

LE DROIT À L'ÉGALITÉ : INTERFACE ENTRE DROITS INDIVIDUELS ET DROITS COLLECTIFS

Pierre Blache
Sherbrooke

D'abord, l'article qui suit retrace la série des choix qui ont mené la Cour suprême à conclure que l'article 15 de la Charte canadienne l'obligeait à considérer la situation préexistante des groupes auxquels appartient l'individu titulaire des droits à l'égalité, et précise l'importance de cette considération dans son processus décisionnel. À cette fin, d'une part, il explicite les liens que certains choix de la Cour ont avec cette question. D'autre part, il précise en quoi et pourquoi l'attention que la Cour porte à la situation préexistante des groupes et à la loi respectivement, lors de l'application contextuelle de la norme de l'article 15, varie selon l'étape de l'analyse où elle se trouve.

En second lieu, l'auteur étudie les décisions les plus importantes où la cour a procédé à la pondération entre les droits à l'égalité et d'autres droits fondamentaux, afin de cerner son attitude au regard de la tension de l'individuel et du collectif à cette étape, et d'en dégager les raisons. Il émet alors l'opinion que, dans ces affaires, la Cour révèle qu'elle est plus ouverte à la dimension collective des droits fondamentaux lorsqu'elle effectue une pondération au stade de l'article premier que lorsqu'elle le fait avant cette étape. Il avance un ensemble de considérations susceptibles d'expliquer ce comportement. Parmi celles-ci, l'invocation du concept constitutionnel de «société démocratique», à partir duquel la Cour a justifié en principe une certaine déférence judiciaire dans R. c. Mills¹ lui paraît devoir jouer un rôle prépondérant.

In the first place, this article identifies the series of choices which led the Supreme Court to consider itself bound, under section 15 of the Canadian Charter, to take into consideration the pre-existing situation of groups to which the holder of equality rights belongs, and it emphasizes the importance of this consideration in the decision-making process. In this regard, on the one hand, it brings to bear the connection between certain choices of the Court and that issue. On the other hand, the article specifies how and why the attention given by the Court to the law and to the pre-existing situation of groups respectively, when applying the standard of

* Pierre Blache, professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Québec.

¹ [2000] 248 N.R. 101, para. 58.

section 15 in context, will vary depending at which stage of the analysis it takes place. Secondly, the author examines the most important decisions where the Court balanced equality rights with other fundamental rights, with a view to identifying the Court's attitude with regard to the tension between the individual and collective rights at that stage, and to discern the reasons for its approach. The author is of the opinion that, in those cases, the Court appears to be more sensitive to the collective dimension of fundamental rights when it strikes the balance at the stage of section 1 rather than when it does so at an earlier stage. He suggests a number of considerations which may explain this attitude. One such consideration, which the author believes plays a predominant role is the constitutional concept of a 'democratic society', which served as the basis, in principle, for the judicial deference shown in *R. v. Mills*.¹

<i>Introduction</i>	3
<i>Partie 1- Le problème du sujet du droit à l'égalité sans discrimination</i>	5
1- <i>La nature et l'existence du problème</i>	6
i) <i>L'individu abstrait ou situé?</i>	6
ii) <i>Un faux problème?</i>	6
2- <i>Les liens du problème à certaines des étapes de l'analyse</i>	7
i) <i>Un droit à l'égalité ou à la non-discrimination?</i>	7
ii) <i>Quelle discrimination?</i>	8
iii) <i>Contextualiser ou non et jusqu'où?</i>	9
3- <i>Les réponses de la Cour</i>	9
i) <i>La faveur à une norme antidiscriminatoire</i>	10
ii) <i>La définition de la discrimination</i>	10
a) <i>La suffisance d'un effet discriminatoire</i>	10
b) <i>Des motifs énumérés ou analogues seulement</i> ..	11
c) <i>L'effet proprement discriminatoire</i>	11
iii) <i>L'application contextuelle de la norme</i>	12
a) <i>La différence de traitement imputable à la loi</i> ..	13
b) <i>Un motif énuméré ou analogue</i>	14
c) <i>L'effet proprement discriminatoire</i>	15
<i>Partie 2- La pondération des droits individuels et collectifs et le droit à l'égalité sans discrimination</i>	19
1- <i>La pondération avant l'article premier</i>	20
2- <i>La pondération dans le cadre de l'article premier</i>	21
<i>Conclusion</i>	25

¹ [2000] 248 N.R. 101, para. 58.

Introduction

Depuis quarante ans¹, la Cour suprême canadienne a de plus en plus souvent assumé la redoutable tâche d'interpréter et d'appliquer des normes égalitaires ou antidiscriminatoires variées². Elle a, heureusement, accompli cette mission dans un contexte particulièrement agité. D'une part, la philosophie politique était le théâtre d'un renouvellement du débat sur les rapports de l'égalité et de la liberté³ et sur les questions de l'universel et des appartenances⁴. En même temps, sur le front politique, féminisme, multiculturalisme, question autochtone, et du Québec posaient vigoureusement la question du droit à la différence et à la reconnaissance, alors qu'ailleurs des régimes fondés sur le triomphe d'un certain égalitarisme s'effondraient sous la pression d'aspirations à la liberté.

En de telles circonstances, la Cour risquait certes moins, pour ce qui est du sens de la norme de l'article 15 de la Charte, de s'en tenir à une conception superficielle de l'égalité, et de verser dans un ethnocentrisme naïf⁵. Aussi, a-t-elle refusé de n'y voir qu'une interdiction de distinguer⁶. Eût-elle cédé à cette tentation de l'extrême clarté qu'elle se serait fermée au respect des différences. Mais le défi à relever s'en trouvait accru et le danger pointait qu'elle adopte une

¹ La *Déclaration canadienne des droits* (8-9 Eliz. II, c. 44; L.R.C. 1985, App. III) ci-après «la Déclaration» constitue le point de départ de la période sur laquelle porte la présente étude. On trouvait à son article 1b, «le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi» (...) «quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe».

² Je songe particulièrement à la Déclaration et à la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, 1982 (R.-U.), c. 11), ci-après «la Charte canadienne». Mais il ne faut pas oublier les Codes et Chartes antidiscriminatoires dont l'interprétation judiciaire devait profondément marquer le sens que la Cour suprême devait éventuellement donner à la norme contenue à l'article 15 de la Charte canadienne.

³ Voir à ce sujet R. Norman, *Free and Equal*, Oxford University Press, 1987; *Liberalism and Its Critics*, ed. by M. Sandel, Basil Blackwell Ltd, Oxford, 1984; N. Bobbio, *Droite et gauche*, Éditions du Seuil, Paris, 1996; J. Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1975; *Individu et justice sociale*, Éditions du Seuil, 1988; *Reading Rawls*, ed. by N. Daniels, Stanford University Press, Stanford, California, 1989; T.W. Pogge, *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1989.

⁴ Voir C. Taylor, *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1992; W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon Press, Oxford, 1991; M. Waltzer, *Pluralisme et démocratie*, Éditions Esprit, Paris, 1997; J. Tully, *Strange Multiplicity*, Cambridge University Press, 1995; S. Mulhall and Swift, *Liberals and Communitarians*, Blackwell, Oxford U.K. and Cambridge U.S.A., 1992; *Universalism vs Communitarianism*, ed. by D. Rasmussen, The M.I.T. Press, Cambridge, Massachusetts, 1990; S. Mesure et A. Renaut, *Alter Ego*, Aubier, Paris, 1999; *Communitarianism and Individualism*, ed. by S. Avineri and A. de-Shalit, Oxford University Press, 1992.

⁵ Voir S. Abou, *Cultures et droits de l'homme*, Hachette, 1992.

⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171. La Cour y écrivait aussi ce qui suit : «Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (p. 165)».

conception à ce point floue de l'égalité qu'elle en devienne vide⁷. Elle a cependant su éviter aussi cet écueil en se refusant à réduire l'égalité à une prohibition de distinctions déraisonnables⁸. Elle s'interdisait ainsi la voie d'une imprécision qui mette en cause le caractère juridique de la norme.

Je ne tenterai pas de retracer ou d'évaluer ici la démarche et les raisons qui lui permirent d'échapper aux deux pièges que je viens de signaler. Je m'arrêterai plutôt à une dimension centrale du choix qu'elle fit alors d'une norme d'égalité qui soit substantielle et qui permette ou exige de l'État qu'il fasse des distinctions selon les appartenances collectives. Parce que ce choix portait sur une norme attributive de droits individuels⁹ à l'égalité sans discrimination, il engageait inévitablement la Cour dans la problématique de l'équilibre des droits individuels et des droits collectifs. Celle-ci doit cependant être précisée. Sans doute, le thème de l'équilibre entre droits individuels et droits collectifs en tant que tel a-t-il l'immense avantage de refléter fortement la perception commune d'un aspect important de la question de l'égalité. Mais une telle formulation est trop approximative. À mon sens, il faut l'explicitier dans deux directions. Le choix de la Cour impliquait deux choses : en amont, une certaine conception de l'individu auquel était reconnu le droit à l'égalité sans discrimination; en aval, l'inévitable pondération des droits collectifs et individuels. La première question de la problématique dans laquelle elle s'engageait est donc celle de la tension entre deux conceptions du sujet de droit. Selon une première, ce dernier n'est nul autre que l'individu en tant que tel, dépouillé de ses liens et racines, abstrait. La seconde insiste au contraire pour situer ce sujet de droit dans un milieu, comme membre d'une communauté¹⁰. La seconde question à laquelle la Cour était confrontée est celle des liens de la pondération entre le droit à l'égalité et d'autres droits avec celle entre droits collectifs et droits individuels.

