

La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada sur l'article 15 de la Charte canadienne: une perspective critique

Isabelle Harnois*

Discrimination: le fait de séparer un groupe
social des autres et de le traiter plus mal.
(*Le Petit Robert*, édition 1990)

INTRODUCTION

Dans l'arrêt *Law c. Canada (M.E.I.)*¹, la Cour suprême, sous la plume du juge Iacobucci, développe les lignes directrices à l'usage des tribunaux qui doivent statuer sur les litiges fondés sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'analyse désormais préconisée par la Cour pour détecter la discrimination résultant de l'action étatique, tout en s'inspirant de l'arrêt classique *Andrews c. Law Society of British Columbia*², amalgame les approches différentes développées par trois factions de la Cour depuis la trilogie de 1995³.

* L'auteur pratique le droit constitutionnel à la Direction du droit autochtone et constitutionnel du ministère de la Justice. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteur.

1. *Law c. Canada (M.E.I.)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

2. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

3. Daniel PROULX, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?», (2001) 61 *R. du B.* 187, 204; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 411; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

Le juge Iacobucci, désormais la voix de la Cour en matière de droit à l'égalité, rallie ses collègues en empruntant à chacune de leurs approches et tente, par la même occasion, de clarifier ce concept évanescent qu'est le droit à l'égalité garanti par l'article 15.

Il semble que cette tentative ambitieuse, il faut le reconnaître, n'ait réussi que partiellement. Peut-être le concept même d'égalité humaine, que la Cour associe dorénavant à la dignité humaine essentielle, échappe-t-il naturellement au juridisme: concept philosophique, politique et moral, l'idéal d'égalité peut-il jamais être assuré par l'État, soit par le législateur ou par les tribunaux⁴?

La Cour suprême avait déjà reconnu, dès l'arrêt *Andrews*, précité, que l'égalité est un idéal impossible à atteindre, dont la matérialisation, inévitablement imparfaite, doit néanmoins être recherchée⁵. La Cour n'a certes ménagé aucun effort pour donner à ce droit toute sa substance.

Il demeure que la Cour n'a pu échapper au caractère en quelque sorte utopique de l'idéal d'égalité réelle entre les individus. Assurément, le recours au concept de dignité humaine essentielle comme objet fondamental de l'article 15 pourrait servir à introduire dans la garantie d'égalité le germe de l'évolution sociale comme vecteur du droit. Cependant, noblesse judiciaire oblige, les juges pourraient se sentir investis par la Charte de la responsabilité de faire évoluer la société en accéléré: s'il y a risque de se tromper, mieux vaut errer en protégeant trop la dignité humaine plutôt que pas assez.

Ainsi donc, les tribunaux se trouvant dorénavant chargés de la mission de protéger la dignité humaine essentielle, la Cour suprême a, selon nous, incorporé dans le droit à l'égalité un élément foncièrement subjectif qui implique que la dignité humaine doive être définie par le juge. Ce potentiel de subjectivité entraîne une incertitude juridique considérable.

En effet, comment le législateur, les juges des tribunaux judiciaires et administratifs, les plaideurs, pourront-ils jamais prévoir ou décider avec quelque certitude qu'une loi respecte ou bafoue la dignité humaine essentielle?

4. Rapport entre individus égaux: égalité matérielle ou réelle: égalité de fait entre personnes ayant les mêmes avantages naturels, mêmes aptitudes, même fortune. Égalité formelle ou extérieure; définie, réglementée par le législateur. Dictionnaire *Le Petit Robert*, éd. 1990.

5. *Andrews*, précité, p. 163 à 165.

A fortiori, le Procureur général, qui défend la loi devant les tribunaux, pourra difficilement prévoir, avant jugement final, la valeur ou la suffisance de la preuve apportée à l'encontre ou au soutien de cette loi, ni même la nature ou la légitimité de son objet législatif apparent au regard du respect de la dignité humaine.

Qu'est donc le droit à l'égalité selon la Cour suprême en 2002?

Afin d'apporter des éléments de réponse à cette question, nous examinerons d'abord les enseignements de l'arrêt *Law c. Canada*. En second lieu, seront discutés la preuve requise par l'analyse contextuelle soit le fardeau de cette preuve, de même que l'utilisation qui en a été faite dans l'arrêt *M. c. H.*⁶. En troisième lieu, nous tenterons un bref retour sur le critère controversé de la pertinence d'une distinction à l'égard d'un objet législatif par ailleurs légitime. Enfin, en guise de conclusion, nous exposerons les questions soulevées par la cause *Louise Gosselin c. Procureur général du Québec*⁷. Ce pourvoi, actuellement en délibéré, nous paraît illustrer l'incertitude juridique découlant du critère de la dignité humaine comme fin de l'analyse contextuelle, ainsi qu'il sera discuté tout au long de ce texte.

