

CHAPITRE 3

Les prétentions des opposants*

Introduction

Quelles justifications invoque-t-on pour ne pas donner entièrement suite aux engagements du Canada en matière d'égalité? Le présent chapitre porte sur les démarches rhétoriques qui sont utilisées pour exclure du cadre des droits à l'égalité les dimensions sociales et économiques de l'inégalité. Les garanties touchant les droits à l'égalité qui visent la réalisation des engagements pris en matière d'égalité risquent toujours d'être marginalisées et affaiblies, de sorte que les groupes moins puissants n'en bénéficient pas pleinement. Il est donc essentiel de comprendre, d'une part, les justifications que l'on donne pour se soustraire aux engagements en matière d'égalité, qui sont si importants pour les femmes, et, d'autre part, la forme que prennent ces justifications dans les argumentations types.

Nous utiliserons des décisions judiciaires pour illustrer ces démarches rhétoriques, mais nous tenons à souligner que les gouvernements, en dehors du contexte judiciaire, et les médias font valoir les mêmes arguments. Ceux-ci contaminent le débat public.

Cinq décisions qui sont fondées sur la *Charte* et qui concernent l'égalité seront examinées : l'affaire *Egan c. Canada*¹, qui visait à faire reconnaître le droit des homosexuels à un régime de retraite public; l'affaire *Masse c. Ontario (Ministry of Community and Social Services)*², dans laquelle des bénéficiaires de l'aide sociale contestaient des compressions effectuées dans les programmes d'aide sociale; l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique*³, portant sur le refus de fournir des services d'interprétation aux personnes sourdes; enfin, les affaires *Symes c. Canada*⁴ et *Thibaudeau c. Canada*⁵, dans lesquelles des femmes soutenaient que le régime d'impôt sur le revenu engendrait une discrimination fondée sur le sexe. Nous avons choisi ces décisions parce qu'elles mettent en lumière tout un éventail de problèmes liés à la façon dont les tribunaux tranchent les contestations fondées sur la *Charte* dans des domaines considérés comme comportant des aspects de politique sociale ou économique⁶. Ces décisions font aussi ressortir les arguments que les avocats des gouvernements invoquent dans ce type de cause.

Ces décisions illustrent comment il est possible de séparer les droits à l'égalité des dimensions sociales et économiques de l'inégalité et de les dépouiller ainsi de leurs effets. Elles révèlent aussi que la magistrature n'est pas encore prête à assumer la tâche de répondre aux groupes qui revendiquent le respect de leurs droits à l'égalité et de remédier aux effets discriminatoires possibles de certains choix fiscaux et budgétaires sur ces groupes. Enfin, certaines décisions font ressortir des dissensions au sein de la magistrature et, particulièrement au niveau de la Cour suprême du Canada, une division entre les juges selon leur sexe.

Toutefois, les obstacles auxquels se sont heurtés les revendicatrices et les revendicateurs de droits dans ces affaires ne se limitent pas nécessairement à l'interprétation de la *Charte*, car ce sont des obstacles qui procèdent de l'influence persistante de la notion d'égalité formelle. On peut

1 *Gwen Brodsky est la seule auteure de ce chapitre.

donc s'attendre à des problèmes similaires lorsque le Canada sera invité à exécuter ses engagements en vertu des traités concernant les droits de la personne, même si ces traités visent explicitement, concrètement et sans ambiguïté des questions d'inégalité sociale et économique.

Il faut aussi souligner que l'état du droit en matière des droits à l'égalité garantis par la *Charte* ne nous renseigne pas seulement sur ce que pensent les juges. La jurisprudence est un très bon indicateur de la façon dont les gouvernements conçoivent leurs obligations en matière d'égalité. Plus précisément, les décisions mettent en lumière l'ambivalence des gouvernements lorsque la revendication d'un droit à l'égalité est dirigée contre eux, même si le caractère exécutoire d'un droit en constitue un élément essentiel.

Il semble que les gouvernements soient particulièrement peu enclins à se soumettre à la décision des tribunaux concernant les revendications d'un droit à l'égalité formulées par les femmes ou d'autres groupes désavantagés, lorsqu'elles mettent en cause la façon de recueillir et de dépenser (ou de ne pas dépenser) les fonds publics pour des programmes sociaux tels que les pensions, les soins de santé et l'aide sociale. Les gouvernements ne sont pas aussi réticents à soumettre leurs lois en matière pénale à l'examen des tribunaux, parce que l'examen judiciaire des lois et des pratiques en matière pénale concorde avec un fait reconnu de longue date, c'est-à-dire que les gouvernements menacent la liberté de certains individus lorsqu'ils exercent leur rôle de police. Les gouvernements se sont plus ou moins résignés à voir les tribunaux jouer un rôle de protecteur « de l'individu ». Cependant, lorsqu'il est question du rôle, créé et reconnu plus récemment, de l'État comme régulateur de l'économie et pourvoyeur de programmes sociaux, et de l'idée que les violations des droits de la personne ont des dimensions collectives, les gouvernements sont hésitants à céder des pouvoirs à un organisme de surveillance indépendant. Le Canada se place ainsi dans une position ambivalente. D'un côté, le Canada veut se présenter, et se présente effectivement, comme un leader mondial par ses engagements en faveur de l'égalité et de la justice sociale, et il brandit la *Charte* et les lois sur les droits de la personne comme la preuve de ces engagements. D'un autre côté, les gouvernements veulent être libres d'abandonner et de réduire leurs engagements à leur gré, comme s'il s'agissait simplement d'objectifs de politique et non de véritables droits.

On ne peut promouvoir l'égalité des femmes en adoptant des approches interprétatives qui excluent les questions d'inégalité économique du champ des droits à l'égalité, ou qui permettent aux gouvernements de nier leur responsabilité à l'égard des inégalités économiques et sociales qui découlent des lois.

Aperçu des décisions

Egan c. Canada

Les appelants Egan et Nesbit, deux homosexuels qui cohabitaient depuis 1948, ont contesté les dispositions concernant l'allocation au conjoint de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Lorsque M. Egan a atteint l'âge de 65 ans, en 1986, il a commencé à recevoir des prestations de sécurité de la vieillesse et un supplément de revenu garanti en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. À 60 ans, M. Nesbit a demandé l'allocation de conjoint prévue par le par. 19(1) de la *Loi*, à laquelle est admissible le conjoint qui a entre 60 et 65 ans lorsque le revenu du couple est inférieur à un montant déterminé.

Sa demande a été rejetée pour le motif que l'union entre MM. Nesbit et Egan n'était pas visée par la définition du terme « conjoint » énoncée dans la *Loi*, selon laquelle ce terme s'entend de la personne de sexe opposée qui vit avec une autre personne, si les deux personnes se présentent publiquement comme mari et femme. MM. Nesbit et Egan ont intenté une action en Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que cette définition devait être élargie pour inclure les « partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe mais ayant à tous autres égards les mêmes caractéristiques qu'une union conjugale ». La Section de première instance a rejeté l'action. La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement. La Cour suprême du Canada, avec une majorité de cinq juges, a statué que la *Loi* créait une discrimination. Toutefois, le juge Sopinka a conclu que cette atteinte au droit à l'égalité était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Les quatre autres juges ont décidé que la *Loi* n'était pas discriminatoire, et que même si elle l'était, la discrimination serait justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Masse c. Ontario (Ministry of Community and Social Services)

Dans l'affaire *Masse*, plusieurs demandeurs ont contesté ensemble les compressions effectuées dans le domaine de l'aide sociale par le gouvernement Harris en Ontario. Selon leurs prétentions, les compressions engendraient une discrimination puisqu'elles faisaient porter une part disproportionnée des mesures d'austérité budgétaire aux bénéficiaires de l'aide sociale, en contravention de l'art. 15 de la *Charte*, et que les compressions poussaient les bénéficiaires de l'aide sociale au-dessous d'un seuil minimal que l'on ne peut franchir sans enfreindre les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Les demandeurs ont déposé une preuve imposante à l'appui de leur prétention portant que le gouvernement avait pris les bénéficiaires de l'aide sociale pour cible et les traitait de façon préjudiciable, et que la réduction des prestations d'aide sociale leur causait des difficultés extrêmes, comme la faim et l'itinérance. Le tribunal de trois juges, composé des juges Corbett, O'Driscoll et O'Brien, a rejeté la demande⁷.

Eldridge c. Colombie-Britannique

Dans l'affaire *Eldridge (C.A.C.-B.)*⁸, les appelants, Robin Eldridge et Linda et John Warren, contestaient les lois intitulées *Medical and Health Care Services Act* et *Hospital Insurance Act* parce qu'elles ne prévoyaient pas la fourniture de services médicaux avec interprétation aux personnes sourdes, les privant ainsi de services médicaux offerts aux entendants.

Des services médicaux avec interprétation étaient auparavant offerts aux personnes sourdes de la région du Lower Mainland de la Colombie-Britannique par un organisme du nom de *Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing*. L'Institut avait arrêté d'offrir ces services parce qu'il n'avait plus les fonds suffisants pour le faire.

Robin Eldridge et les Warren ont intenté une action contre le gouvernement devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Ils cherchaient à obtenir réparation en application de l'art. 15 de la *Charte* qui garantit à tous le même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment d'une discrimination fondée sur les déficiences⁹. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a aussi rejetée. Les juges Hollinrake et Cumming de la Cour d'appel ont jugé qu'il n'y avait pas de discrimination. Le juge Lambert a conclu qu'il existait une discrimination, mais qu'elle était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Thibaudeau c. Canada

Suzanne Thibaudeau a contesté l'al. 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* aux termes duquel elle devait payer de l'impôt sur le revenu sur les sommes reçues de son ex-mari à titre de pension alimentaire pour les enfants. L'al. 56(1)b) de la *LIR* obligeait un parent séparé ou divorcé à inclure dans son revenu les sommes versées pour la pension alimentaire des enfants, alors que le parent non gardien qui versait la pension alimentaire au profit des enfants pouvait, en vertu de l'al. 60b), déduire ces sommes de son revenu. Pour Suzanne Thibaudeau, l'inclusion des versements de pension alimentaire pour les enfants dans son revenu imposable augmentait son fardeau fiscal de 3 705 \$ en 1989, alors que le jugement de divorce prévoyait seulement 1 200 \$ pour ce fardeau supplémentaire. La Cour d'appel fédérale, dans une décision partagée 2-1, a statué que le régime d'inclusion/déduction pénalisait le parent gardien en lui imposant un fardeau fiscal proportionnellement plus élevé que celui du parent non gardien qui profitait d'une déduction de 100 p. 100 des sommes versées à titre de pension alimentaire pour ses enfants. À la suite d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada, la majorité de la Cour a jugé qu'il n'existait pas de discrimination.

Symes c. Canada

Beth Symes, une avocate travaillant à son propre compte, voulait avoir le droit de déduire ses frais de garde d'enfants de son revenu conformément au principe selon lequel les dépenses faites ou engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise sont des dépenses déductibles. Elle soutenait que la garde des enfants était vitale à la capacité des femmes de gagner un revenu, et que d'exclure les frais de garde d'enfants du concept de « dépense d'entreprise » était contraire aux principes fondamentaux de l'art. 15 de la *Charte*. Revenu Canada a d'abord accepté les déductions réclamées par Mme Symes, mais les a par la suite refusées au motif que ces dépenses n'étaient pas des débours ou des dépenses faites ou engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise, mais constituaient des frais personnels ou de subsistance. Mme Symes a interjeté appel.

La Section de première instance de la Cour fédérale a accepté les prétentions de Mme Symes. Cependant, la Cour d'appel fédérale a confirmé le refus de Revenu Canada de reconnaître les dépenses réclamées. En Cour suprême du Canada, la majorité des juges a rendu une décision défavorable à Mme Symes. Les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé étaient dissidentes.

L'exclusion des dimensions sociales et économiques de l'inégalité du cadre de l'égalité

Les démarches types retenues pour faire opposition aux allégations de discrimination dans la politique économique gouvernementale consistent à exclure l'objet même de la demande des limites du droit, pour l'inclure plutôt dans le domaine des questions sociales et économiques, et à effectuer l'analyse de la discrimination en rompant le lien de cause à effet entre l'inégalité dénoncée et les garanties relatives au droit à l'égalité prévues dans la *Charte*.

La première et la deuxième démarche sont étroitement reliées. Dans certaines décisions, comme l'arrêt *Masse*, plusieurs choses se sont produites en même temps. En effet, un juge a dit à la fois que l'affaire concernait la politique sociale et économique, dont le tribunal ne doit pas se mêler, et qu'il n'y avait pas de discrimination. Ces démarches sont unies par les prémisses qui les soutiennent. L'une de celles-ci veut qu'une personne ait une certaine emprise sur les inégalités sociales et économiques qui la touchent. Par ailleurs, selon une prémisse connexe, la possibilité pour une personne d'atteindre l'égalité étant une question de choix personnel et de mérite, le gouvernement n'a pas l'obligation de réduire les disparités de fait qui existent entre les groupes et de fournir un filet de sécurité sociale. Les gouvernements peuvent choisir d'agir de la sorte, mais le choix de le faire et les critères pour déterminer l'admissibilité aux programmes et les paramètres de ceux-ci sont laissés à la seule discrétion du gouvernement. Néanmoins, pour plus de clarté, nous allons procéder en deux étapes en nous concentrant d'abord sur la caractérisation de la politique socio-économique en tant qu'espèce particulière de législation, puis sur la méthode d'analyse de la discrimination.

