix de ne pas se marier.

7.2 L'OPINION DE LA JUGE ABELLA SUR LE PARAGRAPHE 15(1)

La juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires à propos du paragraphe 15(1), commence son examen des faits de l'affaire en mentionnant que M^{me} A avait parlé de mariage avec son conjoint à au moins deux occasions, mais que ce dernier avait refusé. Elle se demande principalement si l'exclusion des conjoints « financièrement vulnérables » du « bénéfice des régimes impératifs en matière de soutien alimentaire et de partage des biens, tout simplement parce qu'ils ne vivaient pas au sein d'une union créée officiellement⁶⁰ », constitue une violation du paragraphe 15(1). Elle mentionne le « nombre disproportionné de femmes connaissant la pauvreté après la séparation⁶¹ ».

Dans son analyse fondée sur le paragraphe 15(1), elle présente une opinion différente de celle du juge Lebel quant à l'application du critère de l'arrêt *Kapp*. Elle déclare en effet que les demandeurs ne sont pas tenus de prouver précisément le préjudice ou le stéréotype, mais qu'il s'agit plutôt de deux indicateurs permettant d'établir si une loi transgresse la norme d'égalité réelle consacrée par le paragraphe 15(1) :

Il faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d'imposer aux demandeurs invoquant l'art. 15 l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s'attache à tort à la question de savoir s'il existe une *attitude*, plutôt qu'un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*⁶² [SOULIGNÉ DANS L'ORIGINAL].

L'une des critiques de l'arrêt *Kapp* formulées dans la doctrine veut que l'apparent recours au préjudice et aux stéréotypes pour déterminer la discrimination puisse faire oublier d'autres torts importants, notamment la marginalisation, l'oppression et la privation de bénéfices importants⁶³. Contrairement au juge Lebel, qui conserverait le préjudice et les stéréotypes en tant qu'éléments nécessaires du critère, la juge Abella soutient que l'analyse devrait porter essentiellement sur l'incidence de la loi sur le demandeur, et non pas sur la capacité du demandeur à prouver les attitudes

ou les motifs d'autrui. Comme elle l'a indiqué ci-dessus, cela correspond plus à la définition de la discrimination formulée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*.

Un autre point soulevé par la juge Abella, qui rappelle l'arrêt *Andrews*, est la nécessité de garder distinctes les analyses fondées sur l'article 15 et l'article premier de la *Charte*. Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre fait valoir qu'il convient de garder ces analyses distinctes étant donné les fardeaux de preuve : il ne faudrait pas s'attendre à ce que le demandeur prouve l'intention du gouvernement. La juge Abella signale également un autre danger possible du regroupement des analyses de l'article premier et de l'article 15. Elle soutient plus particulièrement que si les tribunaux prennent en compte l'intention du gouvernement à cette étape, où il peut être facile de rejeter le caractère « raisonnable » de la décision politique de nier à un groupe le bénéfice de la loi, le paragraphe 15(1) ne serait qu'une « prohibition des mesures discriminatoires intentionnelles basées sur des stéréotypes irrationnels », plutôt qu'un outil de promotion de l'égalité réelle⁶⁴.

Enfin, la juge Abella traite d'une autre question soulevée par les juristes comme contraire aux principes de l'égalité réelle : celle du choix. Elle cite des exemples de rejet par la Cour suprême d'arguments selon lesquels le choix personnel d'appartenir à un groupe particulier pourrait justifier des mesures gouvernementales qui pourraient sembler discriminatoires autrement. L'état matrimonial ne peut pas toujours être considéré comme un choix véritable, indique-t-elle, puisque des facteurs sociétaux peuvent priver certaines personnes de ce choix. Ainsi, la demanderesse A voulait en réalité épouser son conjoint. Un autre exemple mentionné par la juge Abella est celui de la discrimination à l'égard des femmes enceintes qui sont réputées avoir choisi leur état. Dans les deux cas, le choix peut ne pas être aussi libre qu'on peut le présumer. Dans les deux cas, soutient-elle, ce choix ne devrait avoir aucune incidence sur l'analyse relative à l'égalité réelle.