Si ces deux questions nous sont imposées par le choix que fit la Cour dès l'affaire *Andrews*, deux autres considérations nous incitent à les privilégier. D'une part, elles sont au coeur du débat philosophique évoqué plus haut. D'autre part, chacune relève de l'une des étapes inhérentes à la mise en oeuvre d'une norme égalitaire ou antidiscriminatoire.

D'une part, les tensions entre prétentions universalistes, propres à la tradition libérale, et les approches communautaristes sont en effet au centre des débats qui occupent la philosophie politique aujourd'hui¹¹. Et leur résolution marquera la conception de l'égalité. Le choix entre analyse contextuelle et abstraite et la décision relative au degré de reconnaissance du droit à la différence en dépendent en effet largement.

⁷ À ce propos, voir P. Westen, «The Empty Idea of Equality» (1982) 95 Harvard L. Rev. 537; et, en réplique, K. Karst, «Why Equality Matters» (1983) 17 Ga. L. Rev. 245.

⁸ *Supra* note 6 aux pp. 178-82.

⁹ Le texte anglais de l'article 15 est tout à fait explicite à ce propos ("Every individual is...") alors que le texte français se prête sans difficulté à une lecture qui en infère un droit individuel.

¹⁰ S. Mesure et A. Renaut, *supra* note 4 aux pp 101-43.

¹¹ *Supra* note 3.

D'autre part, le problème de la priorité entre égalité et libertés ou liberté, qui est par ailleurs une modalité importante de la tension entre droits individuels et collectifs, s'est trouvé au centre de la reformulation du libéralisme à laquelle a procédé John Rawls¹² et a suscité un interminable débat auquel plusieurs des plus célèbres philosophes politiques du temps présent participent intensément¹³.

La mise en oeuvre de la norme égalitaire, sous la Charte comme sous les textes quasi constitutionnels, suppose d'abord une définition du droit, et ensuite, une application qui implique souvent la pondération de droits de même statut. Or, la question de la nature du titulaire du droit, et donc celle de savoir de quel individu il s'agit, fait partie de celle de la définition du droit. Et celle de la nature individuelle ou collective des droits à pondérer a trait au sens même de la pondération requise lors de l'application de la norme.

Les deux questions sur lesquelles ouvre le choix que fit la Cour de voir dans l'exigence d'égalité sans discrimination autre chose qu'une interdiction de distinguer, questions qui importent au plus haut point aux débats de la philosophie politique aujourd'hui et à la définition et la mise en oeuvre de la norme égalitaire en droit canadien, ne sauraient cependant constituer elles-mêmes l'objet de la brève étude qui suit. Celle-ci n'y a rapport que selon une certaine perspective. Son objet sera seulement d'identifier et scruter les étapes et procédés par lesquels la Cour est parvenue à ses positions sur les deux questions, pour manifester les liens entre ces étapes et procédés et les réponses fournies ou esquissées. Au fond, il s'agit de faire voir en quoi la démarche d'élucidation des questions a influé ou influe sur les réponses, vagues ou claires, qui y furent ou sont en train d'y être apportées.

Je m'en tiendrai surtout à l'oeuvre d'élaboration réalisée par la Cour dans le cadre de la Charte canadienne. Les Codes ou Chartes de droits de la personne, qu'elle en est venue à considérer comme quasi constitutionnels¹⁴, ne seront qu'évoqués.

Partie 1- *Le problème du sujet du droit à l'égalité sans discrimination*

Je m'arrête d'abord à préciser la nature du problème devant lequel se trouvait la Cour et à souligner qu'il se pose vraiment. J'explicite, ensuite, en quoi la solution de ce problème est liée aux choix à faire à certaines des étapes de l'analyse auquel elle procède en vertu de l'article 15 de la Charte. Enfin, je m'efforce de dégager sa position à la lumière des réponses qu'elle a fournies ou esquissées au long de sa démarche.

¹² *Supra* note 3.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 R.C.S. 536 aux pp. 546-47, où l'on adoptait la position que le juge Lamer avait exposée dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145 aux pp. 157-58.

1- *La nature et l'existence du problème*

i) *L'individu abstrait ou situé?*

Au stade de l'établissement même du sens de la norme contenue au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne, avant de s'engager dans son application ou de juger de la justification des atteintes qu'elle est susceptible de subir, quel sens prend exactement la première dimension de la problématique des tensions de l'individuel et du collectif? Elle est axée sur le sujet même du droit. Comme il s'agit du droit de l'individu¹⁵ à un certain degré d'égalité, c'est sur la conception même de l'individu qu'elle va porter. En d'autres mots, la question que pose la tension individu-communauté au stade de la notion même d'une égalité entre individus est de savoir si on ne comparera que de purs individus ou des individus situés dans leurs groupes d'appartenance. Elle ne pourra pas être celle de savoir si l'on doit comparer comme tels les groupes de rattachement, car, comme nous le verrons, ce n'est pas une égalité de droit entre groupes qu'instaure la norme égalitaire au regard de laquelle l'on cherche à préciser le sens de la problématique de l'individuel et du collectif.

ii) *Un faux problème?*

Pourquoi ce problème se pose mérite d'être rappelé. Ne peut-on en effet prétendre que par sa seule existence une norme égalitaire ou antidiscriminatoire implique nécessairement la prise en compte de la situation de groupes? Interdire la discrimination entre individus selon le sexe n'est-ce pas nécessairement, par exemple, imposer la prise en compte de la situation des groupes que constituent les hommes et les femmes? La faille d'un tel argument est de prendre pour acquis que la prohibition de recourir à un motif de discrimination, à laquelle rien n'interdit *a priori* de limiter la portée de la prohibition de discriminer¹⁶, oblige non seulement à vérifier l'appartenance à l'un ou l'autre des groupes opposables au moyen du motif interdit, mais à scruter la situation des groupes. Il n'en est rien. Tout dépend du sens éventuellement donné à la norme antidiscriminatoire. En soi la prohibition de discriminer peut bien ne requérir que la vérification d'un lien de rattachement entre l'individu et un des groupes que de tels motifs permettent d'opposer. Une exigence supplémentaire relative à la situation des groupes ne peut apparaître qu'en raison d'autres considérations que la seule existence de la norme antidiscriminatoire, considérations relatives à sa signification qui n'est pas donnée initialement. L'existence d'une prohibition

¹⁵ *Supra* note 6.

¹⁶ Il est vrai que la Cour n'a pas adopté une conception de la discrimination centrée sur le recours à un certain motif. Ainsi, écrivait-elle dans l'affaire *Andrews supra* note p. 182 que «pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue», mais «encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif». Mais cette conclusion n'était pas imposée par le texte.

de discriminer entre individus quant à certains motifs soulève donc bien la question de savoir si ces individus, une fois constatée leur appartenance aux groupes visés par ces motifs, doivent être comparés en tenant compte, en plus, de la situation des groupes en cause. Si une telle question se pose logiquement, encore faut-il voir si et comment elle fut abordée et résolue par la Cour.

2- Les liens du problème à certaines des étapes de l'analyse

Trois étapes de la démarche que suivit la Cour pour dégager le sens de la norme édictée à l'article 15 de la Charte canadienne étaient intimement liées à la question de savoir s'il fallait tenir compte de la situation des groupes afin de déterminer si un individu ou un groupe¹⁷ souffrait d'une atteinte à cette norme. Si ces liens ne sont pas évidents aux deux premières étapes, ils le sont clairement en ce qui regarde la dernière.

i) Un droit à l'égalité ou à la non-discrimination?

La Cour s'est d'abord demandée si l'article 15 instaurait une protection égalitaire, ou prohibait, seulement ou plus précisément, de discriminer. Cette question était au coeur de l'affaire *Andrews*¹⁸ où la principale question de principe était d'interpréter le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne qui se lit comme suit :

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.

Selon la première conception le mal visé aurait été celui des classifications législatives en tant que telles, comme dans le quatorzième amendement américain. Toute distinction aurait été prohibée parce que contraire au droit aux mêmes lois¹⁹. L'accent étant mis sur l'oeuvre législative elle-même, on se serait alors écarté d'un souci de prise en compte des situations avant l'étude de la raisonnable des distinctions en vertu de l'article premier. Au contraire, si l'article 15 interdisait la discrimination au lieu de l'inégalité, la prise en compte ou non des situations des groupes ne serait plus exclue. Beaucoup dépendrait du sens attribué au concept de discrimination. Ainsi une telle prise en compte

¹⁷ Bien que les droits conférés à l'article 15 soient individuels, la seule démonstration d'une discrimination à l'endroit du groupe d'appartenance suffit pour conclure que l'individu-demandeur a subi une discrimination. Voir *infra*, notes 67 et 68.

¹⁸ *Supra* note 6.