La séparation des droits à l'égalité et de la politique sociale et économique

On note chez le gouvernement et la magistrature, un courant selon lequel la législation concernant les questions de politique sociale et économique devrait être soit soustraite au pouvoir de contrôle des tribunaux, soit assujettie à une norme d'examen moins rigoureuse. Les lois habituellement susceptibles d'appartenir à la catégorie de la législation socio-économique sont les lois de l'impôt sur le revenu et les lois régissant les programmes sociaux qui accordent des avantages, tels que les soins de santé, les pensions de retraite et l'aide sociale.

Ce courant trouve apparemment ses racines dans deux concepts. Le premier veut que la législation socio-économique soit neutre sur le plan des valeurs. L'autre porte que les tribunaux n'ont pas la légitimité institutionnelle pour s'immiscer dans le processus décisionnel concernant l'allocation des ressources entre les groupes. Les juges peuvent et doivent dire le droit. Le droit s'intéresse aux conflits entre l'individu et l'État, et non pas aux intérêts des groupes, qui relèvent du domaine de la politique. Or, les questions de politique devraient être laissées au soin des législateurs.

La neutralité des questions économiques sur le plan des valeurs

Les gouvernements soutiennent que certaines lois sont fondées uniquement sur des réalités économiques et non sur des choix politiques concernant la façon de répartir les ressources entre les groupes. Il s'agit d'élever les considérations d'ordre économique à un niveau qui transcende à la fois le droit et la politique et qui exclut les motifs de discrimination. Dans l'arrêt *Thibaudeau (C.A.F.)*, une telle caractérisation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a trouvé un appui auprès du juge Létourneau qui a dit : « La *Loi de l'impôt sur le revenu* est une loi à caractère essentiellement économique, voire même amoral, dont l'objet est de traquer les revenus et de les imposer en fonction des besoins sociaux et économiques de la collectivité tout en tenant compte de la réalité ... du contribuable¹⁰. »

La description faite par le juge Létourneau de la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme une « loi à caractère essentiellement économique, voire même amoral » sert, bien que peut-être inconsciemment, à conférer à la *Loi de l'impôt sur le revenu* l'autorité qui la place hors de la portée de la norme d'égalité et, partant, à mettre la décision du juge à l'abri d'un examen. La conclusion que l'on peut en tirer est que les gens ordinaires ne sont pas en mesure de juger la *Loi de l'impôt sur le revenu* parce qu'elle est commandée par des facteurs économiques incontestables, impossibles à connaître, indépendants de toute valeur et qui ne sauraient être réévalués.

Les avocats, les économistes et d'autres encore présentent souvent le régime d'imposition du revenu comme un système amoral, c'est-à-dire neutre ou indépendant de toute valeur. Lisa Philipps et Margot Young décrivent ainsi le problème :

[TRADUCTION] Il existe une résistance énorme à prendre la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour ce qu'elle est : un document de politique sociale, influencé par des notions de distribution équitable et par des conceptions, propres à une idéologie, de formes idéales d'ordre collectif. À la place, la *LIR* est souvent vue comme un document neutre sur le plan politique et moral, structuré à partir des préceptes de la comptabilité financière, de la théorie de l'économie et des principes de fiscalité qui ne permettent aucune nuance ni malléabilité politique¹¹.

Une conception des droits à l'égalité qui accepte que certains types de lois aient des objectifs neutres crée un autre problème : elle détourne l'attention de la question plus importante de l'effet des lois. Même si les lois de l'impôt sur le revenu avaient des objectifs ou des intentions neutres sur le plan des valeurs, ce qu'elles n'ont pas, l'analyse sous l'angle des droits à l'égalité devrait tenir compte de leurs effets disparates.

La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Thibaudeau* a fait l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada¹². La Cour a rejeté, à la majorité, la vision selon laquelle l'étiquette socio-économique peut avoir pour effet de mettre une catégorie de lois complètement à l'abri d'un examen judiciaire. Le juge Iacobucci a déclaré, au nom de la majorité : « Comme toute autre loi, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est soumise à l'examen de la *Charte*. La portée du droit prévu à l'art. 15 ne dépend pas de la nature de la loi qui est contestée¹³. »

Toutefois, le juge Gonthier a soutenu dans l'arrêt *Thibaudeau* que la « nature particulière » de la *LIR* est « un élément important dont il faut tenir compte » pour définir la portée du droit au même bénéfice de la loi. Le juge Gonthier a affirmé :

L'essence même de la *LIR* est de faire des distinctions, de manière à générer des revenus pour l'État tout en composant de façon équitable avec un ensemble d'intérêts divergents. Dans cette perspective, le droit au même bénéfice de la loi signifie non pas que chaque contribuable a un droit égal aux mêmes sommes, déductions ou avantages, mais seulement qu'il a un droit d'être *également régi* par la loi¹⁴.

Les décisions rendues dans l'affaire *Thibaudeau* indiquent que certains membres de la magistrature demeurent réticents à soumettre les lois fiscales aux mêmes normes d'égalité que les autres lois¹⁵.

La discrimination et la légitimité démocratique des tribunaux

Le premier jugement portant sur l'art. 15 où apparaît la question de la légitimité institutionnelle est l'arrêt *Andrews* dans lequel le juge La Forest de la Cour Suprême du Canada a mentionné : « Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux : leur rôle est d'assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe¹⁶. » Il a également fait une mise en garde contre l'intervention des tribunaux dans des domaines qui vont « au-delà des politiques traditionnelles et analogues de non-discrimination »¹⁷. Antérieurement, dans l'arrêt *Andrews*, ces commentaires avaient été faits en *obiter*, comme mise en garde.

Toutefois, l'argument concernant la légitimité institutionnelle a été repris plusieurs fois par le juge La Forest. Récemment, il l'exposait de la sorte dans l'arrêt *RJR MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)* :

En établissant une distinction entre une loi visant à « arbitrer entre des groupes différents », auquel cas un critère moins sévère pourrait être approprié relativement à la justification en vertu de l'article premier, et une loi dans laquelle l'État agit à titre d'« adversaire singulier de l'individu », auquel cas il faut appliquer un critère plus sévère, notre Cour dans *Irwin Toy* faisait appel à la distinction institutionnelle plus fondamentale entre les fonctions législatives et judiciaires, qui est à la base même de notre régime politique et constitutionnel. Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l'élaboration des politiques et ils ne devraient pas l'être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'elle fait preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois en matière de justice criminelle, notre Cour reconnaît ces différences institutionnelles importantes entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire¹⁸.

Le juge Décaré a fait une remarque similaire dans l'affaire *Symes (C.A.F.)*, bien que de manière plus succincte et moins élégante. À propos de la contestation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fondée sur l'art. 15 et engagée par Beth Symes, il a émis l'opinion que les tribunaux ne devaient pas « nager dans des eaux socio-économiques », mais devraient plutôt faire preuve de retenue à l'égard du Parlement dans le domaine socio-économique¹⁹.

L'idée que les tribunaux devraient faire preuve de retenue à l'égard des gouvernements en raison de la capacité supérieure de ceux-ci à traiter les problèmes complexes et à protéger les groupes vulnérables pourrait être attrayante, si ce n'était le fait que, dans bon nombre de contestations fondées sur l'art. 15, le principe de la retenue des tribunaux a été utilisé non pas pour confirmer des lois qui protègent des groupes vulnérables, mais plutôt pour justifier une discrimination à leur endroit. En d'autres termes, les réserves des juges sur la réévaluation des décisions politiques se traduisent par l'échec des personnes qui cherchent à faire valoir leurs droits à l'égalité.

L'opinion du juge Lambert dans l'arrêt *Eldridge (C.A.C.-B.)* illustre bien la situation. Le juge Lambert a conclu que le refus de fournir des services d'interprétation aux personnes sourdes était discriminatoire. Mais, il a ajouté qu'il existait d'autres besoins concurrents en matière de services médicaux, et il a conclu que la discrimination devrait être corrigée, [TRADUCTION] « s'il y a lieu » par une mesure législative ou administrative, et non par une décision judiciaire. Il a donc jugé que la discrimination à l'endroit des personnes sourdes dans la répartition des services médicaux était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*²⁰.

Le principe de la retenue qu'a appliqué le juge Lambert dans l'arrêt *Eldridge (C.A.C.-B.)* est particulièrement troublant, compte tenu du fait qu'il comprenait manifestement et reconnaissait que le refus de fournir les services visés était discriminatoire, que le préjudice causé au groupe désavantagé était grand et qu'il en aurait coûté peu au gouvernement pour rétablir ces services. Le juge Lambert a délaissé complètement le cadre établi pour l'analyse fondée sur l'article premier, notamment l'exigence imposée à l'intimé de prouver que la violation des droits est justifiée dans une société libre et démocratique, et il lui a substitué plutôt une politique de non-responsabilité judiciaire. Essentiellement, l'attitude de non-intervention dans l'application de l'article premier n'est qu'une variante de l'idée qu'il existe certains types de lois auxquelles l'art. 15 ne s'applique tout simplement pas, une affirmation que la Cour suprême du Canada a rejetée.

La décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Eldridge (C.A.C.-B.)* a été infirmée par la Cour suprême du Canada le 9 octobre 1997²¹. Dans une décision unanime, la Cour suprême du Canada a jugé que lorsque des services d'interprétation gestuelle étaient nécessaires pour permettre des communications efficaces dans la prestation de services médicaux, le fait de ne pas les fournir constituait une atteinte à l'art. 15 de la *Charte*, et que cette atteinte n'était pas une atteinte raisonnable aux droits à l'égalité en vertu de l'art. premier. Cette décision est une infirmation manifeste du jugement de la Cour d'appel. Cependant, il serait prématuré d'affirmer que la question de savoir si les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans les affaires concernant des régimes d'avantages sociaux ne se pose plus. Dans l'arrêt *Eldridge*, la Cour suprême du Canada avait de la difficulté à reconnaître qu'il n'y avait pas de consensus au sein de la Cour quant à la question de savoir si les juges devaient faire preuve de retenue dans de telles affaires. La Cour a contourné la question en décidant que l'absence de services d'interprétation faisant l'objet de la contestation ne pouvait pas être entérinée en vertu de l'article premier, *même si l'on faisait preuve de retenue*²².

La dissidence du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*²³ est également un bon exemple de la corrélation qui existe entre les réserves exprimées à l'égard du rôle des tribunaux et l'échec des groupes désavantagés. Le juge Sopinka faisait partie de la majorité qui a jugé que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* engendrait une discrimination à l'égard des homosexuels, contrairement à l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, en s'appuyant sur la notion selon laquelle les tribunaux ne doivent pas substituer leur jugement à celui du législateur sur les questions de politique sociale qui mettent en cause des intérêts opposés entre des groupes, il a conclu que la discrimination était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*²⁴.

L'extrait qui suit du jugement du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan* confirme que la conception fondamentale des droits à l'égalité qui anime sa démarche est celle axée sur l'individu opposé à l'État :

[L]a disposition en question soulève le genre de question socio-économique relativement à laquelle le gouvernement doit faire office de médiateur entre groupes opposés plutôt que de défenseur d'un individu. Dans ces circonstances, la Cour sera d'autant plus réticente à se prononcer après coup sur le choix du législateur.²⁵

L'opinion du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan* a fait l'objet de nombreuses critiques²⁶ et a été carrément rejetée par quatre de ses collègues de la Cour²⁷. Aucun des autres juges n'y a non plus entièrement souscrit. Malgré tout, elle a été déterminante pour l'issue de l'affaire. Si le juge Sopinka n'avait pas tiré une conclusion défavorable aux appelants sur la question de l'article premier, ceux-ci auraient gagné leur cause par une décision partagée 5-4.