Dans son application du critère de l'arrêt *Kapp*, la juge Abella affirme que les dispositions du *Code civil* créent une distinction et que celle-ci est discriminatoire. Elle met l'accent sur le désavantage historique vécu par les couples non mariés et leur vulnérabilité par rapport à la situation des couples mariés. Elle soutient qu'une telle discrimination n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais la majorité des juges confirment les dispositions du *Code civil*, estimant qu'il n'y a pas de discrimination, comme le fait le juge Lebel, ou que la discrimination pourrait être justifiée en vertu de l'article premier. La demanderesse n'a pas eu gain de cause.

7.3 L'AVENIR DU PARAGRAPHE 15(1)

Comme il a été mentionné précédemment, l'interprétation que fait la juge Abella du paragraphe 15(1) dans cette affaire est celle de la majorité, ce qui signifie que les affaires ultérieures se fonderont sur sa démarche. Essentiellement, elle se fonde sur le critère de l'arrêt *Kapp* mais soutient que le deuxième volet du critère, à savoir que les tribunaux doivent déterminer si une distinction équivaut à de la discrimination, doit être appliqué de façon souple. Il reste à voir de quelle manière les tribunaux d'instance inférieure appliqueront cette démarche souple.

8 CONCLUSION

L'interprétation que fait la Cour suprême des paragraphes 15(1) et 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a beaucoup évolué depuis le premier arrêt de la Cour, rendu dans l'affaire *Andrews*. Le fil conducteur semble être l'importance attachée à l'égalité réelle, bien que certains juristes prétendent que cette importance était étiolée dans l'arrêt *Law* et dans une partie de la jurisprudence établie par la suite.

Le Cour a d'abord eu une démarche plutôt fluide quant à l'application du paragraphe 15(1), dans l'arrêt *Andrews*, qui met l'accent sur les effets de la loi sur le demandeur. En 1999, elle a officialisé le critère du paragraphe 15(1). Dans l'arrêt *Kapp* et dans plusieurs affaires subséquentes, elle s'est éloignée de la structure rigide du critère de l'arrêt *Law*, apparemment influencée, au moins dans une certaine mesure, par les arguments des juristes selon lesquels le critère de l'arrêt *Law* constituait un obstacle pour ceux qui revendiquaient le droit à l'égalité⁶⁵. Dans les arrêts *Kapp*, *Withler* et *Québec c. A*, la Cour a tenu compte des critiques des juristes et, dans certains cas, y a répondu en modifiant le droit.

Vu la nouveauté de cette tendance dans la jurisprudence sur l'article 15, il est difficile de dire dans quelle mesure le critère de l'arrêt *Kapp* aura une incidence sur les prochaines affaires et analyses. Jusqu'ici, cependant, les modifications apportées par l'arrêt *Kapp* n'ont permis à aucune personne d'obtenir gain de cause lorsqu'elle a présenté une demande fondée sur le droit à l'égalité à la Cour suprême.

NOTES

1. [Charte canadienne des droits et libertés](#), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.
2. À titre d'exemple, les communautés gaie et lesbienne ont fait d'importants progrès en matière d'égalité depuis l'avènement de la *Charte*, notamment dans les arrêts [Egan c. Canada](#), [1995] 2 R.C.S. 513, qui reconnaît que l'orientation sexuelle est un motif analogue, et [M. c. H.](#), [1999] 2 R.C.S. 3, dans lequel la Cour affirme que la définition de conjoints de fait dans la législation familiale de l'Ontario devrait être interprétée de manière à inclure les couples de même sexe. Certaines communautés autochtones ont aussi eu recours à l'art. 15 pour faire valoir le droit à l'égalité. Voir, par exemple, l'arrêt [Corbiere c. Canada \(Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien\)](#), [1999] 2 R.C.S. 203, dans lequel des Autochtones habitant hors réserve contestaient les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui restreignaient leur droit de voter aux élections des bandes.
3. [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41.
4. [Andrews c. Law Society of British Columbia](#), [1989] 1 R.C.S. 143.
5. [Law c. Canada \(Ministre de l'Emploi et de l'Immigration\)](#), [1999] 1 R.C.S. 497.
6. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. (feuilles mobiles), Toronto, Carswell, 2010, chap. 55, p. 10.
7. [Bliss c. Le Procureur général du Canada](#), [1979] 1 R.C.S. 183.