I. L'ARRÊT *LAW c. CANADA*

Dans cette affaire, madame Nancy Law, devenue veuve à l'âge de 30 ans, n'ayant pas d'enfant et étant en santé, a demandé à recevoir la rente de conjoint survivant du Régime de pension du Canada (ci-après, le RPC). Or, la rente de conjoint survivant n'est versée sans égard à l'âge qu'aux veuves ayant des enfants ou qui sont invalides. Elle est par ailleurs versée aux veuves de plus de 45 ans et, réduite, aux veuves âgées de 35 à 45 ans. Madame Law aura toutefois droit à la rente lorsqu'elle atteindra l'âge de 65 ans. Par conséquent, cette rente lui fut refusée en vertu de la loi, en raison de son âge. Madame Law a donc attaqué la validité constitutionnelle des dispositions du RPC déterminant l'éligibilité à une rente de conjoint survivant en fonction de l'âge, au regard de l'article 15 de la *Charte canadienne*⁸.

Madame Law était destinée à devenir célèbre, puisque la Cour suprême, fâcheusement divisée depuis 1995 quant à l'approche à adopter en matière de droit à l'égalité, devait profiter de son pourvoi pour effectuer une réconciliation.

6. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

7. C.S.C., n° 27418.

8. *Law c. Canada*, précité, par. 90.

C'est le juge Iacobucci qui développe la démarche analytique conciliant les trois approches divergentes de ses collègues en établissant ce qu'il a décrit comme des lignes directrices destinées à guider les tribunaux qui, depuis, s'emploient à suivre ces prescriptions à la lettre.

A. Les lignes directrices

Les praticiens du droit à l'égalité n'ont pas fini de lire dans la jurisprudence et de citer eux-mêmes devant les tribunaux, le paragraphe 88 de l'arrêt *Law*. On y retrouve en effet une «synthèse» des lignes directrices formulées par la Cour: les principes, leurs nuances, les précisions – ou exceptions – et les mises en garde.

Nous tenterons de tirer de cette analyse les concepts qu'il est essentiel de retenir, soit d'abord la démarche en trois étapes et ensuite les principes directeurs qui doivent la guider.

1. L'analyse en trois étapes

Selon la Cour, cette analyse repose sur trois questions primordiales⁹:

1. La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes?
2. La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés (à l'article 15) ou des motifs (qui leur sont) analogues?
3. La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité?

Première remarque: à la première étape, c'est la loi qui doit créer, par son objet ou ses effets, la différence de traitement. Si des différences existent indépendamment de la loi, l'on devrait en conclure que la loi n'impose pas une différence de traitement¹⁰, à moins

9. Version abrégée du test, qui est suivie par la version détaillée, par. 88, p. 548-549, *Law c. Canada*.

10. *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 765; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, motifs de la minorité, par. 186-187.

que, dépendant de son objet, il apparaisse que la loi omet de tenir compte de la situation d'un groupe défavorisé au regard de cet objet¹¹.

Ce type de «différence de traitement», soit l'omission par le législateur de tenir compte de la situation de groupes désavantagés, laisse perplexe. Formulé largement, ce critère semble impliquer une obligation pour le législateur de remédier à la situation de tous les groupes désavantagés.

Selon nous, l'article 15 n'impose pas à l'État l'obligation d'agir mais, comme l'ensemble de la Constitution, contrôle l'action étatique, qui, entre autres, ne doit pas être source de discrimination. À notre avis, l'omission de tenir compte de la situation d'un groupe désavantagé ne constitue une différence de traitement qu'au regard de l'exclusion de ce groupe en raison d'une caractéristique personnelle qui présente un rapport avec l'objet d'une loi donnée: personnes sourdes n'ayant pas accès à des services médicaux gratuits; autochtones hors réserve n'ayant pas droit de vote lors de l'élection du conseil de bande; omission d'accorder la protection d'un code des droits de la personne aux personnes homosexuelles, etc. En somme, l'omission d'agir ne devrait constituer une différence de traitement législative qu'à condition que les deuxième et troisième étapes de l'analyse soient franchies.

Seconde remarque: à la seconde étape, parmi les motifs énumérés, l'on remarque que les motifs de déficience mentale ou physique paraissent faire l'objet d'un traitement jurisprudentiel particulier. Quoique l'article 15 n'impose à l'État d'autre obligation que celle d'agir sans discrimination, certains obiter dicta de la Cour suprême indiquent que le droit à l'égalité pour les personnes handicapées implique que la société doit adapter ses institutions aux besoins particuliers individuels de ces personnes¹².

11. Voir par exemple: *Eldridge c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624 et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, où l'omission de tenir compte des besoins spécifiques de personnes vulnérables a été jugée incompatible avec cet objet même.