De la même manière, dans l'arrêt *Egan*, le juge La Forest s'est prévalu du principe de la retenue des tribunaux non pas pour appuyer les aspirations des homosexuels à l'égalité, mais plutôt pour les faire échouer. À l'inverse du juge Sopinka, le juge La Forest n'a même pas trouvé nécessaire de se pencher sur l'article premier. Il a jugé que le traitement préférentiel dont jouissaient les couples hétérosexuels n'était tout simplement pas discriminatoire. Faisant appel à son opinion antérieure dans l'arrêt *Andrews*, le juge La Forest a expliqué :

Si les tribunaux devaient remettre en question chaque distinction ayant un effet défavorable sur un groupe énuméré ou analogue, le travail légitime de nos organismes législatifs s'en trouverait paralysé. Il faudrait alors effectuer une analyse sous le régime de l'article premier dans tous les cas mettant en cause un groupe bénéficiant d'une protection... [En] adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique.²⁸

L'élément frappant à propos de la décision du juge La Forest dans l'arrêt *Egan* est que sa décision montre très clairement que le fait d'invoquer la retenue judiciaire, alors que l'on prétend s'abstenir de porter un jugement de valeur, peut en fait servir à couvrir ou à appuyer les valeurs du juge. Dans l'arrêt *Egan*, le juge La Forest n'a pas décidé de faire preuve de retenue à l'égard du Parlement en raison des notions de rôle institutionnel élaborées dans l'affaire *R.J.R.-MacDonald*²⁹. Il a décidé de le faire parce qu'il était d'accord avec les valeurs promues par la *Loi*. Il n'a pas tenté de dissimuler ce fait. Il a affirmé avec approbation : « [Le fait de restreindre des bénéfices aux couples mariés et aux conjoints de fait] a ses racines profondes dans nos valeurs et traditions fondamentales, lesquelles n'auraient pu échapper aux rédacteurs de la *Charte*³⁰. » Il a poursuivi en disant que « le législateur peut fort bien accorder un soutien particulier à [l'institution juridique qu'est le mariage] et aux couples qui vivent en union de fait »³¹. Ainsi, tout en appuyant clairement le fondement de la politique de favoritisme du gouvernement envers les couples « traditionnels », le jugement du juge La Forest invoque le principe de la retenue judiciaire.

Bien que trois juges de la Cour suprême y aient souscrit, la démarche qu'a suivie le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, n'était pas une opinion majoritaire; c'était en fait une dissidence. De même, le jugement du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan* en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application de l'article premier de la *Charte* ne représente pas l'opinion de la majorité³². Cependant, aux fins des réflexions sur ce qui va de travers dans la jurisprudence relative aux droits à l'égalité, il est impossible d'écarter complètement ces jugements, parce que leurs thèmes sont repris dans des décisions des tribunaux inférieurs, comme l'arrêt *Masse*³³.

Le plus frappant dans le cas de l'arrêt *Masse* c'est à quel point la catégorie des lois relevant de la politique socio-économique est reliée à la négation des droits des personnes pauvres. Les questions concernant les personnes pauvres sont, par définition, des questions de politique socio-économique et non pas des questions de droits. En effet, la reconnaissance des droits garantis à des personnes vivant dans la pauvreté est vue comme une contradiction. Les avocats qui représentaient le gouvernement de l'Ontario dans l'affaire *Masse* ont en effet soutenu que [TRADUCTION] « la pauvreté est, certes, un problème *social* troublant, mais elle n'est pas inconstitutionnelle »³⁴ et, de façon prévisible, que la contestation des compressions importantes effectuées dans le système d'aide sociale [TRADUCTION] « met en jeu des questions de *politique sociale et économique* qui échappent à la compétence des tribunaux »³⁵. [Nos italiques.] Manifestement, ce thème a eu de l'impact chez au moins deux juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario. En effet, le juge O'Brien qui a rejeté la demande dans sa totalité a commencé son jugement de la manière qui suit :

[TRADUCTION] J'aborde les prétentions relatives à ces questions en gardant à l'esprit les propos du juge Sopinka dans l'affaire *Egan* : « La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. Si les tribunaux adoptaient une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1) de la *Charte*³⁶. »

La démarche du juge O'Brien, a-t-il précisé, découlait aussi des propos suivants tenus par le juge La Forest dans l'arrêt *McKinney* et repris par le juge Sopinka dans l'arrêt *Egan* :

Mais, de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité.³⁷

Il a conclu son jugement par les mots suivants : [TRADUCTION] « Je crois que les commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *Andrews* s'appliquent particulièrement bien aux prétentions des appelants sur la question de l'art. 15³⁸. » Il a cité l'extrait suivant du juge La Forest :

[En] adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. À l'instar de mon collègue, je ne suis pas prêt à accepter que *toutes* (souligné dans le texte) les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux : leur rôle est d'assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe.³⁹

Dans un jugement distinct, le juge O'Driscoll, comme le juge O'Brien, a rejeté tous les aspects de la contestation. Le juge O'Driscoll a cité aussi de façon importante les jugements des juges Sopinka et La Forest dans l'arrêt *Egan*, et il a invoqué la retenue judiciaire. Il s'est appuyé sur les mêmes extraits que le juge O'Brien et il a ajouté la citation suivante du juge Sopinka tirée de l'arrêt *Egan* :

Notre Cour a reconnu le droit du gouvernement de privilégier certains groupes désavantagés et de jouir d'une certaine marge de manoeuvre à cet égard.⁴⁰

Toutefois, à la fin de son jugement le juge O'Driscoll a affirmé :

[TRADUCTION] Les appelants comprendront bien que le tribunal n'a ni la compétence ni le désir de réévaluer les décisions de politique ou de principe. La question ne saurait être mieux résumée que par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Dandridge c. Williams*, p. 1162 et 1163 : « Les épineux problèmes économiques, sociaux et même philosophiques que soulèvent les programmes d'aide sociale ne sont pas du ressort de cette Cour⁴¹. »

Cette affirmation indique que la position du juge O'Driscoll va donc bien au-delà de la suggestion que les gouvernements devraient avoir une certaine marge de manoeuvre pour faire des choix entre des groupes désavantagés. Ses commentaires laissent fortement entendre qu'il appuie fermement la prétention du gouvernement selon laquelle, compte tenu du caractère socio-économique de la pauvreté, les tribunaux n'ont tout simplement pas la responsabilité d'entendre les contestations fondées sur le droit à l'égalité des personnes qui bénéficient d'une aide au revenu.

Les jugements l'ont démontré, le fait de séparer explicitement la loi de la politique sociale et économique joue un peu le rôle d'une carte qu'on garde en réserve. Elle place la liberté de l'individu contre toute ingérence de l'État au premier rang des droits constitutionnels, et bloque l'analyse en matière de droits à l'égalité. La carte de la politique socio-économique peut modeler entièrement l'attitude du tribunal devant la demande, de façon à légitimer le refus de constater qu'il existe une discrimination, comme dans l'arrêt *Masse*. Ou encore, comme dans l'arrêt *Eldridge (C.A.C.-B.)*, cet élément peut en soi décharger l'intimé du fardeau de présenter une défense en vertu de l'article premier.

La rupture du lien entre l'inégalité et les droits à l'égalité

Pour bien comprendre la mécanique qui permet de délester les droits à l'égalité de leur pouvoir d'apporter des solutions aux véritables problèmes d'égalité, il faut aussi tenir compte de quelques-unes des façons dont s'opère la rupture du lien entre l'inégalité de fait et la conclusion qu'il existe une discrimination en droit.

La Cour suprême du Canada a jugé que l'analyse fondée sur l'art. 15 comportait deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. Pour établir qu'il y a eu discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs énumérés à l'art. 15, par exemple la race ou le sexe, ou sur un motif analogue, comme l'état matrimonial ou l'orientation sexuelle, et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe⁴². Bref, la discrimination est vue comme un traitement préjudiciable fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les tribunaux ont également reconnu à plusieurs reprises que la discrimination est tout d'abord une question d'effets préjudiciables, et non pas une question de traitement ou d'intention. Cependant, l'utilité de cette évolution théorique sera incertaine si les juges se laissent trop facilement influencer par des moyens de défense conçus pour imputer les causes de la discrimination à des facteurs autres que la loi contestée et pour refuser de tenir compte des effets préjudiciables.

Le rejet du blâme

Lorsque les tribunaux ne veulent pas imputer aux gouvernements la responsabilité de corriger certaines formes d'inégalité, ils ont tendance à revenir à un modèle de responsabilité fondé sur le blâme et le châtement, sans tenir compte du fait que l'objectif fondamental de la protection des droits de la personne n'est pas d'établir la faute, mais plutôt de corriger les effets discriminatoires. Parmi les cibles possibles du blâme citons la nature, la personne qui revendique un droit à l'égalité ou une autre loi. Blâmer la nature est un moyen de défense bien connu. C'est celui qu'a retenu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bliss c. Canada (P.G.)*⁴³ lorsqu'elle a attribué le tort causé par la discrimination fondée sur la grossesse à la nature et pas à la loi.

La propension à blâmer la nature s'est aussi manifestée dans le jugement de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Eldridge*⁴⁴. Les juges Hollinrake et Cumming ont soutenu que l'inaccessibilité des services médicaux dont se plaignaient les demandeurs n'était pas causée par la *Medical Services Act* - laquelle traitait tout le monde également, sans égard à la surdité - mais plutôt par la surdité même. Ils ont affirmé : [TRADUCTION] « Cette inégalité existe indépendamment de la loi et l'on ne peut nullement dire qu'il s'agit d'un effet de la loi⁴⁵. »

Dans l'arrêt *Egan*, le juge La Forest a repris ce même thème et a attribué la cause de la discrimination invoquée à la nature, en concluant que le mariage était par nature hétérosexuel.

L'arrêt *Thibaudeau* offre une illustration du rejet de la responsabilité d'un régime législatif contesté sur un autre régime ou sur une cause sociale extérieure. Dans l'arrêt *Thibaudeau*, il était clair d'après la preuve que le régime d'inclusion/déduction prévu par la *LIR* avait des effets préjudiciables pour Suzanne Thibaudeau de même que pour bien d'autres femmes puisque les femmes forment la vaste majorité des parents gardiens séparés. Cependant, la majorité des juges était prête à imputer ces effets à un autre régime législatif, le régime de droit de la famille. Dans un jugement en accord avec la majorité, le juge Gonthier a ajouté que l'inégalité constatée dans le régime d'impôt sur le revenu dont se plaignait Suzanne Thibaudeau n'était pas causée par la *LIR*, mais qu'elle était plutôt imputable à des causes sociales, comme le fait que les parents non gardiens ne s'acquittent pas correctement de leurs obligations envers leurs enfants. Comme ses collègues masculins, il a aussi jugé que la véritable cause des problèmes dont se plaignait Suzanne Thibaudeau était le régime provincial de droit de la famille.

La personne qui revendique des droits à l'égalité peut également être blâmée pour avoir été complice d'une « décision de famille ». Le cas s'est produit dans l'arrêt *Symes* en Cour suprême du Canada⁴⁶. La majorité de la Cour a rejeté la prétention de Beth Symes parce la Cour a considéré qu'elle avait choisi d'assumer les dépenses reliées à la garde des enfants, dépenses que son mari aurait pu assumer ou partager. Son choix a été jugé atypique, et elle ne pouvait par conséquent s'en prendre qu'à elle-même. Au nom de la majorité, le juge Iacobucci a dit :

[L']appelante et son époux ont pris une « décision de famille » selon laquelle c'était l'appelante seule qui devait assumer le fardeau financier des enfants... .
[Ni] la loi ni l'ordre public n'exigent que l'appelante et son époux prennent la « décision de famille » qu'ils ont prise⁴⁷.

Le juge Iacobucci a souligné que les responsabilités que la loi attribue aux parents sont une responsabilité « conjointe ». Il a conclu par une mise en garde : l'analyse des effets préjudiciables exige que les effets dont on se plaint soient causés par la loi contestée, et non par des facteurs indépendants. Il a écrit :

Pour que l'analyse des effets préjudiciables soit cohérente, il ne faut pas présumer qu'une disposition législative possède un effet qui n'est pas prouvé. 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.⁴⁸

Dans l'arrêt *Symes* comme dans l'arrêt *Thibaudeau*, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont été dissidentes et auraient rendu jugement en faveur de la personne qui faisait valoir ses droits à l'égalité.

Les décisions *Thibaudeau* et *Symes* sont des exemples d'un élément central de la discussion sur la conception que les tribunaux ont de la discrimination et de la responsabilité des gouvernements d'y remédier. Il semble ressortir de ces décisions qu'il n'y aura pas de discrimination, à moins qu'il puisse être démontré que le préjudice en cause est dû uniquement à la loi contestée, comme en fait foi une comparaison faite dans le cadre strict de la loi. Cette interprétation est inquiétante, car la nature même de la discrimination empêche souvent les personnes qui revendiquent des droits d'être en mesure de prouver qu'une loi donnée est la seule cause de l'inégalité dont elles se plaignent⁴⁹. Il est presque toujours possible de pointer l'appartenance à un groupe de la personne qui revendique un droit comme un facteur de la prétendue discrimination. La discrimination est souvent une question de dynamique entre une pratique donnée et un contexte plus large d'inégalité subie par un groupe. Plus le groupe est désavantagé, plus il devient facile d'attribuer un cas donné de discrimination à un désavantage préexistant.