¹⁹ Toute distinction faite par le législateur aurait été prohibée en ce sens qu'il aurait fallu la justifier à l'étape de l'article premier. C'est le sens général du quatorzième amendement américain comme l'ont si bien fait voir J. Tussman et J. tenBroek dans leur célèbre article intitulé «The Equal Protection of the Laws» (1949) 37 California Law Review 341.

serait-elle écartée si l'interdiction de discriminer ne se distinguait de celle de traiter inégalement que par l'énumération de certains motifs de distinctions auxquels elle se limiterait. Elle serait, au contraire, vraisemblablement incluse si, pour qu'il y ait discrimination, un préjudice particulier était requis qui soit autre que le fait de subir une différence de traitement selon certains motifs. Ainsi serait-ce le cas si un préjudice particulier était requis, autre que la distinction de traitement selon certains motifs. Le repérage d'un tel préjudice pourrait alors fort bien exiger la prise en compte de la situation du groupe d'appartenance.

ii) *Quelle discrimination?*

La Cour s'est ensuite arrêtée à la définition de la discrimination. Trois questions importent ici. La discrimination est-elle possible par effet seulement? Que nous disent les motifs énumérés concernant les autres motifs de discrimination? La discrimination se définit-elle essentiellement par le recours à certains motifs de distinction?

La première question, étudiée brièvement au plan constitutionnel dans l'affaire *Andrews*²⁰, avait déjà reçu réponse, dans un autre contexte, dans l'affaire *Simpsons-Sears*²¹. Elle est liée à la prise en compte de la situation des groupes. Si, en effet, la réponse est que la priorité doit être donnée à l'effet comme révélateur de discrimination, au point qu'il puisse suffire, le souci de l'effectivité ou de la réalité²² tend à prendre le pas sur une «focalisation» exclusive sur le recours à une distinction. Dès lors est introduite la question de l'opportunité de la contextualisation sociologique des individus en cause, même si la réponse n'est pas dictée. Si, au contraire, la réponse est qu'il faut que le législateur formule une distinction, le risque est grand que l'analyse s'absorbe dans l'examen du droit seul.

La réponse à la seconde question relative à la définition risque aussi d'influer sur la réponse à notre question. L'on se demande alors quel éclairage apporte, sur les autres motifs de discrimination, l'énumération non exhaustive de motifs contenue à l'article 15 de la Charte canadienne. Ces motifs énumérés ne sont-ils mentionnés qu'à titre de principaux, sans en rien limiter le domaine auquel les motifs peuvent appartenir? Si oui, nous sommes vraisemblablement renvoyés à la norme égalitaire avec les conséquences suggérées plus haut²³. Au contraire, si les motifs énumérés deviennent des indices des autres motifs auxquels la norme de l'article 15 interdit de recourir, en exigeant, par exemple, que ces derniers soient analogues aux premiers, l'énumération pointe dans une tout autre direction. Que certains motifs seulement deviennent prohibés risque fort, en effet, de découler de l'usage qu'on en fit précédemment, et en particulier

²⁰ *Supra* note 6 aux pp. 172-75.

²¹ *Supra* note 14 aux pp. 546-51.

²² P. Carignan, «L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés» (1987) 21 *La Revue juridique Thémis* 491 aux pp. 506-12.

²³ *Supra* sous la rubrique Un droit à l'égalité ou à la non-discrimination.

du préjudice qu'en subirent certains groupes. L'application de la norme est alors susceptible d'incorporer une exigence inspirée d'une telle origine et de comporter en conséquence, au stade de l'application, une prise en compte de la situation du groupe.

La troisième question est celle de savoir si la discrimination se définit comme le recours à certains motifs de distinction. La solution alors retenue est, elle aussi, susceptible de suggérer une réponse concernant la nécessité d'une prise en compte de la situation des groupes. Y répondre par l'affirmative c'est en effet faire du recours à un motif particulier le test de la discrimination et ne pas exiger une exploration spécifique de la différence de traitement elle-même. C'est, à l'évidence, ne pas se préoccuper de l'effet proprement dit et, en conséquence, de la situation des groupes. Au contraire, la prise en compte de cette dernière devient possible si l'on exige, pour qu'il y ait discrimination, plus qu'une différence de traitement fondée sur un certain motif. Alors, en effet, la différence de traitement ou distinction pourra fort bien n'être repérable que si on porte une attention particulière à la situation des groupes d'appartenance.

iii) *Contextualiser ou non et jusqu'où?*

Enfin, les liens de la troisième étape de la démarche de la Cour avec la question de la prise en compte de la situation des groupes sont évidents et plus immédiats. La Cour s'est alors demandée si, pour décider de la présence d'une discrimination, il fallait s'en tenir à l'étude des distinctions et effets tels qu'ils apparaissent au seul examen de l'acte ou aller au-delà en prenant en compte la réalité sociale préexistante au sein de laquelle son effet se manifestait? Il va de soi qu'opter pour la seconde branche de l'alternative entraînera vraisemblablement l'autorité chargée de la mise en oeuvre de la norme à considérer la situation des groupes impliqués.

3- *Les réponses de la Cour*

C'est par la série de réponses que la Cour a données aux questions que je viens d'identifier qu'elle fut conduite à considérer la situation des groupes pour juger de l'existence d'une restriction du droit à l'égalité sans discrimination. Le rappel de ce parcours révèle que ce choix informe en effet l'ensemble de sa conception de la norme antidiscriminatoire de la Charte canadienne. Il importe de le retracer maintenant. Le rappel des positions adoptées aux deux premières étapes, celle du choix entre une norme égalitaire et une norme antidiscriminatoire et de la définition de la discrimination, sera fort bref. Je m'attarderai plutôt au choix d'une méthode contextuelle d'application de la norme, car c'est à cette étape que la position de la Cour apparaît vraiment, les décisions antérieures ayant seulement évité d'écarter la voie d'une prise en considération de la situation des groupes et permis qu'elle puisse être retenue sans que l'on doive les remettre en cause.

i) *La faveur à une norme antidiscriminatoire*

La Cour a d'abord refusé de voir dans l'article 15 une norme d'application universelle de la loi²⁴. Elle y a lu une prohibition de discriminer. Elle a ainsi écarté deux modalités d'une interprétation concurrente selon laquelle le premier alinéa de l'article 15, sur le modèle du quatorzième amendement américain, protégeait contre toute distinction ou classification. Selon une première modalité, les deux premières lignes et demie de la disposition protégeaient contre toute distinction. La suite du premier alinéa ne faisait qu'ajouter une interdiction de discriminer, même si celle-ci constituait vraisemblablement la part la plus importante de l'interdiction²⁵. La Cour s'appuya sur le texte de l'article 15 pour rejeter cette première conception, comme si son sens était obvie²⁶. Selon une seconde modalité, le premier alinéa interdisait bien de discriminer, mais le mot «discrimination» se voyait donner son sens neutre et devenait synonyme de «distinction»²⁷. La Cour estima que cette interprétation, comme la précédente, avait le défaut de reporter immédiatement vers l'article premier tout le débat en matière d'égalité, ce qui enlevait toute portée pratique à l'article 15²⁸. Elle s'appuya aussi²⁹ sur le sens qu'avait acquis le mot discrimination dans le cadre des divers codes antidiscriminatoires apparus au Canada. Dans ces cas, seuls certains motifs de distinction étaient discriminatoires, à condition qu'un certain désavantage découle de leur usage. La Cour franchissait donc une première étape en se réservant la possibilité d'opter éventuellement pour la prise en compte de la situation des groupes.

ii) *La définition de la discrimination*

Les conclusions auxquelles elle arriva sur les questions relatives à la définition de la discrimination l'acheminaient tout autant dans la même direction.

a) *La suffisance d'un effet discriminatoire*

Dans l'affaire *Simpsons-Sears*³⁰, en droit quasi constitutionnel, elle décida qu'il suffisait d'une discrimination par effet préjudiciable pour qu'il y ait discrimination. Non seulement ne requerrait-elle pas la présence d'une intention de discriminer là où un motif discriminatoire était formulé, mais elle concluait

²⁴ *Supra* note 6 à la p. 181.

²⁵ *Ibid.* aux pages 193 et 194 où le juge La Forest expose les raisons qui le poussent à ne pas faire de l'article 15 une norme antidiscriminatoire seulement, même s'il reconnaît que c'est ce qu'il est principalement.

²⁶ *Ibid.* à la p. 172.

²⁷ La Cour résume cette thèse aux pages 178 et 179 de l'arrêt *Andrews supra* note et l'attribue en particulier au professeur Hogg qui l'avait exosée dans la seconde édition de son traité (*Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985 aux pp. 799-801).

²⁸ *Supra* note 6 à la p. 181.

²⁹ *Ibid.* aux pp. 172-74.

³⁰ *Supra* note 14 aux pp. 546-51.