12. *Eldridge c. Colombie-Britannique*, précité; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 66-67. Ces arrêts nous paraissent fondés sur la pertinence ou la correspondance entre le traitement étatique d'une personne handicapée et ses besoins, au regard de l'objet législatif poursuivi. Nous nous interrogeons sur l'opportunité ou la nécessité de distinguer le motif de «déficience» des autres motifs énumérés à l'article 15 pour y rattacher potentiellement des obligations constitutionnelles à caractère positif.

Troisième remarque: les motifs analogues aux motifs énumérés à l'article 15 qui peuvent en déclencher l'application sont déterminés aux cas par cas par les tribunaux. Pour qu'une caractéristique personnelle soit assimilée à un motif de discrimination interdite par l'article 15 certaines conditions doivent se trouver réunies. Il doit principalement s'agir de caractéristiques immuables¹³ (le sexe, la race), ou qui ne relèvent pas du contrôle de l'individu (âge, handicap) ou encore qui ne peuvent être modifiées qu'à un prix inacceptable au plan de l'identité et de l'autonomie personnelle (religion, citoyenneté).

L'existence de motifs analogues dépend de divers indices: le fait que le groupe visé a subi un désavantage historique ou l'appartenance à un groupe défavorisé susceptible d'être victime de discrimination (une «minorité discrète et isolée»), le fait que cette caractéristique soit déjà reconnue comme motif de discrimination par les codes provinciaux sur les droits de la personne¹⁴. Il doit s'agir d'une caractéristique qui peut «servir de motif non pertinent d'exclusion ou de négation de la dignité humaine essentielle...»¹⁵.

À titre d'exemple, les caractéristiques suivantes ont été reconnues comme motifs analogues donnant ouverture à la protection de l'article 15: le statut de résident permanent versus celui de citoyen¹⁶; l'état matrimonial, soit l'état de conjoint de fait¹⁷; l'orientation sexuelle¹⁸; le statut d'un demandeur de citoyenneté dont la mère seulement était citoyenne canadienne¹⁹; l'autochtonité/lieu de résidence, ou la qualité d'autochtone résidant hors de sa réserve²⁰.

Les motifs analogues permettent, à l'évidence, une extension considérable de la portée de l'article 15.

Enfin, il semble que lorsqu'un motif analogue a été reconnu par la jurisprudence, il peut toujours être invoqué pour revendiquer la protection de l'article 15²¹.

13. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, p. 195; *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13.

14. *Ibid.*, par. 13 et 60.

15. *Miron c. Trudel*, précité, par. 147-148.

16. *Andrew c. Law Society of British Columbia*, précité.

17. *Miron c. Trudel*, précité.

18. *Egan c. Canada*, précité; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

19. *Benner c. Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358.

20. *Corbiere c. Canada*, précité.

21. *Ibid.*, précité, motifs des juges McLachlin et Bastarache pour la majorité, par. 8 à 10.

Quatrième remarque: il vaut la peine de préciser la troisième étape de l'analyse, soit celle du caractère réellement discriminatoire d'une différence de traitement découlant de la loi ou d'une autre action étatique:

La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

À l'évidence, il n'existe pas toujours une réponse simple à de telles questions. La Cour a donc développé certains principes destinés à aider les tribunaux qui doivent les résoudre. Ces principes s'appliquent aux trois étapes de l'analyse donnant ouverture à l'application de l'article 15.

2. Premier principe: la dignité humaine

La Cour a consacré la protection de la dignité humaine essentielle comme objet de l'article 15. L'analyse de conformité à la garantie constitutionnelle d'égalité doit être centrée sur cet objet et le contexte de l'allégation de discrimination²². Une loi ou toute autre action étatique ne seront jugées discriminatoires que s'il y a contradiction entre elles et l'objet fondamental de l'article 15²³, c'est-à-dire si l'action étatique ne respecte pas la dignité humaine que les tribunaux doivent protéger.

Première remarque: le praticien cherchera naturellement une définition de la dignité humaine pour le guider. La Cour réfère dans l'arrêt *Law*²⁴, aux propos du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Rodriguez c. Canada*:

Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine

22. *Law c. Canada*, précité, par. 55.

23. *Ibid.*, par. 41.

24. *Law c. Canada*, précité, par. 53.

signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle.

Nous ajouterons que l'essence de la dignité humaine par l'égalité pourrait être exprimée dans cette petite phrase souvent citée des motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité:

Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires alors que celles fondées sur les mérites et les capacités le sont rarement. (p.174-175)

Seconde remarque: il revient au tribunaux d'apprécier si telle ou telle différence de traitement législative respecte ou pas la dignité humaine essentielle du demandeur. Pour ce faire, ils doivent se demander si une personne raisonnable, objective, placée dans la situation du demandeur et dotée d'attributs semblables, bien informée du contexte général entourant cette différence de traitement, se sentirait atteinte dans sa dignité humaine.