Un autre exemple pourrait aider à clarifier ce concept. Pensons aux compressions faites dans le financement des centres d'aide aux victimes de viol. Un des facteurs cruciaux pour lesquels les compressions deviennent une question de discrimination fondée sur le sexe tient au fait que ce sont les femmes qui sont les victimes de la violence sexuelle et les utilisatrices des centres d'aide aux victimes de viol, dans des proportions écrasantes. Mais pour saisir cela, il est nécessaire de prendre en considération la situation du groupe. De façon logique, mais absurde, la théorie de la cause unique de la discrimination permettrait aux gouvernements de se dégager de toute responsabilité quant aux conséquences de l'accès réduit des femmes aux centres d'aide aux victimes de viol, parce que le préjudice en cause ne découle pas seulement des compressions faites par les gouvernements, mais aussi du fait que les femmes se font violer. Une conclusion s'impose à la lecture de certains des jugements précités : les juges se posent la mauvaise question.

Pour en revenir à l'objectif réparateur de la protection des droits de la personne, la question qu'il faudrait se poser n'est pas : « Est-il possible de blâmer quelqu'un ou quelque chose d'autre? », mais bien « Qui est en mesure de changer quelque chose à la situation d'inégalité que subit ce groupe? » Si une politique gouvernementale contribue à la position désavantageuse des femmes ou l'empire, cela devrait suffire pour établir une relation de cause à effet entre la politique et le désavantage aux fins de l'analyse de l'égalité.

Le refus de tenir compte des effets préjudiciables

Le principe voulant que la discrimination soit liée aux effets préjudiciables est bien établi dans la jurisprudence. Toutefois, il est possible que le tribunal ne tienne pas compte des effets préjudiciables si on réussit à le persuader de se concentrer sur le traitement prévu ou l'objectif visé par la loi, plutôt que sur les effets préjudiciables, ou à le convaincre que ce ne sont pas tous les membres du groupe qui subissent des effets préjudiciables ou encore que certaines personnes qui ne font pas partie du groupe ont aussi des problèmes.

Les deux premiers éléments sont illustrés par la décision que la Cour suprême du Canada a rendu dans l'affaire *Thibaudeau*. La majorité a jugé que l'effet le plus important de la loi était de conférer un avantage aux couples après le divorce. La Cour s'est concentrée sur l'objectif législatif, qui consiste à aider les couples divorcés, et a alors traité de « l'unité familiale après le divorce » comme s'il était évident que l'avantage fiscal accordé à l'époux finirait par profiter à l'épouse⁵⁰. Le fait que Suzanne Thibaudeau et bien d'autres femmes aient été pénalisées par la loi, tandis que leur époux en profitait, n'a pas été considéré.

Sur ce point, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé étaient nettement en désaccord avec leurs collègues masculins. La juge McLachlin a reconnu que la loi avait de « bonnes intentions » visant à « améliorer la condition de tous les membres de la famille démantelée »⁵¹, mais elle a jugé que le Parlement n'avait pas considéré l'impact du régime pour les parents gardiens, des femmes dans la très vaste majorité des cas. La juge McLachlin a jugé que la *LIR* dénotait à première vue un traitement préjudiciable et inégal des parents gardiens, parce qu'elle gonflait artificiellement leur revenu imposable⁵².

De la même façon, la juge L'Heureux-Dubé a admis que l'objectif de la distinction contestée pouvait être d'accorder une économie d'impôt aux « couples », mais elle a conclu que cela ne signifiait pas que les deux membres du couple en jouissaient de façon égale. La juge L'Heureux-Dubé a aussi décidé que le fait que certains membres isolés du groupe ne subissent pas d'effets préjudiciables ne changeait en rien la validité globale de cette conclusion.

La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Eldridge* offre un autre exemple d'un objectif ou d'un traitement auquel on permet d'éclipser les effets discriminatoires. La majorité de la Cour a jugé qu'il n'existait pas de discrimination parce que la *Loi* traitait les personnes sourdes et les entendants de la même façon. Les services médicaux sont offerts à tout le monde. La Cour en arrive à cette conclusion bien que l'effet de la politique établissant le refus d'offrir des services d'interprétation soit de nier aux personnes sourdes le même bénéfice des services médicaux payés. Comme nous l'avons mentionné plus haut, la Cour attribue à la nature plutôt qu'à la *Loi* le fait que les personnes sourdes doivent payer un traducteur afin de recevoir des services médicaux. À propos de la *Loi*, la Cour dit : [TRADUCTION] « La *Loi*, tant par son objectif que par ses effets, offre ses bénéfices, qui consistent à payer des services médicaux, également aux personnes sourdes et entendants⁵³. »

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Eldridge* a été infirmée par la Cour suprême du Canada⁵⁴. La Cour suprême du Canada a rejeté l'argument selon lequel l'art. 15 exige seulement que les gens soient traités de la même manière et qu'il n'oblige pas l'État à s'assurer que les membres défavorisés de la société puissent profiter des programmes d'avantages sociaux. La Cour a réitéré qu'elle souscrivait à l'idée que la discrimination pouvait découler des effets préjudiciables de règles neutres en apparence, et elle a jugé que le fait de ne pas fournir les services d'interprétation gestuelle qui sont nécessaires pour permettre des communications efficaces dans la prestation des services médicaux constituait une violation de la *Charte*. Bien que la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Eldridge* soit un progrès comparativement à la piètre analyse de la Cour d'appel, elle ne réfute pas la thèse selon laquelle les juges sont sensibles aux arguments visant à mettre fin à l'analyse des effets préjudiciables.

La dissidence relative à l'art. 15 dans l'arrêt *Egan*⁵⁵ offre une autre illustration du problème. La décision du juge La Forest dans l'arrêt *Egan* ne tient pas compte des effets dont se plaignent les deux hommes homosexuels. La décision reconnaît que la Loi favorise les couples hétérosexuels, un objectif que le juge La Forest estime acceptable sur le plan constitutionnel. Néanmoins, la *Loi* est perçue comme traitant les couples homosexuels de la même façon que les autres « couples » qui ne sont pas composés de conjoints⁵⁶.

Une variation sur le thème du refus de tenir compte des effets préjudiciables consiste à disperser les effets de sorte que soit les effets soit le groupe débordent des motifs de discrimination protégés. La jurisprudence exige que les personnes qui revendiquent des droits protégés par l'art. 15 démontrent que la discrimination invoquée est *fondée sur* des caractéristiques personnelles. La décision du juge Hugessen dans l'affaire *Thibaudeau (C.A.F.)* est un exemple de la conception judiciaire selon laquelle les effets préjudiciables ne sont pas fondés sur des caractéristiques personnelles, à moins qu'il ne soit prouvé que ces effets ne se limitent qu'à un seul et unique groupe⁵⁷.

Le juge Hugessen a reconnu qu'au sein du groupe qui subissait les effets préjudiciables des dispositions contestées de la *LIR*, les femmes étaient représentées en très grand nombre. Toutefois, parce que 2 p. 100 des membres de ce groupe sont des pères gardiens, l'allégation de discrimination fondée sur le sexe n'a pas été établie, a-t-il conclu. Plus précisément, le juge Hugessen a jugé qu'il n'était pas possible de dire que la distinction était fondée sur une caractéristique propre à la qualité de femme. Il est clair que la conception du juge Hugessen de la qualité de femme exclut toute une gamme de facteurs sociaux, juridiques et économiques qui définissent les femmes comme un groupe inégal de la société. Il a aussi négligé le fait que, dans le contexte social d'inégalité et de stigmatisation dans lequel les mères célibataires élèvent leurs enfants, l'imposition d'une pénalité touchant l'impôt sur le revenu aux parents gardiens a un impact disproportionné sur les femmes, tant du point de vue qualitatif que quantitatif.

Le point de vue du juge Hugessen concernant le motif de discrimination fondée sur le sexe est étroit, limité aux aspects biologiques, totalement détaché du contexte social et défavorable aux revendications. Lisa Philipps et Margot Young ont décrit le problème de la façon qui suit :

[TRADUCTION] La notion de différence fondée sur le sexe élaborée par le juge Hugessen fonctionne uniquement pour certaines caractéristiques que nous associons au sexe. La grossesse est la plus évidente et — mis à part les autres aspects de la physiologie reproductive de la femme, comme peut-être l'allaitement — probablement la seule dimension reliée au sexe pour laquelle survient une discrimination qui répond aux critères d'analyse du juge Hugessen. ... Toutes les autres caractéristiques qu'on associe à un sexe ou à l'autre sont susceptibles de s'appliquer à au moins quelques membres du sexe « opposé ». Ce dont le juge Hugessen ne se rend pas compte... c'est que la catégorisation (la façon dont nous traçons une ligne de démarcation entre la femme et l'homme) est seulement un outil théorique; son rapport avec la réalité est forcément un rapport compliqué⁵⁸.

Fort heureusement, la Cour suprême du Canada n'a pas retenu la démarche du juge Hugessen. Cependant, l'opinion du juge Hugessen représente bien l'archétype du problème auquel les femmes font face lorsque la notion d'égalité est définie par le principe d'identité et de différence. Les femmes doivent démontrer qu'elles sont identiques aux hommes pour prouver qu'elles ont droit à l'égalité, et simultanément qu'elles sont différentes des hommes de façon à prouver la violation de leurs droits à l'égalité. Voilà l'impasse du modèle d'égalité des sexes axé sur l'identité et la différence.

Résistance à la séparation du droit à l'égalité et de l'inégalité sociale et économique de fait

Les jugements mentionnés démontrent qu'il existe de nombreuses façons de formuler le refus de trancher la question des effets préjudiciables. En effet, si en invoquant la catégorie de la politique socio-économique on sépare les conditions sociales de l'inégalité du champ des droits à l'égalité, la rupture du lien entre l'inégalité de fait et la conclusion qu'il existe une discrimination en droit tient au fait que l'analyse de la discrimination est faite de manière à dégager le gouvernement de sa responsabilité ou à refuser de tenir compte du préjudice dont se plaint la personne qui revendique le droit.

Pour résumer, voici les démarches fondamentales :

- *la création d'une catégorie spéciale pour les questions socio-économiques relativement à laquelle les tribunaux n'interviennent pas;
- *le rejet de la responsabilité du gouvernement sur la nature, la personne qui revendique le droit ou encore un autre régime législatif;
- *le refus de tenir compte des effets préjudiciables en se concentrant à la place sur les apparences ou les objectifs de la loi;
- *le refus de tenir compte des effets préjudiciables en redéfinissant les limites du groupe et en faisant l'observation que tous les membres du groupe ne subissent pas d'effets préjudiciables, diluant ainsi les effets préjudiciables;
- *le refus de tenir compte des effets préjudiciables en faisant l'observation que des personnes qui ne font pas partie du groupe subissent aussi des effets négatifs, dispersant de la sorte les effets préjudiciables.

Le fait de catégoriser les revendications du droit à l'égalité comme une question de politique sociale et économique est un moyen d'invalider la revendication. Même si l'idée d'accorder aux gouvernements suffisamment de marge de manoeuvre pour mettre en place des mesures qui favorisent l'égalité est attrayante, de fait, dans les jugements concernant l'art. 15 dans lesquels les juges ont décidé de faire preuve de « retenue » à l'égard des gouvernements dans le but de leur laisser « une marge de manoeuvre » dans le « domaine socio-économique », cette marge de manoeuvre a eu pour résultat de permettre le maintien des lois discriminatoires.

La prétendue distinction entre la politique sociale et économique d'un côté et le véritable droit de l'autre ne tient pas. Au coeur de cette distinction catégorique se trouve une conception problématique de ce que les droits sont censés faire et ne pas faire. Cette conception veut que les droits aient pour but de protéger la liberté individuelle contre les incursions de l'État. Les droits ne sont pas censés régler les disparités entre les groupes. Ils sont censés être individuels et négatifs. Ils ne doivent pas être collectifs et positifs.

Cependant, fonder l'interprétation des droits à l'égalité sur l'idée centrale selon laquelle les droits sont individuels et négatifs ne peut pas servir les intérêts des femmes. Même si les problèmes d'inégalité que subissent les femmes sont subis par des femmes individuellement et sont en ce sens individuels, ils se situent aussi dans un contexte plus large d'inégalité sociale, économique, politique et juridique. Privés de leur contexte de groupe, les problèmes d'égalité des femmes peuvent devenir invisibles, mais ils ne disparaissent pas pour autant.

L'hypothèse voulant que les droits soient des obligations de *ne pas* faire plutôt que des obligations de faire est préjudiciable aux femmes, parce que les femmes ont besoin que les gouvernements agissent, concrètement, pour leur accorder des régimes d'avantages, pour les protéger contre la violence conjugale et pour abolir les modèles historiques de discrimination.

Pour les femmes, la division entre le droit à la sécurité économique et le droit à la liberté personnelle est purement artificielle. Lorsque des femmes ont un conjoint qui est violent ou qui les maltraite sur le plan psychologique, par exemple, l'inséparabilité des questions économiques de celles de la violence est manifeste. L'organisme *Ontario Association of Interval and Transition Houses* affirme que, en raison des compressions effectuées par le gouvernement conservateur dans les programmes sociaux et l'aide sociale, [TRADUCTION] « un nombre important de femmes en Ontario prennent maintenant la décision de demeurer dans une situation d'abus ou d'y retourner... »⁵⁹. En effet, une femme qui n'a pas de soutien économique suffisant est plus vulnérable aux menaces à sa sécurité physique et moins capable d'échapper à la situation. Par conséquent, le droit d'une femme à la sécurité physique est intimement relié à sa situation économique.