à la suffisance du seul effet discriminatoire, deux conclusions qu'elle appuyait sur les mêmes considérations³¹. Dans l'affaire *Andrews*, à propos du sens de l'article 15 de la Charte, elle conclut aussi que l'effet suffisait. Le préambule du Code ontarien³², selon lequel c'était le résultat discriminatoire que l'on voulait éradiquer, et le caractère civil des recours prévus avaient emporté son adhésion à une conception objective de la discrimination dans l'affaire *Simpsons-Sears*³³. Dans l'arrêt *Andrews*, elle prêta au Constituant l'intention de donner au terme discrimination, dans le contexte d'une charte de nature et de statut constitutionnel, le sens qu'elle-même lui avait attribué dans le cadre des codes qu'elle avait hissés entre les lois ordinaires et la constitution formelle³⁴. Ce choix ouvrait la porte à une éventuelle considération de la situation des groupes.

b) *Des motifs énumérés ou analogues seulement*

Se pourrait-il que l'énumération non exhaustive de motifs de discrimination à l'article 15 ne vise qu'à privilégier certains motifs, sans en limiter par ailleurs le genre? Selon la Cour, ce n'était pas le cas. Le Constituant avait plutôt, par là, restreint à des motifs analogues les autres discriminations qui toutes devaient reposer sur des caractéristiques personnelles. Non seulement la Cour rejetait-elle par là le concept neutre de discrimination, pour les raisons déjà évoquées, mais elle limitait aussi, semble-t-il, la liste des autres motifs à venir à certaines caractéristiques personnelles. Comme je l'ai déjà signalé, cette orientation pourrait conduire à s'inspirer des raisons ayant poussé le Constituant à un tel choix et à considérer la situation des groupes dans la mise en oeuvre de la norme de l'article 15.

c) *L'effet proprement discriminatoire*

Enfin, pour la Cour il ne suffisait pas qu'une distinction soit fondée sur un motif énuméré ou analogue pour être discriminatoire. Dès l'affaire *Andrews*, le juge McIntyre écrivait : «il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant³⁵. La raison d'inclure cette nécessaire investigation dans la démarche visant à vérifier s'il y a ou non discrimination est à trouver

³¹ *Ibid.* à la p. 151.

³² *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340.

³³ *Supra* note 14 aux pp. 546-51.

³⁴ *Supra* note 6 aux pp. 172-74.

³⁵ *Supra* note 6 à la p. 182. Dans *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la p. 549, la Cour a exprimé ainsi la question qu'elle se pose lors de cette dernière étape : «La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération».

dans le concept quasi constitutionnel de discrimination que la Cour a importé en droit constitutionnel³⁶. Celui-ci, comme le concept commun d'ailleurs, exige, pour que l'effet soit proprement discriminatoire, la présence d'un fardeau sous forme d'un désavantage ou d'un obstacle à un avantage. Non seulement ce choix de la Cour ne fait pas obstacle à une éventuelle considération de la situation des groupes, mais il semble jouer en sa faveur.

Les options de la Cour sur ces trois problèmes concernant la définition de la discrimination ont donc en commun, au moins, de ne pas interdire une prise en compte de la situation des groupes. Elles peuvent être vues, rétrospectivement, comme autant de pierres dans l'élaboration graduelle d'une conception du droit à la non-discrimination qui intègre le souci de la situation des groupes d'appartenance.

iii) *L'application contextuelle de la norme*

C'est surtout à l'étape du choix d'une méthode d'application de la norme antidiscriminatoire que la Cour a explicité son option en faveur d'une prise en compte de la situation même du groupe auquel appartient l'individu ou le groupe qui se prétend victime de discrimination. Alors que les choix faits aux précédentes étapes annonçaient tout au plus une possibilité ou une tendance, l'articulation de plus en plus précise de la méthode d'application, sur laquelle la Cour a particulièrement insisté récemment³⁷, rend son choix manifeste. Aussi, vais-je m'y arrêter plus longuement.

Récemment³⁸, la Cour a résumé sa position sur la mise en oeuvre de l'article 15 de la Charte en affirmant qu'«il est d'une importance capitale de toujours tenir compte de l'ensemble des contextes social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée» pour déterminer si chacun des éléments de la discrimination au sens de l'article 15 de la Charte a été établi. Elle présentait comme suit les trois éléments qu'elle avait alors à l'esprit :

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du paragraphe 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la Charte pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1)³⁹.

³⁶ *Supra* note 6 aux pp. 172-74.

³⁷ Voir en particulier *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497 aux pp. 532-52.

³⁸ *Ibid.* à la p. 520.

³⁹ *Ibid.* à la p. 524.

a) *La différence de traitement imputable à la loi*

Le premier élément soulève deux difficultés auxquelles la Cour a fait face en recourant au contexte social. La première a trait à l'influence que la réalité peut avoir sur le sens même d'un acte du législateur au point d'autoriser, par exemple, à inférer de son silence une distinction ou différence de traitement. La seconde concerne le type d'impact requis de la loi sur le réel pour que naisse l'obligation de distinguer.

L'affaire *Vriend*⁴⁰ a fourni à la Cour l'occasion de révéler sa position sur la première question. Il s'agissait de décider si la non-inclusion du motif «orientation sexuelle» dans une disposition antidiscriminatoire, qui en énumérait plusieurs autres, pouvait se lire comme une distinction ou différence de traitement imputable à la loi. Certains s'opposaient à y voir une distinction du droit entre hétérosexuels et homosexuels : les premiers et les seconds ne se voyaient-ils pas également privés de la possibilité d'invoquer une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle? À leurs yeux la disposition était en conséquence neutre. La Cour perçut une distinction derrière l'exclusion du motif. Elle cita à ce propos un article de W.N. Renke⁴¹. Celui-ci y faisait valoir qu'en raison de la préexistence d'une discrimination sociale pour orientation sexuelle, dont les homosexuels étaient toutefois à peu près les seules victimes, la privation du bénéfice des recours antidiscriminatoires offerts par le Code en cause avait sur ces derniers un effet disproportionné et entraînait donc une distinction ou différence de traitement entre eux et les hétérosexuels. La situation sociale pouvait donc permettre de traverser le silence formel du législateur et d'y voir une réelle distinction ou différence de traitement imputable à la loi.

Dans la célèbre affaire *Eldridge*⁴² la Cour était confrontée à une autre difficulté. Les lois pertinentes de Colombie-Britannique⁴³ ne prévoyaient en aucun cas le paiement du coût de l'interprétation gestuelle pour malentendants dans le cadre de services de santé que l'État assumait, par ailleurs, pour l'ensemble de la population. Il s'agissait, cette fois, de déterminer si le parlement devait distinguer ou tenir compte de la situation des malentendants et défrayer, au moins en certains cas, les coûts qu'entraîne l'interprétation gestuelle. Plaidant contre une telle solution, le gouvernement de Colombie-Britannique rappelait une mise en garde servie par le juge Iacobucci dans l'affaire *Symes*⁴⁴. Celui-ci avait alors écrit : «Nous devons prendre soin d'établir une distinction entre les effets qui sont causés en totalité ou en partie par une disposition contestée et les circonstances sociales qui existent indépendamment de la disposition en question»⁴⁵. La juge L'Heureux-Dubé

⁴⁰ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

⁴¹ Casé Comment : «*Vriend v. Alberta* : Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice» (1996) 34 Alta L. Rev. 925 aux pp. 942-43.

⁴² *Eldridge v. B.C. (A.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

⁴³ *Medicare Protection Act*, S.B.C. 1992, ch. 76; et *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 180.

⁴⁴ *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

⁴⁵ *Ibid.* aux pp. 764-65.

avait fait une mise en garde analogue dans l'affaire *Thibaudeau*⁴⁶ en écrivant que l'article 15 de la Charte n'oblige pas à «prendre les mesures concrètes, comme celle de fournir des services pour remédier aux symptômes de l'inégalité systémique». La Cour estima que la mise en garde donnée dans l'affaire *Symes* ne l'autorisait pas à soustraire le parlement à une obligation de tenir compte de la situation des malentendants. Elle rappela à ce sujet que, dans l'affaire *Symes*, selon la majorité, «il n'y avait pas de lien entre l'avantage accordé par le gouvernement et le désavantage social subi par les femmes et les enfants»⁴⁷. À son avis les lois concernant les services de santé, dont elle devait apprécier la constitutionnalité, avaient un lien étroit avec le désavantage social préexistant subi par ailleurs par les personnes atteintes de surdité, car dans ce cas «le désavantage social supporté par les personnes atteintes de surdité a un rapport direct avec leur incapacité à bénéficier d'une manière égale des services fournis par le gouvernement»⁴⁸. Cela suffisait. Le droit n'avait pas à créer ou exacerber les conditions sociales affectant un avantage offert à tous. Plus tard⁴⁹, elle précisa qu'il suffit qu'une loi accentue une vulnérabilité ou un désavantage préexistant pour que la discrimination soit imputable au droit, ce qui vaut sûrement aussi à la première étape de l'analyse où l'on cherche seulement à vérifier si le droit cause une différence de traitement. Il en ressort que c'est l'effet cumulatif du désavantage préexistant et de celui qu'y ajoute la loi qui produit la différence de traitement par distinction ou manque à tenir compte de la réalité. Le premier de ces désavantages joue donc un rôle clé à cette étape de l'analyse prescrite par la Cour.

b) *Un motif énuméré ou analogue*

Quant au second élément, la Cour a indiqué, dès l'affaire *Andrews*, qu'il faudrait aller au-delà de la loi contestée pour décider si un groupe donné relevait d'un motif analogue. Ainsi, le juge McIntyre considérait-il que les non-citoyens étaient un exemple d'un tel groupe parce qu'ils constituaient une «minorité discrète et isolée»⁵⁰. On ne pouvait, cependant, inférer de ces propos laconiques qu'il envisageait sûrement la prise en compte de la situation du groupe au-delà du contexte juridique général. C'était en effet les diverses lois électorales qui niaient le droit de vote aux citoyens, même si ce n'était pas elles que l'on attaquait dans l'espèce. Le contexte juridique à lui seul fournissait donc l'éclairage auquel il eût recours pour décider s'il était en présence d'un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15. Dans la même affaire la juge Wilson alla clairement plus loin. Elle affirma en effet qu'une conclusion sur la caractère analogue d'un motif «ne (pouvait) être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans

⁴⁶ *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, para. 37.