La perspective²⁵, qui doit être celle du demandeur *a priori*, devient celle d'une personne raisonnable, que doit personnifier le juge. Le potentiel de subjectivité nous paraît évident. Bien entendu, le processus judiciaire comportera toujours une mesure de subjectivité, inhérente à la nature humaine. Cela étant, le juge Iacobucci insiste «sur la nécessité (pour le tribunal) de se placer dans la perspective du demandeur, et *uniquement* dans cette perspective...»²⁶ mais d'être *également* convaincu de l'effet *dégradant* de la différence de traitement sur la dignité du demandeur. L'acquisition d'une telle conviction risque, selon nous, de reposer sur un jugement de valeur ou à tout le moins, de paraître en résulter.

3. *Second principe: l'analyse comparative*

L'analyse contextuelle doit permettre d'effectuer les comparaisons appropriées afin de déterminer si la loi crée une différence de traitement entre deux groupes et si celle-ci est fonction de l'une des

25. La Cour qualifie cette perspective de «subjective/objective», *Law*, par. 58, 59 et 60, référence aux motifs du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan c. Canada*, précité, par. 56. La perspective subjective est celle du demandeur, la perspective objective reflète l'appréciation par le tribunal de sa situation, *cf.* par. 60.

26. Nos italiques.

caractéristiques personnelles visées par l'article 15²⁷. Enfin la comparaison entre le traitement réservé au groupe auquel appartient le demandeur et le groupe correspondant doit permettre de déterminer si ce traitement différent reflète et perpétue des stéréotypes ou des préjugés ou, au contraire, correspond à la situation et aux caractéristiques propres à chaque groupe (différences biologiques entre les hommes et les femmes par exemple).

C'est le demandeur qui choisit le groupe de comparaison vis-à-vis duquel il allègue être victime de discrimination²⁸.

Les tribunaux n'hésitent pas toutefois à modifier, c'est-à-dire à choisir eux-mêmes le groupe de comparaison qui leur paraît approprié lorsque les groupes proposés ne permettent que des comparaisons boiteuses ou syllogistiques. À cet égard, ils considéreront l'objet et les effets d'une loi, soit son contexte législatif. Ils examineront également le point de vue du défendeur, le Procureur général dans la plupart des cas, sur cette question, pour l'accepter ou le rejeter²⁹.

-
27. Si le motif invoqué est le sexe, ceci implique nécessairement de comparer les hommes et les femmes qui subissent les effets de la loi afin de déterminer si celle-ci crée effectivement des distinctions en fonction du sexe; voir *Symes c. Canada*, précité, p. 771-772.
28. Pour ne référer qu'aux arrêts récents de la Cour suprême: personnes handicapées (surdité et défiance intellectuelle) versus population en général: *Eldridge c. Colombie-Britannique*, pr c t ; *Eaton c. Brant County Board of Education*, pr c t ; personnes nées   l'étranger d'une mère canadienne versus personnes nées   l'étranger d'un père canadien: *Benner c. Canada*, (Secrétaire d'état), pr c t ; personnes homosexuelles versus l'ensemble de la population: *Vriend c. Alberta*, pr c t ; personnes handicapées de façon temporaire versus personnes invalides, *Granowsky c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 703; personnes handicapées physiquement versus personnes souffrant de troubles (handicap) mentaux: *Battelfords & District Cooperative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566 (cette cause ne portait pas sur l'art. 15, puisqu'il s'agissait d'un litige entre parties privées, mais le résultat aurait vraisemblablement été le même si cela avait été le cas); personnes souffrant de troubles mentaux ayant commis des actes criminels versus l'ensemble des personnes reconnues coupables d'infractions criminelles: *Winko c. C.-B. (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625 et les trois arrêts compagnons, *Bese c. C.-B. (F.P.I.)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Orlowsky c. C.-B. (F.P.I.)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. Lepage*, [1999] 2 R.C.S. 744; conjoints survivants âgés versus conjoints survivants de moins de 35 ans: *Law c. Canada*, pr c t ; conjoints de fait homosexuels versus conjoints de fait hétérosexuels: *M. c. H.*, pr c t ; Indiens inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens* versus Indiens sans statut (non inscrits) et m tis: *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; autochtones vivant sur la réserve de leur bande versus autochtones de la bande résident hors réserve: *Corbiere c. Canada*, pr c t ; policiers de la gendarmerie royale du Canada versus l'ensemble des fonctionnaires fédéraux: *Delisle c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 989; personnes homosexuelles versus personnes hétérosexuelles, *Little Sisters Book & Art Emporium*, [2000] 2 R.C.S. 1120.
29. Voir les affaires *Eldridge*, *Benner*, *Vriend*, *Granowsky*, *Law*, *M. c. H.*, pr c t es, entre autres.