Pour les femmes, même l'hypothèse que la liberté est un droit négatif qui peut être adéquatement respecté en limitant l'action du gouvernement est une fiction. La liberté face à la violence conjugale, par exemple, est subordonnée au bon vouloir des gouvernements de remplir activement leurs responsabilités en matière de police.

L'inégalité économique a également des répercussions profondes sur la capacité des femmes de jouir de leurs autres droits. Non seulement elle augmente la vulnérabilité des femmes face à la violence, à l'exploitation sexuelle, à la coercition et à l'emprisonnement, mais elle prive les femmes d'un statut égal et du pouvoir de prendre des décisions dans leurs rapports familiaux avec des hommes, et elle a une influence sur leur capacité à prendre soin de leurs enfants. Elle limite l'accès des femmes à la justice, à l'expression de leurs idées et à la participation à la vie politique. Elle a un effet non seulement sur les possibilités qui s'offrent aux femmes individuellement, mais aussi sur la capacité des femmes en tant que groupe d'améliorer leur statut et leur situation.

On ne peut tout simplement pas envisager les droits à la liberté comme des droits séparés des autres droits dans le cas des femmes. L'inégalité des femmes revêt de multiples aspects — embrassant toute l'étendue des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels.

Le rejet des revendications de droits à l'égalité bien fondées en raison de leur prétendu caractère socio-économique est encore plus troublant à la lumière du manque d'uniformité dans l'application de ce principe. Certaines affaires éveillent la crainte des juges d'outrepasser leur rôle judiciaire. D'autres n'ont pas cet effet. Il faut noter que lorsque ce sont des médecins⁶⁰ ou des avocats qui contestent un régime de réglementation gouvernemental, ils ne rencontrent pas du tout le genre de résistance qu'on oppose aux revendications émanant des bénéficiaires de l'aide sociale.

L'arrêt *Andrews*, le premier arrêt sur le droit à l'égalité rendu par la Cour suprême du Canada, se démarque des jugements dans lesquels les tribunaux ont adopté une politique de retenue à l'égard des politiques gouvernementales touchant les groupes désavantagés. Mark Andrews, un avocat de race blanche, a eu gain de cause en contestant la loi régissant la profession juridique. Et même si le juge La Forest a fait, comme nous l'avons vu ci-dessus, une mise en garde contre les dangers de remettre en question les décisions législatives dans des domaines qui vont au-delà du champ traditionnel des droits de la personne, il n'a pas soutenu que le gouvernement devait avoir une certaine marge de manoeuvre pour agir comme médiateur entre les différents groupes d'avocats. Au contraire, la décision du juge La Forest révèle une sympathie à l'endroit de l'objectif de M. Andrews d'atteindre ses buts économiques. Il a dit ce qui suit :

Dans l'ensemble, l'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15⁶¹.

Même d'une perspective juridique très étroite, le fait d'accorder un plus haut degré de protection constitutionnelle aux droits traditionnels à la liberté en matière criminelle est problématique parce que ce principe repose sur une conception inadéquate du droit criminel. La juge McLachlin l'a expliqué ainsi :

[On] a affirmé qu'il y aurait lieu de faire preuve d'un plus grand respect pour le législateur fédéral ou provincial dans le cas où une loi vise les droits contradictoires de divers secteurs de la société, que dans le cas où il s'agit d'une contestation entre le particulier et l'État.... Cependant, ces distinctions pourraient ne pas être toujours faciles d'application. Par exemple, on considère généralement que le droit criminel opposera l'État et l'accusé; cependant, il nécessitera aussi une répartition des priorités entre l'accusé et la victime, véritable ou éventuelle⁶².

L'attrait superficiel du principe voulant que les tribunaux permettent aux gouvernements d'adopter des lois pour régler les problèmes sociaux n'implique pas que les droits à l'égalité ne devraient en rien être concernés par le rapport qui existe entre les effets de l'action ou de l'inaction législative dans un cas donné et l'inégalité sociale et économique. Le fait que les solutions à certains problèmes d'égalité soient difficiles ne signifie pas non plus qu'il ne s'agit pas de problèmes réels de droits à l'égalité.

La notion voulant que l'activisme judiciaire soit une menace à la démocratie repose sur une conception de la démocratie qui est trop ténue et trop orientée sur le processus. L'idéal de la démocratie doit être compris comme suffisamment grand pour englober l'objectif de l'égalité. Cette perspective reçoit l'appui des tribunaux. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, le juge en chef Dickson de la Cour suprême du Canada dit ce qui suit :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de 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 et des groupes dans la société.⁶³

La légitimité de l'intervention judiciaire pour confirmer des droits garantis par la *Charte* ne réside pas dans un genre de délimitation qui chercherait à faire des distinctions entre un type de loi et un autre, ou à séparer les questions juridiques des questions socio-économiques, mais elle réside plutôt dans les valeurs que la *Charte* protège. Lorsque l'on regarde la démocratie et l'égalité comme des concepts compatibles plutôt qu'opposés, il est possible de comprendre que l'intervention des tribunaux pour favoriser l'égalité sociale et économique des femmes n'est pas une menace à la démocratie, mais plutôt une occasion de la renforcer.

Le concept voulant que les tribunaux n'aient pas la légitimité démocratique de traiter de certaines questions sonne faux pour les groupes qui ne sont pas adéquatement représentés au sein des législatures⁶⁴. Les femmes n'ont pas une représentation égale ni au sein des législatures, ni au sein de la magistrature. Cependant, les tribunaux offrent parfois une autre voie lorsque les élus n'écoutent pas⁶⁵.

C'est très bien de tenir des débats sur la question de savoir si les tribunaux doivent laisser certaines tâches aux gouvernements. Toutefois, la création de catégories qui classent les affaires selon le type de loi ou le type de question en cause ne donnera jamais de résultats satisfaisants. Au fil des affaires, les juges devront continuellement redéfinir ces catégories de façon à maintenir une apparence de cohérence. Les questions juridiques d'hier seront demain des questions de politique sociale, parce qu'un juge aura été touché par les faits particuliers d'une affaire, ou qu'il ne l'aura pas été.

Il faut prendre garde à ce que les juges ne reculent pas devant des questions simplement parce qu'il s'agit de questions propres aux groupes désavantagés de la société. L'égalité sociale et économique est, par définition, une question propre aux groupes désavantagés. On ne saurait appliquer un certain critère pour la protection des droits des groupes dominants de la société, et un autre critère moins sévère pour les groupes désavantagés. Avoir un droit légal à l'égalité signifie qu'il existe une institution pour le faire respecter, dont le travail est de juger de la conformité des lois, des politiques et des pratiques avec la valeur protégée. Il n'est pas légitime que les juges abdiquent cette responsabilité, spécialement envers les groupes qui ne sont pas adéquatement représentés au sein du gouvernement.

Lorsque les juges affirment que les tribunaux ne doivent pas se prononcer après coup sur les intentions des gouvernements dans le domaine de l'élaboration des politiques sociales et économiques, le message malencontreux qui est transmis au public est que personne n'a l'obligation de prendre des mesures positives pour remédier aux inégalités, et que les gouvernements peuvent impunément adopter des lois qui perpétuent les inégalités. Le message pourrait être perçu quelque peu différemment s'il existait une autre institution, à part les tribunaux, qui se voyait confier la responsabilité d'assurer l'exécution des droits à l'égalité. Or, une institution de ce type n'existe pas. En conséquence, la retenue des tribunaux a comme résultat de permettre au gouvernement de rester inactif face à l'inégalité sociale et économique persistante des femmes et des autres groupes désavantagés.

De la même façon qu'il est inacceptable que les juges décident de ne pas se mêler d'affaires dans lesquelles on conteste des structures qui créent une inégalité sociale et économique, il est également très problématique que l'analyse de la discrimination ne soit en fait qu'un modèle de responsabilité basé sur le blâme et le châtement. Le but de l'analyse de la discrimination ne devrait pas être de rechercher des façons de permettre au gouvernement de minimiser sa responsabilité de promouvoir l'égalité des groupes désavantagés, mais plutôt de veiller à faire progresser l'objectif de la *Charte* d'aider les groupes désavantagés à surmonter l'inégalité qu'ils vivent.

En plus des diverses démarches qui rompent le lien de cause à effet que nous avons dégagé, il faut signaler le cadre, très peu utile, qu'a élaboré la Cour suprême du Canada pour l'analyse fondée sur l'art. 15. Même s'il n'est pas impossible d'utiliser le cadre de la « différence de traitement fondée sur des caractéristiques personnelles » pour faire la lumière sur les effets préjudiciables des décisions gouvernementales sur les femmes, ce cadre d'analyse n'est pas particulièrement utile, parce qu'il a un penchant en faveur de l'égalité comprise comme le traitement identique de tous les individus. Son point de départ pour comprendre si une discrimination s'est produite est le traitement, plutôt que les effets. La capacité des décisionnaires de percevoir les effets préjudiciables pour le groupe est amoindrie lorsque le point de départ de l'analyse est le traitement de l'individu qui cherche à faire valoir un droit.

Il faut rejeter la préséance du traitement sur les effets. Assez simplement, l'objectif qui consiste à réaliser l'égalité des groupes désavantagés ne peut pas être servi par des conceptions de l'inégalité qui sont indifférentes aux effets des choix gouvernementaux sur ces groupes.

Essentiellement, la formulation du principe de l'égalité par référence aux notions de différence de traitement et d'identité de traitement a plus à voir avec une différence abstraite qu'avec une subordination. Son objectif normatif est le traitement neutre. Elle ne tient pas compte du fait qu'une règle apparemment neutre peut ne pas être neutre à l'endroit des femmes parce qu'elle repose sur des structures sociales sexistes. De nombreuses règles apparemment neutres conservent seulement leur apparence de neutralité tant et aussi longtemps qu'elles sont examinées isolément des schémas sociaux d'inégalité. L'idée même de la neutralité des règles devrait sembler suspecte, particulièrement en raison du fait que bon nombre d'entre elles sont fixées sans la participation et l'influence des femmes.

Finalement, la formulation de la « différence de traitement fondée sur des caractéristiques personnelles » est susceptible de renforcer la conception du sexe comme une question de caractéristiques biologiques plutôt que comme les conséquences découlant de la vie en société en qualité de femme. Être une femme n'est pas seulement un fait biologique. C'est un ensemble d'éléments sociaux, économiques et juridiques. Plus encore, une des attentes sociales et économiques dominantes est que la garde des enfants sera peu payée, si elle l'est, et sera effectuée par des femmes qui seront économiquement dépendantes des hommes⁶⁶.

Le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 15 élaboré par la Cour suprême du Canada n'est cependant pas le problème fondamental que soulève la jurisprudence. Ce problème tient à la résistance face à la vision voulant que la discrimination soit une question d'effets préjudiciables pour des groupes désavantagés. La jurisprudence relative à l'égalité a reconnu que l'égalité pouvait parfois commander des traitements différents, mais cette conception est trop superficielle. Elle ne se traduit pas forcément en une prise de conscience que l'identité de traitement est une fausse caractérisation du but normatif de l'égalité. Elle ne témoigne pas d'une compréhension claire du fait que l'inégalité n'est pas une question de différence de traitement mais plutôt de subordination, de marginalisation, d'exclusion et de désavantage pour un groupe. Tant que le droit relatif aux droits à l'égalité continuera à dépendre d'une conception de l'égalité axée sur l'identité ou la différence, d'autres problèmes sont à prévoir.

Conclusion

Dans le présent chapitre, nous avons examiné des techniques d'argumentation juridique qui ont été utilisées pour exclure du cadre de l'égalité les dimensions sociales et économiques de l'inégalité des groupes : la création d'une catégorie de non-intervention pour les questions socio-économiques; le rejet de la responsabilité du gouvernement sur la nature, la personne qui cherche à faire valoir un droit ou un autre régime législatif; le refus de tenir compte des effets préjudiciables en se concentrant sur les apparences ou les intentions de la loi; enfin, la dilution ou la dispersion des effets préjudiciables.

Il est évident que notre prétention que la *LEB* viole les droits à l'égalité des femmes garantis par la *Charte* peut être rejetée de façon sommaire si l'on conçoit les droits à l'égalité indépendamment de l'inégalité économique ou si l'analyse fondée sur l'art. 15 est réduite à un petit répertoire grandement prévisible de comparaisons mécaniques et légalistes. Nous prétendons toutefois que ces conceptions des droits à l'égalité ne peuvent pas être retenues.