⁴⁷ *Supra* note 46 à la p. 680; *supra* note 44 à la p. 763.

⁴⁸ *Supra* note 46 à la p. 680.

⁴⁹ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 aux pp. 54-55.

⁵⁰ *Supra* note 6 à la p. 183.

les contextes social, politique et juridique de (la) société»⁵¹. Depuis, la Cour s'est ralliée à cette position, en précisant toutefois que le désavantage préexistant et la situation de minorité discrète et isolée n'étaient pas des conditions *sine qua non* du caractère analogue d'un motif. Ils ne constituent que des indices parmi plusieurs servant à déterminer si la caractéristique sur laquelle repose la classification «peut servir de motif non pertinent d'exclusion et de négation de la dignité humaine essentielle...»⁵²

c) *L'effet proprement discriminatoire*

Enfin, progressivement et de façon de plus en plus précise, la Cour a pris position sur le rôle d'une éventuelle investigation au-delà du droit concernant le troisième élément ou la troisième étape de sa démarche. Il s'agit alors de vérifier la présence du caractère proprement ou réellement discriminatoire d'une différence de traitement causée par le droit et fondée sur un des motifs énumérés ou analogues.

Dès l'affaire *Andrews*, c'est l'intuition de la nécessité de prendre en considération le contexte social qui l'avait conduit à écarter «comme règle ou formule figée»⁵³ la doctrine selon laquelle le sens de l'article 15 était essentiellement d'exiger que soient traités de la même façon ceux et celles se trouvant dans une situation analogue au regard du ou des buts de la loi⁵⁴. Réaliste, elle manifestait ainsi sa méfiance face à toute méthode susceptible de limiter l'enquête judiciaire à une analyse de cohérence interne des actes de l'État, analyse qui ne ferait pas suffisamment place à la contextualisation. Elle voyait alors dans l'égalité «un concept comparatif dont la matérialisation ne (pouvait) être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question (était) soulevée»⁵⁵.

La Cour envisageait cependant ne devoir mener son analyse jusqu'à la troisième étape qu'exceptionnellement, une fois le motif qualifié d'énuméré ou analogue. La juge McLachlin a fort bien expliqué, dans l'affaire *Miron*, pourquoi il suffirait généralement de constater une différence de traitement de droit fondée sur l'un des motifs énumérés ou analogues pour conclure à discrimination. Si, faisait-elle alors valoir, une fois l'inégalité ou différence de traitement de droit démontrée, ces motifs étaient des indices de discrimination généralement suffisants, c'était «parce que les distinctions fondées sur ces motifs sont habituellement stéréotypées, reposant sur des caractéristiques présumées plutôt que réelles»⁵⁶. Elle indiquait toutefois, aussitôt, que le passage à la troisième étape s'imposait lorsqu'il fallait vérifier si la loi n'était pas telle qu'elle

⁵¹ *Ibid.* à la p. 152.

⁵² *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 à la p. 495.

⁵³ *Supra* note 6 à la p. 168.

⁵⁴ *Ibid.* aux pp. 165-68.

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 164.

⁵⁶ *Supra* note 52 à la p. 487.

«n' (avait) pas pour effet d'imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande»⁵⁷, et mentionnait alors l'arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*⁵⁸ à ce propos.

Pour se justifier de s'engager parfois dans cette exploration la Cour a invoqué l'un des objectifs importants attribués à l'article 15 : «la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés, ou qui font partie de minorités distinctes et isolées»⁵⁹. C'est que, du fait qu'une personne ou un groupe ait subi un désavantage social «(il) s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractéristique sociale injuste et aura sur elles un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables»⁶⁰.

La prise en compte, à la dernière étape de l'analyse, d'un désavantage social préexistant sera donc déterminante lorsque le désavantage découlant seulement de la loi ne sera pas, à lui seul, assez substantiel pour mettre en cause la dignité du demandeur. Il n'est donc pas nécessaire d'en déceler un pour conclure à discrimination. À ce propos, la Cour a opportunément rappelé récemment que l'article 15 «garantit les droits à l'égalité aux particuliers»⁶¹. Comme elle le précisait «pour établir la violation du par. 15(1), il suffira qu'un demandeur démontre qu'une disposition législative ou une autre mesure étatique a pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne (qu'il y ait ou non démonstration que la disposition ou autre mesure étatique corrobore ou exacerbe un stéréotype préjudiciable existant)»⁶².

L'existence d'un tel désavantage de groupe, on l'aura compris, n'entraîne pas non plus inévitablement la conclusion qu'un individu ou groupe demandeur est victime de discrimination. Ce demandeur devra lui-même subir une atteinte à sa dignité⁶³. Un désavantage préexistant du groupe dont le demandeur est membre ne fera que rendre moins difficile la démonstration d'une atteinte à la

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ [1993] 2 R.C.S. 872.

⁵⁹ *Supra* note 52 à la p. 537.

⁶⁰ *Ibid.* aux pp. 534-35.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 536. Le passage dans lequel s'inscrit ce rappel se lit comme suit : «(...) il peut être trompeur ou inapproprié, dans certains cas, de parler d'"appartenance" à un groupe aux fins d'une allégation fondée sur le par. 15(1). La Charte garantit les droits à l'égalité aux particuliers. À cet égard, il faut établir clairement que la personne qui invoque le par. 15(1) n'a pas à démontrer, pour avoir gain de cause, qu'elle fait partie d'un groupe reconnu sociologiquement. Il sera toujours utile pour un demandeur d'être en mesure de relever une pratique discriminatoire contre une catégorie de personnes possédant des caractéristiques semblables aux siennes, c.-à-d., un groupe auquel le demandeur peut considérer qu'il appartient. Néanmoins, la violation du par. 15(1) peut être démontrée à l'aide d'autres moyens et peut exister même si aucune autre personne possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur ne subit le même traitement injuste.»

⁶² *Ibid.* à la p. 535.

⁶³ *Ibid.* à la p. 536.

dignité humaine dont la Cour a de plus en plus nettement fait le coeur de la démonstration requise selon l'article 15⁶⁴. C'est la situation où s'est retrouvée l'appelante dans l'affaire *Law*⁶⁵.

Cette situation doit être distinguée de celle où l'on établit, non pas que le groupe dont est membre le demandeur a subi un désavantage préexistant, mais qu'il est victime du désavantage de droit qui est la marque de la discrimination sous le paragraphe 15(1). En effet, «si les demandeurs établissent une atteinte aux droits à l'égalité des membres du groupe auquel ils appartiennent, ils n'ont pas à prouver l'atteinte à leurs droits individuels»⁶⁶. Ainsi suffisait-il, dans l'affaire *Egan*⁶⁷, de démontrer discrimination à l'endroit des homosexuels en général et non à l'endroit des appelants⁶⁸ pour réussir dans un recours dénonçant comme inconstitutionnel le traitement accordé aux homosexuels par la loi.

Que conclure au terme de ce relevé de parcours? La Cour a jugé légitime de recourir à la situation juridique, sociale, et politique des groupes pour décider si elle était en présence du recours à un motif analogue. Mais elle ne s'est pas arrêtée là. Elle l'a aussi considéré lorsqu'il s'est agi, au départ du processus établi, de vérifier s'il existait une différence de traitement imputable à la loi, et, à la fin du même processus, de déterminer si celle-ci était réellement discriminatoire.

Cependant, à l'examen, l'on discerne une différence importante dans la manière et dans la portée ou l'effet de cette prise en compte de la situation des groupes. Ainsi, pour décider du caractère analogue du motif, se borne-t-elle à considérer la situation générale des groupes sans souci de l'effet de la loi.

Au contraire, pour juger de la présence d'une différence de traitement imputable à la loi et du caractère réellement discriminatoire de celle-ci, elle doit scruter le lien entre la loi ou l'acte étatique spécifique et la situation. Il s'ensuit que la situation même du groupe est déterminante au premier cas, alors que c'est le rapport droit-situation qui est crucial dans les deux autres cas. Mais quel est donc, selon la Cour, le type de rapport droit-situation qui permettra, d'une part, d'imputer à la loi une réelle différence de traitement, et, d'autre part, de conclure que la loi est réellement discriminatoire?

En ce qui regarde la différence de traitement, la question ne se pose vraiment qu'en l'absence de distinction formelle de la part de la loi. L'examen porte essentiellement sur l'imputabilité à la loi d'une distinction réelle. La Cour se borne à vérifier si une distinction de droit existe réellement alors qu'il n'y en a pas de formelle. Elle ne s'engage pas vraiment dans une évaluation de la gravité de cette distinction. D'autre part, si le rapport entre la réalité sociale et le droit est au coeur de l'analyse alors effectuée, chaque élément de la relation

⁶⁴ *Ibid.* à la p. 537.