4. Troisième principe: l'analyse contextuelle

4.1 Le principe général

Les tribunaux doivent tenir compte du contexte d'ensemble de la disposition législative attaquée, soit son contexte social, politique et juridique. L'analyse contextuelle s'avère indispensable à l'examen d'une allégation de distinction discriminatoire tant au regard de l'article 15 que de l'appréciation de sa justification au regard de l'article premier de la Charte.

Première remarque: Cette perspective permet que l'on ne juge pas du caractère discriminatoire d'une action étatique dans l'abstrait. Elle assure que les décisions judiciaires à cet égard ne soient pas désincarnées par rapport à la réalité, ou perçues comme telles. Par principe, le recours par les tribunaux au contexte législatif et juridique (l'interaction des différentes dispositions législatives applicables à une situation donnée) s'impose pour en apprécier les effets réels.

Seconde remarque: la preuve du contexte d'ensemble entourant l'adoption et l'application (l'objet ou les effets) d'une disposition législative peut être faite par le demandeur qui a toujours le fardeau de prouver l'atteinte à ses droits constitutionnels. Ceci est dénoncé par plusieurs auteurs et praticiens qui voient dans l'analyse contextuelle un alourdissement du fardeau de preuve du citoyen sous l'article 15, que certains qualifient même de déplacement du fardeau de la preuve de justification sous l'article premier, qui relève du Procureur général³⁰. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons de la preuve requise pour juger les contestations fondées sur l'article 15. Qu'il suffise de rappeler que la discrimination demeure une question de faits, fussent-ils litigieux (à établir par le demandeur) ou législatifs (dont la preuve revient souvent au Procureur général), donc de preuve.

Il paraît juste, selon nous, qu'il n'existe pas de présomption défavorable à la validité de la loi, soit une présomption qu'une différence de traitement affectant un groupe qui peut se caractériser par une caractéristique personnelle visée à l'article 15 constitue une indication a priori que le législateur a agi de façon discriminatoire. La discrimination législative ne devrait pas pouvoir être établie simplement à partir d'effets allégués par un demandeur sans tenir compte de la perspective du législateur. Ces effets doivent être prouvés à la

30. Daniel PROULX, *op. cit.*, p. 255 et s.

satisfaction des tribunaux. Or, une preuve d'effets préjudiciables demeure une preuve de faits, soit de contexte factuel entourant l'application de la loi. La preuve du préjudice allégué par tout moyen de preuve recevable, y compris par présomption, ne nous paraît pas de droit nouveau³¹.

Troisième remarque: l'analyse contextuelle ne fait pas échec au risque de subjectivité. Il peut en effet arriver que le caractère factuel de cette démarche se trouve relégué aux oubliettes par l'application du premier principe, soit le respect de la dignité humaine. Il paraît inévitable que, dans certaines circonstances, les tribunaux apprécient la preuve contextuelle de façon tantôt plus critique, tantôt plus indulgente, ou même ne lui accordent que peu de poids, si une disposition législative choque ou pas, a priori, leur conception de la dignité humaine.

4.2 Le caractère discriminatoire d'une différence de traitement dépend de l'examen de l'objet de la loi au regard de quatre facteurs contextuels

À la troisième étape de l'analyse, cette application du principe est tirée de l'arrêt *Law* qui décrit quatre facteurs contextuels utiles à débusquer la discrimination législative. L'emphase sur la détermination préliminaire de l'objet de la loi n'y est pas clairement exprimée. Cependant, l'application des lignes directrices relatives aux facteurs contextuels à examiner dans l'arrêt *Law* et dans les arrêts subséquents de la Cour permet de constater que l'objet de la loi sous-tend l'ensemble de la démarche³².

En outre, comme nous l'exposons plus loin, nous sommes d'avis que, quoiqu'elle s'en défende bien, la Cour suprême n'a pu écarter le critère de la pertinence d'une distinction législative à l'égard de l'objet de la loi où elle s'insère, et, au risque de décevoir les auteurs qui vilipendent ce procédé pourtant fondé sur l'«objet et le contexte», y recourt bel et bien.

L'objet véritable d'une loi et, selon que la distinction attaquée serve cet objet ou un objet secondaire de cette loi, l'objet spécifique de cette distinction, servent de pivot à l'application des quatre facteurs contextuels qui permettent aux tribunaux de juger du caractère

31. *Law c. Canada*, précité, par. 76-77, 81-82-83.