Les jugements dont nous avons discuté —les arrêts *Egan, Masse, Eldridge (C.A.C.-B.)*⁶⁷, *Thibaudeau* et *Symes* — retombent exactement dans le type de raisonnement discrédité qui a entraîné l'échec de la revendication de Stella Bliss il y a plus de dix ans⁶⁸. En cela, ils vont à l'encontre du courant dominant des dix dernières années dans l'évolution jurisprudentielle du droit en matière de droits de la personne et de droits à l'égalité garantis par la *Charte*, courant dont l'un des éléments principaux est la reconnaissance que la discrimination tient aux effets subis par des groupes désavantagés. Les tribunaux ont reconnu expressément que l'art. 15 vise plus que l'égalité formelle. De plus, au regard de décisions fondées sur la *Déclaration canadienne des droits* telles que l'arrêt *Bliss*, la Cour suprême du Canada a reconnu le principe suivant dans l'arrêt *Andrews* : « [o]n constate facilement que l'art. 15 a été délibérément formulé de manière à remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits* »⁶⁹.

Après avoir parcouru tout ce chemin dans la jurisprudence en matière de droits à l'égalité, le retour des juges à un raisonnement basé sur l'égalité formelle, du même type que celui qui a mené au rejet systématique de toutes les revendications des droits à l'égalité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, risque de créer une véritable crise quant à la légitimité des tribunaux.

Vus dans le contexte de l'histoire politique canadienne, bien des jugements dont nous avons discuté dans ce chapitre représentent également des anomalies historiques. Ils nous ramènent à la version du XIX^e siècle de l'égalité, c'est-à-dire à une identité de traitement. Ces jugements sont cohérents avec la représentation libérale classique de l'individu autonome, capable d'autodétermination, qui n'a besoin de protection que contre l'ingérence de l'État. Ces images nous mènent à une conception appauvrie de la teneur de la norme d'égalité. Cependant, l'individualisme extrême et le sexisme des droits au XIX^e siècle ne sont pas compatibles avec les engagements pris par le gouvernement canadien depuis plus de 50 ans en faveur de l'égalité sociale et économique des femmes, et avec les efforts concertés du gouvernement au cours de cette période pour bâtir un filet de sécurité sociale qui améliore les conditions de vie des personnes dans le besoin (dont beaucoup sont des femmes) et qui, simultanément, réduit les disparités entre les groupes.

Les jugements examinés dans le présent chapitre font voir la nécessité de rappeler continuellement aux tribunaux et aux gouvernements les valeurs contemporaines, les perceptions analytiques et les aspirations des groupes qui sous-tendent les droits à l'égalité. Ces jugements fournissent également des indications sur les défis que les femmes doivent relever dans leurs efforts continus pour remplacer les conceptions dépassées des droits par des conceptions modernes aptes à servir les intérêts des femmes pour l'atteinte d'une véritable égalité sociale et économique.

Notes du chapitre 3

¹ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 124 D.L.R. (4e) 609, 95 C.L.L.C. 210-025, [1995] W.D.F.L. 981, C.E.B. & P.G.R. 8216, 12 R.F.L. (4e) 201, 182 N.R. 161, 29 C.R.R. (2e) 79, 96 F.T.R. 80 (note) [ci-après *Egan*, avec renvois aux R.C.S.].

² *Masse c. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (1996), 134 D.L.R. (4e) 20, 35 C.R.R. (2e) 44, 89 O.A.C. 81, 40 Admin. L.R. (2e) 87 (Cour de l'Ont. (Div. gén.)) [ci-après *Masse* avec renvois aux D.L.R.].
Permission d'appeler à la Cour d'appel de l'Ontario refusée le 30 avril 1996; permission d'appeler à la C.S.C. refusée le 5 décembre 1996.

³ *Eldridge c. British Columbia (A.G.)* (1995), 125 D.L.R. (4e) 323, (1995) 59 B.C.A.C. 254, 7 B.C.L.R. (3e) 156, [1995] 1 W.W.R. 50, 96 B.C.A. 254, infirmé [1997] 3 R.C.S. 624, 151 D.L.R. (4e) 577, 218 N.R. 161, 624, [1998] 1 W.W.R. 50, 96 B.C.A.C. 81, 38 B.C.L.R. (3e) 1.

⁴ *Symes c. Canada*, [1989] 3 C.F. 59, 25 T.T.R. 306, 40 C.R.R. 278, 1 C.T.C. 476 (F.C.T.D.; infirmé [1991] 3 C.F. 507, 127 N.R. 348, 7 C.R.R. (2e) 333, 2 C.T.C. 1, 91 D.T.C. 5386 (C.A.F.) [ci-après *Symes (C.A.F.)* avec renvois aux C.F.]; confirmé [1993] 4 R.C.S. 695, [1994] 1 C.T.C. 40, 19 C.R.R. (2e) 1, 110 D.L.R. (4e) 470, [1994] W.D.F.L. 171 [ci-après *Symes* avec renvois aux R.C.S.].

⁵ *Thibaudeau c. Canada*, [1994] 2 C.F. 189, [1994] 2 C.T.C. 4, 3 R.F.L. (4e) 153, 167 N.R. 161, 114 D.L.R. (4e) 261, 21 C.R.R. (2e) 35, [1994] W.D.F.L. 812 [ci-après *Thibaudeau (C.A.F.)*, avec renvois aux D.L.R.], confirmé [1995] 2 R.C.S. 627, p. 675 et 676, [1995] W.D.F.L. 957, [1995] 1 C.T.C. 382, 95 D.T.C. 5273, 12 F.L.R. (4e) 1, 124 D.L.R. (4e) 449, 182 N.R. 1, 29 C.R.R. (2e) 1 [ci-après *Thibaudeau (C.S.C.)* avec renvois aux R.C.S.].

⁶ Voici deux précisions concernant ces décisions. Premièrement, il ne faudrait pas penser qu'elles représentent l'état définitif du droit dans des domaines donnés. Deuxièmement, il serait possible d'opposer que toutes les affaires n'étaient pas des « bonnes affaires ». Certaines personnes se sont demandées si l'affaire *Symes* était une bonne affaire, compte tenu du fait que la situation de beaucoup de femmes est bien pire que celle de professionnelles comme Beth Symes. On pourrait ne pas retenir la décision *Egan* qui peut être tenue pour perpétuer le principe du couple pour l'attribution des pensions de retraite, et qui ne tient pas compte du grave problème de la pauvreté chez les femmes âgées célibataires. Aussi légitimes soient-elles, ces préoccupations ne constituent pas des principes juridiques qui permettent de trancher ces affaires. Il faut reconnaître qu'il existe une tendance dans les décisions fondées sur la *Charte* à présenter une image plutôt étroite d'un problème donné. Le demandeur peut soulever une seule préoccupation. Le problème peut cependant déborder le cadre de celle-ci. Par exemple, si la situation de Beth Symes est envisagée dans un cadre plus large, elle peut être considérée comme symptomatique des préoccupations qu'ont la plupart des femmes sur les conflits engendrés par la société entre le monde du travail rémunéré et le monde dans lequel on prend soin des enfants. Pareillement, la situation dans l'affaire *Egan* peut être considérée comme présentant une vue bien étroite du problème plus vaste du traitement préférentiel des couples hétérosexuels. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'intervention des organisations communautaires peut se révéler utile. Elles peuvent aider à compléter le tableau. Toutefois, ce qui est important pour notre discussion c'est qu'un tribunal peut à la fois accorder une réparation et faire des commentaires sur les incidences plus vaste de la cause. Le fait qu'une demande ne soit pas représentative ou ne soit pas « la meilleure » (ou « la pire ») affaire ne devrait pas amener le tribunal à la rejeter.

⁷ Le juge Corbett aurait accueilli la demande sous un aspect, mais était en désaccord avec les deux autres juges sur ce point.

⁸ Voir *Eldridge (C.A.C.-B.)*, *supra*, note 3.

⁹ Robin Eldridge et les Warren ont, dans leur témoignage, fait part des difficultés qu'ils ont eues à communiquer avec les médecins qui n'utilisaient pas le langage gestuel. Parmi les difficultés éprouvées, citons le cas de Linda Warren, qui a eu un accouchement difficile et qui n'a pu obtenir des renseignements du personnel de l'hôpital sur l'état de santé de ses jumelles nouvelles-nées. Le médecin de Robin Eldridge a dit dans son témoignage qu'il n'était pas certain de l'exactitude des renseignements qu'il recevait au moyen de notes écrites échangées entre lui et Robin Eldridge.

¹⁰ *Thibaudeau (C.A.F.)*, *supra*, note 5, p. 289, le juge Létourneau, dissident.

¹¹ Lisa Philipps et Margot Young, « Sex, Tax and the *Charter*: A Review of *Thibaudeau v. Canada* », (1995) 2 *Review of Constitutional Studies* 221, p. 222. Voir aussi Claire Young, « It's All in the Family: Child Support, Tax,

and *Thibaudeau* », (1995) 6 *Constitutional Forum* 107, p. 110, où l'auteur signale dans le même ordre d'idées qu'au moins certains des juges de la Cour suprême du Canada semblent hésitants à appliquer la *Charte* de façon aussi rigoureuse à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'à d'autres types de lois.

12¹² *Supra*, note 5.

13¹³ *Thibaudeau (C.S.C.)*, *supra*, note 5. La position de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Thibaudeau* est conforme à la décision antérieure de la Cour dans l'affaire *Symes (C.S.C.)*, *supra*, note 4, dans laquelle le juge Iacobucci a dit, au nom de la majorité, à la page 753 :

14

15 Au cours d'un « débat » préliminaire devant notre Cour, on s'est demandé s'il convient d'utiliser la *Charte* pour contester le régime de déductions établi par la *Loi*. J'ai deux brefs commentaires sur ce débat.

16

17 Premièrement, on a soutenu que l'on court le risque d'« aller au delà » des objets de la *Charte* en assujettissant la *Loi* à la *Charte*. Toutefois, le risque dont il est question ne se rapporte pas aux types de lois qui sont assujetties à la *Charte*, mais à la méthode d'interprétation que les tribunaux devraient adopter lorsqu'ils donnent un sens aux droits et libertés garantis par la *Charte*: voir l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344. Deuxièmement, on a affirmé que les tribunaux devraient faire preuve de déférence à l'égard des législatures dans le cas de questions économiques difficiles. Toutefois, cette proposition se fonderait sur des arrêts dans lesquels on a fait preuve de déférence dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article 1 de la *Charte*: voir par exemple l'arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, p. 442. Ces arrêts ne préconisent pas la déférence à aucune autre étape antérieure d'une analyse fondée sur la *Charte*.

18

19 Puisque ni l'une ni l'autre des propositions sur lesquelles se fonde le « débat » préliminaire ne peuvent résister à une analyse critique même brève, j'estime inutile de s'y arrêter davantage. La *Loi* n'est certainement pas à l'abri de toutes les formes d'examen fondé sur la *Charte*.

20¹⁴ *Thibaudeau (C.S.C.)*, *supra*, note 5, p. 676.

21¹⁵ Lisa Philipps évalue les jugements rendus dans l'affaire *Thibaudeau (C.S.C.)* de la manière suivante :

22

23 [TRADUCTION] Malgré leur rejet explicite de la méthodologie du juge Gonthier, les juges Iacobucci et Cory ont fait des remarques très contradictoires sur cette question. D'une part, ils ont contredit le juge Gonthier en affirmant que « l'étendue du droit protégé par l'art. 15 *ne* dépend *pas* de la nature de la loi contestée ». D'autre part, ils ont souscrit à son opinion selon laquelle « les tribunaux devraient être sensibles au fait que l'établissement de distinctions visant à générer des recettes fiscales tout en conciliant des intérêts qui sont souvent divergents, si ce n'est opposés, était intrinsèque à la politique fiscale ». Bien qu'elles soient plus ambiguës que celles du juge Gonthier, ces remarques seront perçues comme appuyant l'idée que la *Charte* accorde une protection restreinte dans le domaine fiscal. Les juges Sopinka et La Forest n'ont pas ajouté de commentaires sur cette question.

24

25 Voir « Tax Law: Equality Rights », *Canadian Bar Review*, vol. 74 (1995), p.668, à la p. 676.

26¹⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194, [1989] 2 W.W.R. 289, 25 C.C.E.L. 255, 91 N.R. 255, 34 B.C.L.R. (2e) 273, 10 C.H.R.R. D/5719, 36 C.R.R. 193, 56 D.L.R. (4^e) 1, [ci-après *Andrews*, avec renvois aux R.C.S.].

27¹⁷ *Ibid.*

28¹⁸ *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Canada (A.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199, p. 277, 127 D.L.R. (4^e) 1, 100 C.C.C. (3^e) 449, 62 C.P.R. (3^e) 417 [ci-après *R.J.R.-MacDonald*, avec renvois aux R.C.S.]

29¹⁹ Le juge Décary, dans une décision unanime de la Cour, *supra*, note 4, p. 532. Comme le précise la note 13, *supra*, lors du pourvoi à la Cour suprême, la majorité des juges a rejeté cette démarche.