⁶⁵ *Supra* note 37 à la p. 555.

⁶⁶ *Supra* note 46 à la p. 683.

⁶⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

⁶⁸ *Ibid.* aux pp. 531 et 591-92.

paraît peser d'un égal poids, comme l'affaire *Vriend* le démontre⁶⁹. Ainsi y a-t-on conclu que, par l'exclusion du motif «orientation sexuelle», la loi avait distingué entre homosexuels et hétérosexuels, «compte tenu de la réalité sociale de la discrimination exercée contre les homosexuels»⁷⁰. La loi n'a pas à créer cette discrimination sociale⁷¹.

L'analyse visant, en dernier lieu, à vérifier si la distinction, et non pas le motif, est réellement discriminatoire porte sur la gravité de la distinction faite par la loi, compte tenu de la situation des groupes. Encore ici, la situation du groupe pèse beaucoup. La Cour rappelle, dans l'affaire *Law*⁷², que c'est le facteur le plus concluant. Il faut toutefois remarquer que la loi n'a pas à accroître la discrimination sociale préexistante dont les particuliers sont les auteurs⁷³. Il suffit qu'elle comporte tacitement⁷⁴ un message qu'un type de discrimination «n'est pas aussi grave ou condamnable que les autres formes de discrimination»⁷⁵ pour autoriser à conclure que la dignité humaine est atteinte⁷⁶.

L'effet de ce test de gravité est de donner un rôle important au but du législateur avant l'article premier, au stade même où la Cour vérifie s'il y a restriction au droit à l'égalité sans discrimination. Dans l'affaire *Vriend*, c'est le but qu'avait la loi en cause d'«assurer à chacun une protection complète contre la discrimination»⁷⁷ qui a permis de conclure que l'exclusion du motif «orientation sexuelle» des motifs prohibés envoyait un message que «chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits, sauf les homosexuels»⁷⁸. L'objectif en cause dans l'affaire *Law* a permis au contraire de conclure que la dignité n'était pas en cause⁷⁹.

À la lumière des considérations de la Cour il est permis de conclure que, à la dernière étape, le discours du législateur l'emporte en importance sur la situation des groupes alors que lors du constat d'une différence de traitement le rapport du droit et de la situation sociale paraît plus égalitaire.

⁶⁹ *Supra* note aux pp. 541-42.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 542.

⁷¹ *Ibid.* à la p. 544.

⁷² *Supra* note 37 à la p. 534.

⁷³ *Supra* note 40 à la p. 550.

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 552.

⁷⁵ *Ibid.* aux pp. 550-51.

⁷⁶ *Ibid.* à la page 551 la Cour écrit à ce propos : « La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. La crainte d'être victime de discrimination mènera logiquement à la dissimulation de son identité véritable, ce qui nuit certainement à la confiance en soi et à l'estime de soi. S'ajoute à cet effet le message tacite découlant de l'exclusion, savoir que les homosexuels, contrairement aux autres personnes, ne méritent aucune protection. Il s'agit clairement d'une distinction qui avilit la personne et qui renforce et perpétue l'idée voulant que les homosexuels soient des personnes moins dignes de protection au sein de la société canadienne. L'atteinte potentielle à la dignité des homosexuels et à la valeur qu'on leur reconnaît constitue une forme particulièrement cruelle de discrimination. »

⁷⁷ *Ibid.* à la p. 548.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 552.

⁷⁹ *Supra* note 37 aux pp. 557-59.

Partie 2- *La pondération des droits individuels et collectifs et le droit à l'égalité sans discrimination*

Le second aspect de la problématique de l'individuel et du collectif au regard du droit à l'égalité sans discrimination est celui des rapports de ce droit avec d'autres droits de même statut, question à ne pas confondre avec celle de l'opposition de ce droit et de l'utile, ce dernier étant alors conçu comme l'intérêt général ou du plus grand nombre⁸⁰.

Il a trait à un moment de la mise en oeuvre du droit à la non-discrimination. Celle-ci comporte très souvent une étape où les exigences de la non-discrimination sont mises en regard de celles découlant de certains droits de même statut. Il s'agit de la pondération. On dira parfois qu'elle vise à résoudre un conflit de droits, formule justifiée pour signifier l'incompatibilité des droits en présence dans leur acception absolue. Son objectif est de donner un sens contextualisé à la norme anti-discriminatoire, objectif dont le compromis entre droits n'est toutefois pas le modèle obligé. Ainsi pourra-t-elle conduire au triomphe d'un droit sur l'autre, à une modification respective d'inégale intensité, ou à un compromis égalitaire.

Dans le cadre de la Charte canadienne une telle pondération se déroule généralement au stade de l'analyse de justification sous l'article premier⁸¹, mais elle peut s'effectuer avant cette étape⁸². Dans le cadre des codes ou chartes quasi constitutionnelles c'est dans le cadre de l'évaluation de diverses défenses comme celles d'accommodement, d'exigences professionnelles justifiées, ou du caractère particulier de certains organismes que la même opération s'effectue. Je m'en tiendrai ici à la seule pondération de droits dans le cadre de la Charte. L'espace assigné à la présente étude interdit de viser plus largement.

Au regard de la problématique de l'individuel et du collectif, telle que délimitée ici, trois questions se posent concernant la performance de la Cour dans l'accomplissement de cette tâche de pondération : une telle pondération recoupe-t-elle celle entre droits individuels et droits collectifs?; la Cour a-t-elle manifesté une préférence pour les uns ou les autres?; si oui, lesquels a-t-elle préférés? Mais, la question centrale à laquelle je m'arrête dans la perspective du présent article est autre. C'est celle de déterminer l'impact que le cadre dans lequel se déroule la pondération a sur les réponses que reçoivent ces questions. La Cour s'y livre soit avant l'article premier, soit lors de l'analyse de justification selon l'article premier.

⁸⁰ Voir à ce propos P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Looseleaf Edition, Toronto, Carswell, à la p. 35.2. Sur la pondération, voir, en particulier, G.V. La Forest, «The Balancing of Interest Under The Charter» (1992-1993) 2 N.J.C.L. 133. Sur la contextualisation: R.Colker, «Section 1, Contextuality and the Anti-Disadvantage Principle», (1992) 42 U.T.L.J. 78.

⁸¹ P.W. Hogg *supra* note 80, 33-26.

⁸² Rare en matière d'égalité, on en trouve quelques exemples concernant d'autres droits: *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1982] 2 R.C.S. 1326; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

1- *La pondération avant l'article premier*

Si c'est à l'étape de l'article premier que la Cour a généralement pondéré le droit à la non-discrimination et d'autres droits, il existe un cas, exceptionnel et remarquable, où l'égalité sans discrimination fut pesée en regard d'autres droits ou valeurs de la Charte avant l'article premier. Il s'agit du *Renvoi sur les circonscriptions électorales provinciales*⁸³. L'article 15 n'était pas directement en cause. La Cour devait plutôt interpréter et appliquer le droit de vote conféré à «tout citoyen canadien» par l'article 3 de la Charte afin de décider s'il obligeait à l'établissement de circonscriptions électorales comportant, autant que matériellement possible, un nombre égal d'électeurs afin de respecter l'exigence d'égalité entre ceux-ci.

Elle reconnut que la parité du pouvoir électoral était d'importance primordiale⁸⁴, mais se refusa à en faire l'unique critère. Elle estima plutôt que la «représentation effective»⁸⁵ constituait le but du droit de vote et que celle-ci exigeait parfois⁸⁶ que l'on s'écarte de la parité la plus grande possible. Elle appuya son choix en partie sur l'histoire de la Charte⁸⁷ et du droit de vote⁸⁸ et le souci pratique de contrer l'effet de la faible densité de population sur la qualité de la représentation⁸⁹. Mais c'est principalement en pondérant l'objectif d'égalité des électeurs et «la reconnaissance nécessaire des cultures et des groupes»⁹⁰ qu'elle justifia sa position, comme l'atteste l'extrait suivant :

En dernière analyse, on peut soutenir que les valeurs et les principes qui animent une société libre et démocratique sont mieux servis par une définition qui place la représentation effective au coeur même du droit de vote. Les préoccupations que le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Oakes*, a associées à une société libre et démocratique - le respect de la dignité inhérente à l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers dans la société sont mieux servies par un système électoral axé sur la représentation effective que par un système fondé sur la parité mathématique. Le respect de la dignité individuelle et de l'égalité sociale exige que les votes des citoyens ne soient pas indûment dépréciés ou dilués. Toutefois la reconnaissance nécessaire des cultures et des groupes et l'amélioration de la participation des particuliers au processus électoral et à la société exigent que l'on tienne compte d'autres préoccupations.

La pondération à laquelle la Cour procéda alors a une portée de principe considérable. Elle ne s'appuya pas sur un droit ou une liberté particulier mais

⁸³ [1991] 2 R.C.S. 158.

⁸⁴ *Ibid.* à la p. 184.