32. Voir, par exemple, *M. c. H.*, précité, par. 71-72.

discriminatoire d'une disposition législative au regard de l'article 15 de la Charte.

PREMIER FACTEUR CONTEXTUEL: LE DÉSAVANTAGE PRÉEXISTANT

Si un tribunal conclut que le groupe auquel appartient le demandeur est traditionnellement victime de discrimination, une distinction à son endroit souffre déjà d'une présomption accablante qu'elle contribue à aggraver la discrimination qui afflige ce groupe dans la société et à perpétuer les stéréotypes qui en sont la cause³³. Ce facteur influence souvent l'analyse des trois autres.

DEUXIÈME FACTEUR CONTEXTUEL: LA CORRESPONDANCE OU L'ABSENCE DE CORRESPONDANCE ENTRE LE MOTIF SUR LEQUEL L'ALLÉGATION EST FONDÉE ET LES BESOINS, LES CAPACITÉS OU LA SITUATION PROPRES AU DEMANDEUR

À notre avis, cette formulation est incomplète. Tel que précédemment exposé, cette correspondance ne peut être appréciée qu'au regard de l'objet de la loi attaquée, qu'il faut selon nous définir de façon préliminaire à l'analyse des facteurs contextuels. Simplement comparer une distinction fondée sur un motif (le sexe, le handicap) et les besoins et capacités ou la situation des personnes de ce groupe conduirait à une conclusion automatique de discrimination à l'égard de toute distinction mais également de tout effet différent dans l'application de n'importe quelle loi. Elle n'expliquerait certainement pas des décisions comme *Symes c. Canada*; *Adler c. Ontario*; *Law c. Canada*; *Granowsky c. Canada*; *Lovelace c. Ontario*, précitées.

La Cour suprême applique d'ailleurs ce facteur contextuel d'une façon qui démontre que la correspondance entre le motif de distinction et les capacités et la situation réelle d'un groupe dépend de l'objet législatif:

Les réponses aux questions que j'ai énoncées précédemment relativement à la dignité humaine se trouvent donc, en partie, dans l'objet et les effets des dispositions législatives, pour ce qui est de fournir une sécurité financière à long terme aux Canadiens qui perdent leur conjoint, ainsi que dans la souplesse et les possibilités plus grandes qu'ont les personnes plus jeunes sans enfants à charge et sans invalidités lorsqu'il s'agit de se bâtir une sécurité à long terme en l'absence de leur

33. *Law c. Canada*, précité, par. 63, 68, 88 (p. 55), 106 *in fine*. À titre d'exemple, voir les arrêts *Vriend*, précité, *M. c. H.*, précité, *Corbiere*, précité. Par comparaison, voir *Lovelace*, précité et *Granowsky*, précité.

conjoint. [...] Compte tenu du contexte contemporain et historique qui entoure la différence de traitement et les personnes qu'elle touche, les dispositions législatives en cause n'appliquent pas de stéréotypes aux adultes âgés de moins de 45 ans, ne les excluent pas et ne les dévalorisent pas. La loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions *qui correspondent à la situation véritable des personnes qu'elle vise. Du fait de sa jeunesse, l'appelante jouit, à plus forte raison, de meilleures chances de remplacer à long terme le revenu perdu.* [...]

*Le fait que le régime de pensions a clairement pour objet d'améliorer la situation des conjoints survivants âgés constitue un autre facteur à l'appui de l'opinion que les dispositions contestées du RPC ne portent pas atteinte à la dignité humaine essentielle. Les conjoints survivants âgés, tout comme les conjoints survivants qui sont invalides ou ont des enfants à charge, sont plus vulnérables économiquement aux effets à long terme du décès du conjoint. En établissant un régime de pensions qui accorde des prestations suivant l'âge du survivant, le législateur semble avoir voulu allouer les fonds aux personnes dont la capacité de subvenir à leurs besoins était la plus faible.*³⁴

On le voit, ce facteur est étroitement lié avec celui de l'objet remédiateur de la loi, troisième facteur de l'analyse. Un grand nombre, sinon la plupart, des lois poursuivent un objet remédiateur. Face au droit à l'égalité, les lois accordant des bénéfices sociaux ou des avantages économiques seront fréquemment attaquées pour le motif de la portée trop restreinte de cet avantage par des groupes exclus qui allèguent être victimes de discrimination par comparaison avec le groupe visé par la loi.

Comme l'indique le passage ci-haut tiré de l'arrêt *Law*, la correspondance entre la distinction qui constitue une différence de traitement et l'objet de la loi sera d'autant plus facilement établie qu'un tribunal jugera que la loi sert, en application du troisième facteur contextuel, un objet remédiateur et que le demandeur se trouve ou devrait se trouver plus favorisé que le groupe visé par cet objet. Ce sera également le cas lorsque l'objet remédiateur est mis en œuvre par des mesures spécifiques, adaptées aux désavantages et caractéristiques d'un groupe précis³⁵.