8. *Ibid.* Il est à noter que la décision *Plessy v. Ferguson* confirmait la validité de la loi de la Louisiane intitulée *Separate Car Act*, qui exigeait que, dans les trains, les Blancs et les Noirs voyagent dans des voitures séparées.
9. Le principe énoncé dans l'arrêt *Andrews* est décrit pour la première fois comme une « égalité matérielle et non simplement formelle » dans l'arrêt [Eldridge c. Colombie-Britannique \(Procureur général\)](#), [1997] 3 R.C.S. 624, par. 61.
10. *Andrews*, p. 174.
11. *Ibid.*, p. 173.
12. *Ibid.*, p. 178.
13. Pour un examen de la jurisprudence de la Cour suprême relative à l'art. 15 depuis l'arrêt *Andrews* jusqu'à l'arrêt [Canada \(Procureur général\) c. Hislop](#), 2007 CSC 10, voir Mary C. Hurley, [Les droits à l'égalité : Interprétation de l'article 15 de la Charte dans les décisions de la Cour suprême du Canada](#), publication n° BP-402F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, mars 2007.
14. Arrêt *Law*, par. 2.
15. *Ibid.*, par. 6.
16. Hogg, chap. 55, p. 19 [TRADUCTION].
17. [Colombie-Britannique \(Public Service Employee Relations Commission\) c. BCGSEU](#), [1999] 3 R.C.S. 3.
18. [Corbiere c. Canada \(Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien\)](#), [1999] 2 R.C.S. 203, par. 60.
19. La citoyenneté a été reconnue dans l'arrêt *Andrews*, l'orientation sexuelle dans l'arrêt *Egan* et l'état matrimonial dans l'arrêt [Miron c. Trudel](#) [1995] 2 R.C.S. 418. L'« autochtonité-lieu de résidence », motif de discrimination contre les membres des Premières Nations fondée sur la résidence hors réserve, a été reconnu dans l'arrêt *Corbiere*.
20. Voir, par exemple, Ian Peach, « Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Future of Federal Regulation of Indian Status », *University of British Columbia Law Review*, vol. 45, n° 1, 2012.
21. Les programmes améliorateurs visent à améliorer la situation d'un groupe désavantagé. Selon la note marginale du par. 15(2), il s'agit de « programmes de promotion sociale ».
22. Il y avait bien une dissidence, sur un autre motif, mais la Cour était unanime quant à l'application de l'art. 15.
23. *Kapp*, par. 22. En faisant cette déclaration, la Cour suprême renvoie à huit articles et textes juridiques qui critiquent le retour apparent de la Cour à l'analyse fondée sur l'égalité formelle.
24. *Ibid.*, par. 20 et 21.
25. *Kapp*, par. 22. La Cour renvoie à 12 exemples d'articles et de textes juridiques qui soutiennent cet argument.
26. [Lovelace c. Ontario](#), 2000 CSC 37.
27. *Kapp*, par. 33.
28. *Ibid.*, par. 38.
29. C'est l'explication que donne la Cour suprême dans sa décision suivante portant sur le par. 15(2), l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, dont il est question dans le présent document.