⁸⁵ *Ibid.* à la page 183 elle résumait celle-ci à «la possibilité pour les électeurs d'avoir voix aux délibérations du gouvernement» et à «leur droit d'attirer l'attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations».

⁸⁶ *Ibid.* à la p. 184.

⁸⁷ *Ibid.* aux pp. 185-86.

⁸⁸ *Ibid.* aux pp. 186-87.

⁸⁹ *Ibid.* aux pp. 187-88.

⁹⁰ *Ibid.* à la p. 188.

sur des valeurs et principes d'une société libre et démocratique dont elle avait déjà précisé qu'ils «sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte»⁹¹. On ne saurait donc en limiter la pertinence au seul droit de vote. Et le droit à la non-discrimination ne devrait pas y échapper.

La Cour avait déjà invoqué la présence, dans la Charte, des articles 27, 2a, 25, et 15(2), pour préciser que la notion d'égalité, en tant que telle, ne se limitait pas à viser l'élimination des distinctions⁹², que ses virtualités allaient bien au-delà. Elle procédait ainsi à une pondération définitionnelle stricte. Ici, elle passe à la pondération contextuelle afin de décider quelles virtualités de cette définition doivent être actualisées. Elle décide que des distinctions visant la reconnaissance de cultures et de groupes qui heurtent l'exigence de non-distinction, dont elle reconnaît la pertinence en l'espèce, n'entraînent pas de restriction au droit à l'égalité dans le cas du droit de vote. Sans doute, cette pondération n'est possible que parce que la notion même d'égalité, retenue à une étape antérieure, est à géométrie variable et inclut la possibilité et même l'obligation de distinguer en certains cas. Mais c'est au stade de l'application, plus précisément à celui de la pondération contextuelle, que cette virtualité se réalise.

Dans le *Renvoi sur les circonscriptions électorales provinciales* la Cour a donc en quelque sorte pondéré le droit individuel à l'égalité du vote en regard du droit collectif à une représentation effective. Elle a écarté le principe de la stricte égalité des électeurs tout en affirmant que l'égalité des électeurs était primordiale⁹³. Le droit individuel l'emportait clairement dans son esprit sur le droit collectif avec lequel elle l'obligeait à composer⁹⁴.

2- La pondération dans le cadre de l'article premier

La Cour ayant déjà signifié, dans quelques arrêts, qu'elle préférerait reporter à l'étape de l'article premier la pondération des droits⁹⁵, il n'est pas étonnant qu'elle n'ait pas fourni d'autres exemples comparables d'une pondération concernant l'égalité sans discrimination qui prenne place avant le stade de l'article premier⁹⁶.

⁹¹ *Oakes c. R.*, [1986]1 R.C.S. 103, 136.

⁹² *Supra* note 6 à la p. 171.

⁹³ *Supra* note 83 à la p. 184.

⁹⁴ Elle permet, dans les circonstances, un écart de 25 % au quotient électoral provincial.

⁹⁵ Le plus célèbre est sans doute, en matière d'égalité, l'arrêt rendu dans l'affaire *Andrews*. Voir *supra* note 6 aux pp. 177-78.

⁹⁶ Dans *R. c. Keegstra*, majorité et minorité étaient tombées d'accord pour repousser la pondération. Le juge Dickson estimait que l'appréciation de valeurs opposées se fera «le plus souvent» dans le cadre établi par l'article premier (728). La juge McLachlin avait insisté sur le fait qu'il n'existait pas de véritable conflit de droits concrètement en l'espèce mais une opposition de philosophies (853). La pondération sans contexte factuel l'inquiétait. Le juge La Forest, qui a fortement défendu ce point de vue, l'a exprimé fort explicitement dans l'affaire *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, *supra*, note 82.

Les arrêts *R. c. Keegstra*⁹⁷ et *R. c. Butler*⁹⁸ constituent les exemples les plus célèbres d'une pondération à l'étape de l'article premier qui ait trait au droit à l'égalité sans discrimination. Ce dernier était alors confronté à la liberté d'expression.

Dans l'affaire *Keegstra*⁹⁹, à l'étape de l'article premier, la Cour devait décider si l'atteinte à la liberté d'expression découlant de l'article 319(2) du Code criminel¹⁰⁰, qui prohibait de fomenter la haine autrement que par déclarations privées, était justifiée. Le juge Dickson, qui rédigea l'opinion de la majorité, la trouva justifiée. Il s'appuya sur la présence, dans la Charte, des articles 15 et 27. La nature de l'objectif du législateur semble bien avoir été le point tournant de son raisonnement. Il estima que la première condition du critère de l'article premier était «largement remplie» par le législateur. S'il jugea que l'objectif législatif était «très convaincant»¹⁰¹, c'est que l'encouragement à la haine d'un groupe serait contraire à l'objectif de l'article 15¹⁰². Une telle qualification de l'objectif eut un grand effet quand vint le temps de décider si la restriction était une atteinte minimale à la liberté d'expression et, finalement, si elle était ou non proportionnée à l'objectif du législateur. Ainsi le juge Dickson invoqua-t-il expressément «la grande importance de l'objectif»¹⁰³ pour conclure que l'atteinte n'était pas minimale. Et «l'importance capitale»¹⁰⁴ de l'objectif lui permit de juger l'interdiction criminelle proportionnée¹⁰⁵.

Dans *R. c. Butler*¹⁰⁶, à l'étape de l'article premier, la Cour devait décider si la restriction à la liberté d'expression que comportait la disposition du Code criminel sur l'obscénité¹⁰⁷ était justifiée. C'est en grande partie parce que l'objectif du législateur¹⁰⁸ fut perçu comme celui de «parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes»¹⁰⁹, et d'éviter le préjudice résultant «d'une violation des principes d'égalité et de dignité humaine»¹¹⁰, que la majorité et la minorité jugèrent les prohibitions visant le matériel obscène

⁹⁷ [1990] 3 R.C.S. 697.

⁹⁸ [1992] 1 R.C.S. 490.

⁹⁹ *Supra* note 9.

¹⁰⁰ L.R.C. 1985, c. C-46.

¹⁰¹ *Supra* note 9 à la p. 758.

¹⁰² *Ibid.* à la p. 756.

¹⁰³ *Ibid.* à la p. 785.

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 787.

¹⁰⁵ Si la juge McLachlin juge la restriction injustifiée c'est que, tout en reconnaissant l'importance des objectifs liés à l'égalité et au multiculturalisme (847), elle a de forts doutes sur la contribution effective de cette mesure à l'atteinte des objectifs en cause (864-865).

¹⁰⁶ *Supra* note 98.

¹⁰⁷ L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.

¹⁰⁸ La Cour le décrivait comme suit : «Il vise à empêcher que la distribution de ce genre de matériel cause un préjudice qui, selon ce que le Parlement a raisonnablement conclu, sera direct ou indirect, à des particuliers, à des groupes comme les femmes et les enfants et, par voie de conséquence, à l'ensemble de la société» (509).

¹⁰⁹ *Supra* note 98 à la p. 497.

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 524.

justifiées. L'objectif avait, pour cette raison, «une importance fondamentale dans une société libre et démocratique»¹¹¹.

Il faut aussi attribuer à cette qualification de l'objectif le rejet des prétentions selon lesquelles l'État n'avait pas commis qu'une atteinte minimale parce qu'il pouvait tout autant atteindre son objectif en restreignant l'accès au matériel pornographique ou obscène quant au moment ou l'endroit¹¹². L'extrait suivant le démontre :

Une fois qu'il a été établi que l'objectif de la disposition est d'empêcher le préjudice causé par la dégradation que bien des femmes ressentent en tant que «victimes» du message de l'obscénité, ainsi que l'incidence négative que le fait d'être exposé à ce matériel a sur la perception qu'on a des femmes et sur les attitudes envers elles, on ne saurait soutenir que ces préjudices pourraient être évités en restreignant l'accès à ce matériel. On ne peut atteindre le même objectif en rendant le matériel plus difficile à obtenir par une majoration des prix et par une réduction de son accessibilité. Une fois que le Parlement a raisonnablement conclu que certains actes sont nocifs pour certains groupes de la société et pour l'ensemble de la société, il serait illogique, voire hypocrite, de soutenir que ces actes pourraient être accomplis dans des conditions plus restrictives. Le préjudice que l'on cherche à éviter demeurerait le même dans l'un et l'autre cas.¹¹³

Que nous révèle le comportement de la Cour dans ces trois cas? D'abord, qu'elle a procédé à deux types de pondération entre divers droits et valeurs de la Charte. La première n'est rien d'autre que le recours à ces divers droits ou valeurs pour arriver à la définition générale de chacun¹¹⁴. C'est la définitionnelle¹¹⁵. C'est une opération à laquelle la Cour se livre régulièrement. L'affaire des circonscriptions électorales provinciales en est un bel exemple¹¹⁶. La seconde consiste dans l'épuration respective des droits dans le contexte d'une affaire donnée. C'est la contextuelle. Pressée d'entreprendre ce second type de pondération avant l'étape de l'article premier, la Cour s'y est refusée à l'unanimité tant dans l'affaire *Keegstra* que dans l'affaire *Butler*. Ce comportement reflète son attitude générale à ce sujet¹¹⁷.