La meilleure illustration du caractère décisif de ce second facteur nous paraît être la décision *Law c. Canada*, précitée. Dans cette

34. *Law c. Canada*, précité, par. 102-103, nos italiques; voir également *M. c. H.*, précité, par. 71-72.

35. *Lovelace c. Ontario*, précité, voir *infra*.

affaire³⁶, l'exclusion de personnes jeunes, libres et en santé correspondait à l'objet même de la loi, soit la protection de personnes généralement plus âgées et conséquemment plus vulnérables face à la capacité d'assurer leur sécurité financière à long terme.

TROISIÈME FACTEUR CONTEXTUEL: L'OBJET REMÉDIATEUR

Ainsi donc, si l'objet de la loi est d'améliorer le sort d'un groupe défavorisé dans la société, cet objet sera plus facilement conforme à l'article 15, particulièrement face à des groupes plus favorisés que le groupe visé. On voit ici le caractère séquentiel de l'analyse puisque le critère de l'objet remédiateur dépendra fréquemment de la réponse au premier facteur c'est-à-dire de la préexistence d'un désavantage chez le groupe demandeur ou, inversement, chez le groupe visé par la loi (personnes plus âgées versus personnes plus jeunes; personnes handicapées versus personnes bien portantes).

L'application de ce facteur contextuel, pourtant formulé simplement, peut s'avérer assez complexe. Par exemple, dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême a accepté que l'objet législatif d'assurer la sécurité financière à long terme des conjoints survivants âgés constituait un objectif remédiateur «égalitaire» ou réparateur³⁷. Madame Law étant favorisée par sa jeunesse face à cet objet, compte tenu de sa plus grande capacité d'assurer sa propre sécurité financière à long terme, il a été jugé que l'exclusion des personnes de moins de 35 ans de la rente de conjoint survivant ne constituait pas un désavantage réel et par conséquent n'était pas discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

En d'autres termes, il n'est pas discriminatoire de porter remède législativement à la situation d'un groupe particulièrement vulnérable face à certaines circonstances.

36. Voir *infra*, section B.

37. *Law c. Canada*, précité, par. 105, 106. Nous croyons qu'un objet remédiateur suffit sans qu'il doive nécessairement être «égalitaire», terme qui semble évoquer le par. 15(2). La Cour semble ajouter ce qualificatif après coup comme une «porte de sortie» permettant de distinguer éventuellement d'autres objets législatifs de celui examiné dans l'arrêt *Law*. Au surplus, cet objet ne nous paraît pas mériter le qualificatif «égalitaire» («qui vise l'égalité absolue en matière de politique sociale», Dictionnaire *Le Petit Robert*, *op. cit.*) au même titre que l'objet de la politique examinée dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, précité, ou encore de dispositions législatives visant à assurer l'accès des personnes handicapées aux institutions sociales, par exemple.

Par contre, dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, précité, en présence de deux groupes, selon la preuve, également désavantagés, la Cour tient compte à la fois de l'objet remédiateur du programme de «Casino Rama» et de la correspondance entre cet objet et l'inclusion des seuls membres des bandes indiennes de l'Ontario. Elle juge qu'il n'est pas discriminatoire de concevoir un programme gouvernemental ciblé pour remédier aux désavantages particuliers à un groupe défavorisé.

La distinction que fait la Cour entre, d'une part, son raisonnement dans l'affaire *Lovelace* et la ratio de l'arrêt *Law*, et, d'autre part, les motifs de l'arrêt *Vriend*, repose sur le caractère «ciblé» du programme «Casino Rama» et de la rente de conjoint survivant du RPC, par opposition au caractère général de programmes améliorateurs tel par exemple un code sur les droits de la personne. Les trois décisions nous paraissent bien fondées. À notre avis, il est important que le législateur et le gouvernement puissent mettre sur pied, avec la collaboration de groupes désavantagés, des programmes «tricotés serrés» pour remédier à leur situation propre et à leurs désavantages spécifiques. Il paraît tout aussi souhaitable que le législateur puisse remédier à des désavantages de notoriété publique comme celui des personnes âgées qui perdent leur conjoint, ou des groupes historiquement victimes de discrimination.

Par contre, nous sommes d'avis que la Cour s'aventure en terrain marécageux lorsqu'elle commence à établir des distinctions en fonction du caractère général ou ciblé, en termes d'objet remédiateur d'une loi. Nous ne croyons pas que le caractère général ou ciblé d'une loi ou d'un objet remédiateur soit réellement déterminant. Cette distinction nous paraît plutôt de nature à semer la confusion.