30. *Kapp*, par. 41.
31. Voir, par exemple, Barbara Billingsley, « Taking Measure of the Charter's Equality Guarantee: A Comment on the Court of Appeal's Ruling in *Morrow v. Zhang* », *Alberta Law Review*, vol. 47, n° 1, 2009, p. 229.
32. *Kapp.*, par. 24.
33. *Ibid.*, par. 17.
34. Il s'agit des arrêts [Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada](#), 2009 CSC 9, [A.C. c. Manitoba \(Directeur des services à l'enfant et à la famille\)](#), 2009 CSC 30, et [Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony](#), 2009 CSC 37. Avant l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, dont il est question dans la section qui suit, la Cour suprême a rendu une autre décision dans laquelle elle fait brièvement référence au par. 15(1) : [Ontario \(Procureur général\) c. Fraser](#), 2011 CSC 20. La majorité des juges ont rejeté dans un seul paragraphe l'allégation fondée sur le par. 15(1), et les dissidences n'ont pas fait allusion au par. 15(1), si ce n'est une dissidence où il est brièvement question de motifs analogues.
35. Jonnette Watson Hamilton et Jennifer Koshan, « Courting Confusion? Three Recent Alberta Cases on Equality Rights Post-Kapp », *Alberta Law Review*, vol. 47, n° 4, 2010, p. 953.
36. Margot E. Young, « Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15 », dans Sanda Rodgers et Sheila McIntyre (dir.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*, Markham (Ont.), Lexis Nexis, 2010, p. 217.
37. [Withler c. Canada \(Procureur général\)](#), 2011 CSC 12.
38. *Ibid.*, par. 31 et 39.
39. La Cour a examiné des critiques de juristes dans l'arrêt *Withler*, par. 59.
40. *Ibid.*, par. 48, citant [Hodge c. Canada \(Ministre du Développement des ressources humaines\)](#), 2004 CSC 65.
41. La Cour suprême fait allusion à une telle possibilité dans l'arrêt *Withler*, par. 59.
42. [Auton \(Tutrice à l'instance de\) c. Colombie-Britannique \(Procureur général\)](#), 2004 CSC 78.
43. Sheila McIntyre, « The Equality Jurisprudence of the McLachlin Court: Back to the 70s », dans Sanda Rodgers et Sheila McIntyre (dir.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*, Markham (Ont.), Lexis Nexis, 2010, p. 164 [TRADUCTION].
44. *Auton*, par. 55.
45. *Withler*, par. 60.
46. *Ibid.*, par. 61.
47. *Ibid.*, par. 63.
48. *Ibid.*, par. 62.
49. *Ibid.*, par. 64.
50. *Ibid.*, par. 66.
51. [Alberta \(Affaires autochtones et développement du Nord\) c. Cunningham](#), 2011 CSC 37.
52. *Ibid.*, par. 41.

53. *Ibid.*, par. 45.
54. Voir, par exemple, Peach (2012), p. 122; et Sophia Moreau, « *R. v. Kapp*: New Directions for Section 15 », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 40, 2008-2009, p. 295.
55. Jennifer Koshan et Jonnette Watson Hamilton, « The Continual Reinvention of Section 15 of the Charter », *New Brunswick Law Review*, 2013 (à paraître).
56. [Québec \(Procureur général\) c. A](#), 2013 CSC 5.
57. *Québec c. A*, par. 134.
58. *Ibid.*, par. 135.
59. *Ibid.*, par. 180.
60. *Ibid.*, par. 291.
61. *Ibid.*, par. 300.
62. *Ibid.*, par. 327.
63. Jennifer Koshan, « Redressing the Harms of Government (In)Action: A Section 7 Versus Section 15 Charter Showdown », *Forum constitutionnel*, vol. 22, n° 1, 2013, p. 32.
64. *Québec c. A*, par. 333, citant Sheila McIntyre, « Deference and Dominance: Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers (dir.), *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham (Ontario), LexiNexis Canada, 2006, 95, p. 104.
65. Ce dialogue avec les juristes semble être une tendance assez récente. Pour rendre sa décision dans l'arrêt *Law*, la Cour ne s'est appuyée sur aucune source secondaire, même si elle apportait ce qui s'est avéré être des changements radicaux à son analyse du par. 15(1) : McIntyre (2010), p. 158.