30²⁰ Dans l'arrêt *Eldridge (C.A.C.-B.)*, *supra*, note 3, p. 70 et 71, le juge Lambert a déclaré ce qui suit :

31

32 [TRADUCTION] Certaines des limites imposées en vertu de la *Medical and Health Care Services Act* et certains des choix d'affectation des ressources financières que j'ai mentionnés ont entraîné et entraîneront de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable à l'endroit de personnes atteintes d'incapacités, y compris la maladie grave elle-même. Mais on ne nous a pas soumis d'affaires semblables. Comment pouvons-nous dire, dans ces situations, que l'affectation des maigres ressources à la prestation de services qui corrigent l'atteinte à des droits constitutionnels garantis par l'art. 15 est davantage souhaitable que l'affectation de ces mêmes ressources à des services qui guérissent les gens, mais n'ont pas d'effets sur les droits constitutionnels. De plus, comment peut-on préférer l'affectation des maigres ressources à des services qui corrigent une atteinte aux droits constitutionnels d'un certain groupe désavantagé plutôt que d'un autre groupe désavantagé.

33

34 Je suis d'avis que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, laquelle, selon moi, existe en l'espèce devrait être corrigée, s'il y a lieu, par une mesure législative ou administrative, et non par une décision judiciaire.

35²¹ *Eldridge (C.S.C.)*, *supra* note 3.

36²² Plus précisément, la Cour fait référence à ce que l'on appelle le critère de l'atteinte minimale qui a été établi dans l'arrêt *Oakes* pour l'analyse de l'article premier. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la Cour a établi un cadre pour l'analyse de l'article premier qui renferme une exigence voulant que la disposition contestée porte « atteinte le moins possible » au droit garanti par la *Charte*. Cependant, par après dans l'arrêt *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, la majorité de la Cour a jugé que l'on pouvait faire preuve de plus de retenue à l'égard du critère de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* dans les affaires impliquant des problèmes sociaux complexes et où il faut établir un équilibre délicat entre des droits et des intérêts sociaux contradictoires ou essayer de répartir de maigres ressources. Selon l'arrêt *McKinney*, dans les affaires où il faut établir ce genre d'équilibre législatif, le critère de l'atteinte minimale peut être satisfait si l'on démontre que le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la loi porte atteinte le moins possible au droit. Le critère du fondement raisonnable est aussi apparu dans l'arrêt *Tétrault-Gaboury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 222. Cependant, l'arrêt *Egan*, *supra*, note 1, a révélé que les juges n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si l'on devait faire preuve de retenue à l'égard d'une législature simplement parce qu'une question a été qualifiée de sociale ou parce qu'on a démontré que le gouvernement devait adopter un cheminement progressif. Dans l'arrêt *Eldridge*, la Cour a reconnu cette divergence d'opinions quant aux conséquences du concept de retenue judiciaire.

37²³ *Egan*, *supra*, note 1.

38²⁴ Le juge Sopinka a ajouté trois concepts aux obstacles que rencontrent les personnes qui cherchent à faire valoir leur droit à l'égalité : le manque de ressources, la « nouvelle » forme de relations dans la société et le cheminement progressif. Dans l'arrêt *Egan*, *ibid.*, p. 572-573, le juge Sopinka a mentionné dans un extrait qui a été souvent cité depuis :

39

40 Tout comme le procureur général du Canada intimé, je suis d'avis que *le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux et qu'il n'est pas tenu d'adopter une attitude proactive pour ce qui est de la reconnaissance des nouvelles formes de relations dans la société. La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun.* Si les tribunaux adoptaient une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1) de la *Charte*. [Nos italiques.]

41

42 En ce qui concerne le caractère progressif, le juge Sopinka cite aussi le juge La Forest dans l'affaire *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 91 C.L.L.C. 17 004, 76 D.L.R. (4^e) 545, 118 N.R. 1, 13 C.H.R.R.

D/171, 45 O.A.C. 1, 2 O.R. (3^e) 319 (note), 2 C.R.R. (2^e) 1 [ci-après *McKinney* avec renvois aux R.C.S.], dans laquelle il est question de retraite obligatoire et où il mentionne :

43

44 ...de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais comme je l'ai déjà mentionné, la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit et constituer un autre jalon dans le long processus vers une reconnaissance pleine et entière de la dignité de la personne humaine. *Egan, ibid.*, p. 574.

45²⁵ *Egan, ibid.*, p. 575 et 576.

46²⁶ Pour des critiques théoriques de l'arrêt *Egan, ibid.*, voir Diane Pothier, « M'aider, Mayday: Section 15 of the Charter in Distress », (1996) 6 *National Journal of Constitutional Law* 295; Bruce Ryder, « Equality Deferred, Again », (1996) 4 *Canadian Labour and Employment Journal* 101; et John Fisher « The Impact of the Supreme Court Decision in *Egan v. Canada* Upon Claims for the Equal Recognition of Same — Sex Relationships » (1997) [article non publié].

47²⁷ À propos de la « nouvelle » forme de relations dans la société, le commentaire du juge Iacobucci est particulièrement pertinent. Il a dit au nom de quatre juges de la Cour dans l'arrêt *Egan, supra*, note 1, p. 618 et 619 :

48

49 [J]e suis cependant davantage préoccupé par la position de mon collègue, qui soutient que, parce que l'interdiction de discrimination à l'égard des gais et lesbiennes est « récente » et « est encore perçue en général comme un concept nouveau », le gouvernement est justifié de nier de façon discriminatoire aux couples de même sexe un bénéfice qu'il accorde aux couples de sexe opposé. Il fait également valoir que le gouvernement peut justifier une loi discriminatoire en raison de son pouvoir d'accorder des bénéfices de façon progressive.

50

51 En toute déférence, ces deux arguments ne sauraient être retenus. Permettre que la discrimination soit justifiée du fait de la « nouveauté » de son interdiction ou de la nécessité pour le gouvernement d'agir « progressivement » introduit dans l'analyse relative à l'art. 1 deux critères sans précédent qui risquent d'être impossibles à circonscrire. En outre, cela permet de faire preuve à l'égard de l'article premier d'une retenue excessive qui va bien au-delà de ce que l'on peut constater dans la jurisprudence de notre Cour. Il en découle le risque très réel que le gouvernement soit toujours en mesure de maintenir une loi qui prévoit une allocation sélective et discriminatoire des ressources, ce qui aurait pour effet de miner les valeurs de la *Charte* et son objectif.

52²⁸ *Egan, supra*, note 1, p. 530 et 531; *Andrews, supra*, note 16, p. 194.

53²⁹ *Supra*, note 18.

54³⁰ *Egan, supra*, note 1, p. 535.

55³¹ *Ibid.*, p. 536 et 537.

56³² À propos de l'art. 1, le juge La Forest dit : « Si j'avais conclu que la disposition contestée violait l'art. 15 de la *Charte*, je la maintiendrais en vertu de l'art. 1 de la *Charte* pour les considérations que j'ai énoncées...auxquelles se reportent en partie mon collègue le juge Sopinka, de même que pour celles dont j'ai fait état dans mon analyse de la discrimination en l'espèce. » Voir *Egan, supra*, note 1, p. 539 et 540.

57³³ *Masse, supra*, note 2.

58³⁴ *Ibid.*, p. 49.

59³⁵ *Ibid.*

60³⁶ *Egan, supra*, note 1, p. 272 et 273.

61³⁷ *Ibid.*, p. 574; *McKinney, supra*, note 24, p. 318 et 319.

62³⁸ *Masse, supra*, note 2, p. 60; *Andrews, supra*, note 16, p. 194.

63³⁹ *Ibid.*, p. 45 et 46.

64⁴⁰ *Ibid.*, p. 46; *Egan, supra*, note 1, p. 573.

65⁴¹ *Masse, supra*, note 2, p. 46 et 47 et *Dandridge c. Williams*, 90 S. Ct. 1153 (1970), p. 1162 et 1163.

66⁴² Les jugements révèlent certaines variantes dans la façon dont l'analyse fondée sur l'art. 15 est formulée. La version que nous avons présentée est extraite du jugement majoritaire du juge McLachlin dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, p. 485, 10 M.V.R. (3^e) 151, 23 O.R. (3^e) 160 (note), [1995] 1 L.R. 1-3185, 13 R.F.L. (4^e) 1, 181 N.R. 253, 124 D.L.R. (4^e) 693, 81 O.A.C. 253.

67⁴³ [1979] 1R.C.S. 183, 92 D.L.R. (3^e) 417, [1978] 6 W.W.R. 711, 23 N.R. 527, 78 C.L.L.C. 14 175 [ci-après *Bliss*, avec renvois aux R.C.S.].

68⁴⁴ Pour les juges de la Cour d'appel Hollinrake et Cumming, la question de l'application de la *Charte* à l'inaction du gouvernement et la question de savoir comment définir la discrimination sont reliées à la question plus profonde qui consiste simplement à déterminer de quel degré d'égalité les groupes désavantagés peuvent bénéficier. Dans un énoncé très révélateur, le juge Hollinrake a dit dans l'arrêt *Eldridge, supra*, note 3, p. 341 :

69

70 [TRADUCTION] [Les appelants] soutiennent que l'art. 15 doit être interprété de manière à imposer réellement au gouvernement un devoir positif de régler toutes les inégalités lorsqu'il légifère sur les avantages dans le domaine des services médicaux. Je suis d'avis que ceci revient à imposer au gouvernement l'obligation d'assurer une égalité absolue ... Je ne pense pas que l'art. 15 impose une telle obligation.

71⁴⁵ *Ibid.*

72⁴⁶ *Symes (C.S.C.), supra*, note 4.

73⁴⁷ *Ibid.*, p. 763 et 764.

74⁴⁸ *Ibid.*, p. 764 et 765.

75⁴⁹ De plus, dans l'arrêt *Symes, ibid.*, les effets de la loi sont évalués sans égard à l'inégalité des femmes. On refuse d'accepter que l'analyse des effets de la loi tienne compte du fait que les femmes supportent traditionnellement une part inégale des coûts de la garde des enfants, des effets de ces coûts sur la capacité des femmes de participer au marché du travail rémunéré ou des répercussions des responsabilités reliées à la garde des enfants sur l'inégalité économique des femmes.

76

77 Par conséquent, même si le juge Iacobucci reconnaît que l'art. 15 est censé tenir compte des effets préjudiciables, il se concentre uniquement sur la loi. Il ne prend même pas en considération la possibilité que la loi repose sur un stéréotype sexiste. Son analyse n'est pas non plus axée sur la tendance de la loi à perpétuer et à renforcer l'inégalité des femmes, dans un contexte où les femmes connaissent un tissu d'inégalités reliées à la garde des enfants et à l'emploi.

78

79 On pourrait aussi dire que la loi semble différente lorsqu'on l'examine du point de vue d'un groupe qui subit une discrimination. Du point de vue de Beth Symes, et de bien d'autres femmes, la question n'est pas de savoir si les femmes paient une part disproportionnée des coûts de la garde des enfants, mais plutôt de savoir si la loi perpétue ou renforce l'inégalité des femmes en refusant de reconnaître un type de responsabilité dont on s'attend, dans notre culture, que les femmes l'assument.

80

81 Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin comprennent bien cela. Dans l'arrêt *Symes, ibid.*, p. 786, la juge L'Heureux-Dubé a dit :

82

83 ...le présent pourvoi, même s'il porte en apparence sur l'interprétation de la *Loi*, englobe un débat beaucoup plus complexe sur des questions fondamentales, soit comment interpréter le concept d'égalité et la mesure dans laquelle les valeurs en cause exigent que l'on tienne compte de la situation des femmes dans l'interprétation de concepts juridiques.

84⁵⁰ Le point central du raisonnement des jugements qui maintiennent l'alinéa. 56(1)b) de la *LIR* est le refus de considérer Suzanne Thibaudeau comme une personne de son propre chef, distincte de son époux. Le tribunal décide

que Suzanne Thibaudeau ne devrait pas être considérée comme une femme individuellement ou comme une membre du groupe des « femmes », mais plutôt comme une membre de « l'unité familiale après le divorce ». Le tribunal rejette la comparaison que la demanderesse cherche à faire entre les parents gardiens et les parents non gardiens. De l'avis de la Cour, l'entité qui est importante est le couple séparé ou divorcé, et des comparaisons ne peuvent pas être faites entre le parent gardien et le parent non gardien. Cette opinion rend la discrimination fondée sur le sexe dont se plaint Suzanne Thibaudeau invisible, et la rend invisible elle aussi. La majorité de la Cour n'explique pas pourquoi Suzanne Thibaudeau ne peut pas être considérée comme une personne, distincte de son ex-mari. Les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé n'ont aucune difficulté à percevoir l'absurdité qu'il y a à traiter madame Thibaudeau et monsieur Thibaudeau comme s'ils constituaient une unité. La juge McLachlin reconnaît que la *LIR* traite le parent non gardien comme une partie d'une unité de taxation distincte, à savoir « la famille ». Elle emploie les mots « fiction législative » à cet égard. Dans l'arrêt *Thibaudeau, supra*, note 11, p. 707 et 708, elle affirme :

85

86 En effet, le régime n'envisage pas chaque contribuable comme une unité de taxation distincte, mais considère plutôt que le parent gardien et le parent non gardien forment une seule unité d'imposition, la famille. Par une fiction législative, le régime déduction/inclusion élimine donc le montant de la pension alimentaire versée entre ex-conjoints, du revenu imposable du parent non gardien, pour le transférer dans le revenu imposable du parent gardien.