Que la pondération rigoureusement définitionnelle et non contextuelle se déroule avant l'étape de l'article premier, et que la pondération contextuelle s'effectue au seul stade de l'article premier peut-il influencer sur les questions que nous explorons ici? Plus précisément, ce choix n'influe-t-il pas sur la perspective selon laquelle s'effectue la pondération des droits individuels et collectifs? Si c'est le cas, cette perspective joue-t-elle à l'avantage des uns ou des autres?

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 509.

¹¹² *Ibid.* à la p. 507.

¹¹³ *Ibid.* aux pp. 507-508.

¹¹⁴ Elle ne procède donc pas d'une contextualisation sociale qui tienne compte des circonstances de l'espèce. C'est le contexte que constitue la Charte elle-même et les circonstances ayant entouré son adoption qui sont prises en considération.

¹¹⁵ La juge McLachlin reconnaissait expressément ce type de démarche dans l'affaire *Keegstra*, *supra* note 97 à la p. 834.

¹¹⁶ Pour ce qui est du sens général du droit de vote, car l'acceptation d'un écart de 25 % au quotient électoral provincial relevait de la pondération contextuelle.

¹¹⁷ *Supra* note 80 aux pp. 33-26.

Dans l'affaire des circonscriptions électorales provinciales, droits individuels et collectifs, ou dimensions individuelle et collective du droit de vote, furent expressément mis en rapport par le recours aux valeurs d'une société libre et démocratique¹¹⁸ d'abord pour définir le droit de vote. D'autre part, si le résultat de la pondération définitionnelle effectuée fut de tempérer le droit individuel par la prise en compte d'intérêts ou droits collectifs, l'égalité individuelle, au sens de la parité entre électeurs, demeura nettement primordiale.

Je pense que ce résultat doit beaucoup, s'il ne lui est pas inhérent, au fait que la pondération en cause se déroule avant l'étape de l'article premier. La perspective de l'opération est alors de viser à la définition générale des droits. Or, ceux-ci, en vertu de la Charte, sont généralement individuels. Il ne faut donc pas s'étonner que le recours aux valeurs de la Charte à seule fin de définir des droits essentiellement individuels demeure fondamentalement respectueux de la nature de ceux-ci, et ne permette que de leur ajouter une dimension collective limitée. À ce facteur s'ajoute le fait que la Cour ne puisse, dans le cadre d'une pondération effectuée à cette étape, tenir compte des choix du Parlement dont l'effet pourra être pris en compte en d'autres circonstances¹¹⁹.

Dans les affaires *Keegstra* et *Butler*, au stade de l'article premier, la liberté d'expression individuelle se voit opposer le droit collectif à la non-discrimination auquel est intimement relié l'objectif du législateur. L'analyse générale de proportionnalité, selon le cadre établi dans l'affaire *Oakes*, est contextuelle. Elle ne consiste pas à éclairer deux droits en tant que tels l'un par l'autre pour les définir, mais à comparer la restriction à la liberté d'expression à l'objectif choisi par le Parlement, et à l'aptitude de la mesure contestée à atteindre celui-ci, l'objectif présentant la particularité d'être lié au droit à l'égalité sans discrimination. La Cour conclut, essentiellement (voir *supra*), que la restriction constatée est justifiée par l'objectif dans les deux cas. Le droit à l'égalité sans discrimination, dans sa dimension collective, ne va pas jusqu'à modifier le sens de la liberté d'expression au point qu'un constat de restriction soit exclu, comme il le ferait si la pondération se déroulait avant l'article premier. Il ne fait que justifier la restriction que la loi fait subir à un droit constitutionnel qui n'est en rien diminué par là.

Le triomphe du droit collectif sur le droit individuel dans ces deux cas est-il fortuit? Ne faut-il pas plutôt y voir un résultat vers lequel tend naturellement une pondération effectuée à ce stade? Je pense que la seconde hypothèse doit être retenue. Plusieurs considérations militent en faveur d'une telle interprétation.

D'une part, la pondération dont il s'agit n'est pas la pondération entre droits et intérêt public général. Ici, des droits constitutionnels d'égal statut se retrouvent sur les plateaux de la balance. La rigueur de l'analyse de

¹¹⁸ Voir, *supra* à la p. 25.

¹¹⁹ Comme on le verra un peu plus bas.

justification prescrite par la Cour dans l'affaire *Oakes*¹²⁰ suite à un constat de restriction ne saurait trouver à s'appliquer. De toute évidence, la Cour n'envisageait une telle rigueur que dans l'hypothèse d'une pesée comparative d'un droit constitutionnel et d'un objectif législatif qui ne soit pas le reflet de valeurs de la Charte mais seulement compatible avec elles.

D'autre part, si cette pondération prend place après qu'une restriction ait été établie, celle-ci n'a été constatée qu'à partir d'une pondération définitionnelle. Or, comme je l'ai souligné plus haut, une telle pondération favorise la dimension individuelle du droit.

Enfin, il me semble que, dans un tel contexte, l'égalité collective, dont la Cour a reconnu dès le départ qu'elle était partie de la complexe notion d'égalité, se trouve renforcée du fait qu'elle a reçu l'appui du législateur. La Cour pouvait en effet s'estimer justifiée d'accepter la restriction du droit ou de la liberté individuelle puisque le choix de protéger le groupe, et donc en faveur du droit collectif ou de la dimension collective d'un droit hybride, était celui du Parlement qui représente tous les individus.

La Cour paraît maintenant ouverte à une telle justification. Dans *R. c. Mills*¹²¹, où elle a vanté les vertus du dialogue entre pouvoir judiciaire et Parlements, elle a écrit :

Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés : le législateur joue également un rôle à cet égard, et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables... Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix.

De tels propos autorisent à penser qu'elle ose maintenant faire sienne la conception démocratique de la pondération des droits fondamentaux que j'ai cru voir se profiler derrière certaines de ses plus importantes décisions.

Conclusion

J'ai voulu démontrer deux choses. D'une part, que la Cour suprême a progressivement pris la route de la contextualisation, en particulier de la considération de la situation des groupes d'appartenance. Par quatre de ses choix elle a mis le cap dans cette direction : en optant pour une norme antidiscriminatoire, en définissant celle-ci par l'effet de la loi, en la limitant à quelques motifs énumérés ou analogues, et en exigeant un réel désavantage pour qu'il y ait réelle discrimination.

¹²⁰ *Supra* note 91 à la p. 135; la Cour y avait, en partie, fondé la «norme sévère» de justification selon l'article premier, et donc après le constat d'une restriction, sur «l'idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution».

¹²¹ *R. c. Mills*, C.S.C., [2000] 248 N.R. 101, para. 58.

D'autre part, j'ai aussi proposé une explication aux justifications qu'elle trouva à certaines atteintes à des droits ou libertés individuels. C'est surtout que le droit à la non-discrimination, dans sa dimension collective, avait reçu l'appui du Parlement, représentant des titulaires de ces droits individuels. Si cet appui ne saurait être déterminant quand il s'agit de peser des droits au regard de l'intérêt général, la Cour paraît le juger tel lorsqu'il est apporté à des droits collectifs ou à la dimension collective de droits hybrides.

Il reste, maintenant, à expliquer pourquoi la situation préexistante et la loi ont une importance respective variable selon l'étape de l'analyse. Nous avons en effet noté que la situation sociale préexistante domine lors du repérage des motifs analogues, que la loi et la situation sociale pèsent d'un poids approximativement égal à l'étape du constat d'une distinction ou différence de traitement par la loi, et que la loi domine lors de la vérification du caractère proprement ou réellement discriminatoire d'une distinction imputable à la loi.

Ces nuances sont commandées par l'objet même de l'opération qui se déroule à chaque étape. Si la situation préexistante est déterminante pour l'identification d'un motif analogue, c'est qu'à cette étape la loi n'entre pas en jeu. C'est une étape en quelque sorte préliminaire à deux investigations où le souci d'imputabilité à la loi interviendra. D'autre part, le poids à peu près égal que la situation préexistante et la loi ont dans l'imputation d'une différence de traitement à la loi s'explique par la nature même de la difficulté caractéristique de cette étape. Sans doute, faut-il alors scruter la loi elle-même puisqu'il s'agit de vérifier si elle est la source d'une certaine différence de traitement. Mais il y a alors danger d'une lecture formaliste de la loi. Celui-ci ne peut être écarté que par une attention aussi grande au contexte dans lequel intervient la loi qu'à celle-ci même. Enfin, pourquoi le texte de la loi l'emporte-t-il en importance sur la situation sociale préexistante à l'étape où l'on vérifie si la différence de traitement établie par la loi est réellement discriminatoire? C'est qu'il s'agit alors de saisir la gravité d'un effet de la loi et non plus seulement de constater qu'il lui est imputable. Or, cette gravité tient essentiellement, selon la Cour¹²², au message que la loi émet. Il n'est pas surprenant que l'attention se porte alors vers le discours même du législateur et l'objet que celui-ci poursuit, contexte hors duquel le sens du discours demeure inaccessible.

¹²² *Supra* note 37 à la p. 549. La Cour y énonçait la question qu'elle devait se poser à la dernière étape de son analyse dans les termes qui suivent et indiquent clairement que le discours du législateur devient alors l'objet principal de son attention : «La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?»