87

88La juge L'Heureux-Dubé est d'accord avec la juge McLachlin pour dire que l'unité adéquate aux fins de l'analyse n'est pas le couple. Cependant, alors que la juge McLachlin juge que l'unité adéquate de comparaison est le parent séparé ou divorcé individuellement qui a la garde des enfants, la juge L'Heureux-Dubé se concentre sur les parents gardiens comme formant un groupe, tout en reconnaissant que le régime établit plusieurs niveaux de distinctions, entre ceux qui reçoivent ou qui versent une pension en vertu d'une ordonnance d'un tribunal ou d'un accord écrit et ceux qui ne le font pas; entre les parents qui sont séparés ou divorcés et ceux qui ne le sont pas; entre ceux qui versent et ceux qui reçoivent une pension alimentaire. La question la plus importante aux yeux de la juge L'Heureux-Dubé est de déterminer si cet ensemble de distinctions a pour effet de conférer un avantage ou d'imposer un fardeau de façon inégale, en fonction de l'appartenance à un groupe identifiable, en l'espèce les femmes. Elle juge que oui.

89⁵¹ *Ibid.*, p. 709.

90⁵² *Ibid.*, p. 711.

91⁵³ *Eldridge (C.A.C.-B.)*, *supra*, note 3, p. 339.

92⁵⁴ *Supra*, note 20 et texte joint.

93⁵⁵ *Supra*, note 1.

94⁵⁶ *Egan, supra*, note 1, p. 539.

95⁵⁷ La décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Masse* donne aussi un exemple de la condition que les effets soient limités à un seul groupe. Dans cette affaire, un débordement des effets est reçu comme preuve que le groupe n'est pas un groupe protégé en vertu de l'art. 15. Le juge Corbett rejette la demande fondée sur l'art. 15 qui soutient que de faire des bénéficiaires de l'aide sociale la cible des compressions dans les dépenses constitue une discrimination. Le juge Corbett précise que les bénéficiaires de l'aide sociale ne sont pas les seules personnes touchées par les restrictions budgétaires ou qui souffrent d'une insuffisance de revenu. Puis, sans soupeser la preuve présentée par les requérants à l'appui de leur prétention selon laquelle ils sont assujettis à un fardeau supplémentaire, le juge conclut que les requérants n'ont pas réussi à démontrer [TRADUCTION] « qu'une différenciation a été faite sur le fondement des caractéristiques personnelles des bénéficiaires de l'aide sociale ». *Masse, supra*, note 2, p. 71. Sur ce fondement, le juge Corbett décide que les bénéficiaires de l'aide sociale ne sont pas un groupe protégé en vertu de l'art. 15, ou du moins pas dans le contexte de cette affaire.

96

97La démarche du juge Corbett est cohérente avec celle des juges O'Driscoll et O'Brien. Les deux juges font allusion au fait que la pauvreté n'est pas limitée aux personnes qui reçoivent l'aide sociale, et le juge O'Driscoll ajoute que l'état de bénéficiaire de l'aide sociale n'est pas une caractéristique personnelle au sens de l'art. 15. *Masse, ibid.* La question de savoir si la pauvreté ou l'état de bénéficiaire de l'aide sociale constitue un groupe protégé n'a pas encore été soumise à la Cour suprême du Canada. Toutefois, bon nombre de tribunaux inférieurs, la Cour

divisionnaire de l'Ontario non comprise, ont jugé cette question différemment. Voir, par exemple *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority c. Sparks* (1993), 101 D.L.R. (4^e) 224, 30 R.P.R. (2^e) 146, 119 N.S.R. (2^e) 91, 330 A.P.R. 91, 1 D.R.P.L. 462 (C.A. N.-É.) [La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugé qu'il existait une discrimination fondée sur la race, le sexe et le revenu.]; *Federated Anti-Poverty Groups of B.C. c. British Columbia (Attorney General)* (1991), 70 B.C.L.R. (2^e) 325, B.C.W.L.D. 1571, W.D.F.L. 710 (C.S.C.-B.) [la Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé que les personnes qui reçoivent une aide au revenu constituent une minorité discrète et isolée au sens de l'article 15]; *R. c. Rehberg* (1994), 111 D.L.R. (4^e) 336, 127 N.S.R. (2^e) 331, 355 A.P.R. 331, 19 C.R.R. (2^e) 242, W.D.F.L. 3787 (C.S.N.-É.) [la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé que les mères célibataires et leurs enfants constituaient un groupe qui était susceptible de vivre dans la pauvreté, et que la pauvreté est susceptible d'être une caractéristique personnelle du groupe]; et *Schaff c. The Queen* (1993), 18 C.R.R. (2^e) 143, 2 C.T.C. 2695 (C.C.I.) [la Cour canadienne de l'impôt a jugé que les parents gardiens célibataires qui sont des femmes et qui sont pauvres sont historiquement victimes de préjudices sociaux, politiques et juridiques et qu'ils devraient être protégés en vertu de l'art. 15].

98⁵⁸ Philipps et Young, « Sex, Tax and the Charter : A Review of *Thibaudeau* and *The Queen* », *supra*, note 11, p. 254.

99⁵⁹ Ontario Association of Interval and Transition Houses (OAITH), rapport présenté au Rapporteur spécial des Nations Unies sur la violence faites aux femmes, *Home Truth: Exposing the False Face of Equality and Security Rights For Abused Women in Canada*, novembre 1996, p. 21.

100⁶⁰ Voir par exemple l'arrêt *Mia c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1985), 17 D.L.R. (4^e) 385, 61 B.C.L.R. 273, 15 Admin. L.R. 265, 16 C.R.R. 233 (C.S.) dans lequel la Cour accepte la revendication par une femme médecin du droit d'exercer la médecine libre de toutes limites géographiques.

101⁶¹ *Andrews*, *supra*, note 16, p. 196 et 197.

102⁶² *R.J.R.-MacDonald*, *supra*, note 18, p. 332.

103⁶³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, 26 D.L.R. (4^e) 200, 65 N.R. 87, 14 O.A.C. 335, 24 C.C.C. (3^e) 321, 50 C.R. (3^e) 1, 19 C.R.R. 308.

104⁶⁴ Dans le rapport qu'il a présenté à la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Symes*, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté en parle de la façon suivante : [TRADUCTION] « Les groupes désavantagés peuvent s'appuyer sur la *Charte* pour se voir offrir une "voix" dans le processus démocratique dont ils sont sinon exclus. Le processus judiciaire fondé sur la *Charte* peut souvent être plus respectueux envers les groupes désavantagés que le processus politique, leur assurant d'être pleinement entendus. » Voir *Symes c. Canada (C.S.C.)*, *supra*, note 4. Mémoire de l'intervenant, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, paragraphe 32.

105⁶⁵ Comme l'a écrit John Ely Hart dans *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 151, au sujet des termes « minorités discrètes et isolées » adoptés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews*, *supra*, note 16 : [TRADUCTION] « Toute l'importance de la démarche est d'identifier les groupes de la société dont les besoins et les désirs ne semblent pas intéresser les représentants élus. »

106⁶⁶ Cette hiérarchie rigide des rôles sexuels a des effets non seulement pour les femmes qui vivent avec un homme, mais aussi pour lesbiennes et les homosexuels qui décident d'établir des liens stables. Plus particulièrement, d'une perspective morale conservatrice, les régimes d'avantages fondés sur la « famille » ou sur le « couple » sont considérés comme l'apanage exclusif des femmes et des hommes dont les rapports sont conformes aux critères hétérosexuels traditionnels. Cette conception des rôles sexuels a comme conséquences d'empêcher les femmes qui aspirent à un avancement professionnel d'avoir des enfants.

107

108 Nous en convenons, la formule de l'identité de traitement peut être utilement appliquée dans certaines situations. Essentiellement, elle est un appel à faire abstraction du sexe et à faire une évaluation individuelle. Cette méthode fonctionne parfois bien pour la femme individuellement qui est dans une situation de recherche d'emploi, par exemple parce que cette méthode demande que chaque postulant soit évalué individuellement, plutôt que d'être classé selon l'appartenance à un groupe. Toutefois, lorsqu'il est question de régime législatif qui renforce les inégalités sociales déjà existantes des femmes, l'analyse comparative doit non seulement s'intéresser au lien entre la loi contestée et la femme individuellement, mais aussi au lien entre la loi contestée, l'inégalité subie par le groupe dans la société et les autres niveaux de stéréotypes, de lois et de pratiques qui les subordonnent et qui, mis ensemble, créent l'inégalité du groupe.

109⁶⁷ Comme indiqué ici, nous faisons référence à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire Eldridge. En appel, cette décision a été infirmée par la Cour suprême du Canada. Voir *supra*, note 3 et 20, ainsi que le texte joint.

110⁶⁸ En résumé, voici la démarche suivie par la Cour dans l'arrêt *Bliss*, *supra*, note 43, p. 191 :

111

112 1. Dans l'arrêt *Bliss*, la Cour fait une distinction entre désavantage et prestation, et elle insiste sur le fait qu'il y a une différence dans la façon dont l'analyse comparative devrait considérer la législation qui crée des désavantages, comme les dispositions de droit pénal, et qui traite une partie de la population plus durement qu'une autre, et la législation qui accorde des « avantages supplémentaires » à un groupe de femmes. Faisant une distinction avec l'arrêt *Drybones*, dont le sujet était la criminalisation de la consommation d'alcool pour les Autochtones, le fait pour un Indien d'être sous l'influence de l'alcool étant considéré comme une infraction, la Cour a affirmé :

113

114 Il faut distinguer nettement une législation qui traite une partie de la population plus durement qu'une autre, en raison de la race, comme c'était le cas dans l'affaire *Regina c. Drybones*, et une législation qui accorde des avantages supplémentaires à une catégorie de femmes, en spécifiant les conditions auxquelles une prestataire y aura droit et la période pendant laquelle ils lui seront accordés.

115

116 2. La Cour a dégagé la législation de la responsabilité de l'inégalité dont Stella Bliss se plaignait et a jugé que la cause de l'inégalité ne reposait pas sur la loi, mais qu'elle était plutôt le fait de la nature. Elle a dit : « [ces articles] ne visent que des cas dont les hommes sont exclus. Toute inégalité entre les sexes dans ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature ». *Ibid.*, p. 190.

117

118 3. La Cour a rompu le lien entre le motif de discrimination et la violation du droit à l'égalité en insistant sur le fait que toutes les femmes devaient être touchées négativement, un critère auquel la revendication de Stella Bliss ne pouvait satisfaire parce que la disposition contestée n'avait pas un effet négatif sur toutes les femmes, mais seulement sur celles qui étaient enceintes. La Cour a omis de prendre en considération le fait que les effets préjudiciables dont elle se plaignait étaient ressentis seulement par des femmes. Parce que la disposition contestée n'avait pas d'effet sur toutes les femmes, et en soulignant que la *Loi* traitait tous les employés, sauf les employées enceintes, de la même façon, la Cour a conclu que si la *Loi* traitait les femmes enceintes de façon différente des autres employés, c'est parce qu'elles étaient enceintes et non pas parce qu'elles étaient des femmes. La Cour a exprimé son accord avec le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale (1997), 16 N.R. 254 qui avait affirmé :

119

120 À supposer que l'on eût fait de la « discrimination contre » l'intimée, ce n'aurait pas été en raison de son sexe. En effet, l'article 46 vise les femmes enceintes, mais non celles qui ne le sont pas, et encore moins les hommes. Si l'art. 46 ne traite pas les femmes enceintes en chômage comme d'autres chômeurs, hommes ou femmes, c'est, à mon sens, parce qu'elles sont enceintes et non parce qu'elles sont des femmes. *Bliss* (C.S.C.), *ibid.*, p. 190 et 191.

121

122 En d'autres mots, en traitant également les personnes qui ne sont pas enceintes (hommes ou femmes), la *Loi* satisfaisait à l'exigence de neutralité qui est de traiter les personnes semblables de la même façon.

123

124 4. La Cour a déclaré plusieurs fois que la législation contestée avait été adoptée en fonction d'objectifs fédéraux valides, comme si la validité des objectifs du gouvernement pouvait en elle-même décider du résultat, sans égard aux effets discriminatoires pour les femmes.

125

126 5. La Cour a invoqué un critère de pertinence pour déterminer la légalité du critère d'admissibilité fondé sur la grossesse, jugeant que la période d'admissibilité prolongée pour les femmes enceintes était une distinction pertinente afin de déterminer l'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage. La Cour n'a pas reconnu qu'une loi pouvait être pertinente à un objectif poursuivi par le gouvernement, mais néanmoins avoir des buts et effets discriminatoires.

127

128 6. La Cour n'a pas fait de distinction dans son analyse entre la revendication de Stella Bliss et la défense du gouvernement.

129⁶⁹ *Andrews, supra*, note 16, p. 170.