Que dire en effet du contexte législatif de la disposition attaquée dans l'affaire *Louise Gosselin c. Québec*³⁸? Ce pourvoi met en cause un régime particulier applicable aux assistés sociaux de moins de 30 ans, intégré dans le régime plus général de la *Loi sur l'aide sociale*, entre 1984 et 1989. Une telle loi constitue un programme à caractère remédiateur général. Le régime particulier d'aide sociale aux moins de 30 ans, quoique différent du régime général et, de l'avis de l'appelante, discriminatoire, n'en constituait pas moins, à tout le moins dans ses objets, un programme destiné à améliorer la capacité des jeunes assistés sociaux d'intégrer le marché du travail à long terme.

38. *Supra*, note 7.

L'appelante prétend que le régime applicable aux moins de 30 ans est discriminatoire parce qu'il ne correspond pas à l'objet remédiateur général du régime d'aide sociale qui est, selon elle, d'assurer aux personnes démunies la capacité de se procurer les nécessités de la vie.

La position du Procureur général est que, tout comme dans l'arrêt *Law*, les jeunes assistés sociaux, par comparaison aux assistés sociaux de plus de 30 ans et aux assistés sociaux qui ont des responsabilités familiales ou sont invalides, sont favorisés par leur jeunesse même quant à l'objet de ce programme qui est l'intégration significative au marché du travail. Cet objet ferait en outre partie intégrante des buts poursuivis par la loi.

Si la Cour jugeait que le groupe est défavorisé au départ, la position du Procureur général demeure que l'objet même du programme est remédiateur et que, par analogie avec l'affaire *Law*, il y a correspondance entre la jeunesse des personnes en cause et l'objet de les inciter à participer à des mesures de développement de leur employabilité comme condition pour recevoir une prestation d'aide sociale pouvant équivaloir à celle des plus de 30 ans.

Il demeure que la Cour se trouve cette fois en présence d'un programme «ciblé» dans le contexte d'un programme plus général. Il ne s'ensuit pas nécessairement que ce programme ciblé soit source de discrimination parce qu'il diffère du programme «général»³⁹. Tout dépend de la comparaison contextuelle entre les deux groupes et de l'objet du programme attaqué, dans le contexte des objets généraux d'une loi d'aide sociale.

Ceci démontre que, dans chaque contestation particulière, la Cour fera face à des programmes législatifs, pour la plupart remédiateurs, que ce soit de façon générale ou ciblée. Ces programmes pourront viser à remédier à la situation de personnes vulnérables, sans nécessairement pouvoir être qualifiés d'«égalitaires». Ces distinctions ne nous paraissent pas déterminantes pour apprécier la conformité de ces programmes au droit à l'égalité.

39. Le législateur aurait pu adopter une loi spécifique régissant l'assistance sociale aux jeunes aptes au travail. Ceci aurait certes constitué un objet «ciblé». Les questions soulevées auraient-elles reçu des réponses différentes pour cette raison?

QUATRIÈME FACTEUR CONTEXTUEL: L'IMPORTANCE DU DROIT EN CAUSE

Des quatre facteurs contextuels, celui-ci paraît le plus subjectif et, à notre avis, le moins déterminant. La jurisprudence de la Cour ne nous semble pas particulièrement éclairante lorsqu'il s'agit de prédire comment un tribunal appréciera éventuellement le caractère important ou, inversement, trivial d'un droit. En fait, peu de droits accordés par loi sont considérés sans importance, à tout le moins pour la personne qui en est privée.

Ainsi, la personne qui n'a pas droit à des services d'interprète gestuel lorsqu'elle consulte un médecin, celle qui n'a pas le droit de vote à l'élection du conseil de sa bande ou qui ne peut profiter des recettes d'un projet de casino destinées au bien-être des autochtones, ou encore la personne qui n'a pas droit à une rente de conjoint survivant ou à une rente d'invalidité, peut se sentir atteinte dans sa dignité humaine, sans égard à la nature du droit en cause et à l'importance relative qu'y accordent les tribunaux. Ceci ne signifie pas nécessairement que cette personne soit victime de discrimination.

On peut croire aussi que le législateur, lorsqu'il confère un droit ou un bénéfice, lui accorde une certaine importance⁴⁰.

Sur un plan subjectif cependant, si un juge considère que la dignité humaine est en cause, il pourrait être enclin à attribuer une importance plus grande aux droits revendiqués.

Jusqu'à maintenant, ce quatrième facteur contextuel ne nous paraît pas d'une grande utilité dans l'analyse servant à détecter la discrimination législative. La personne qui revendique un droit devant les tribunaux le considère invariablement important. D'autre part, il paraît ressortir de la jurisprudence même de la Cour suprême qu'il s'avère relativement délicat, sinon inconfortable, pour les tribunaux de déclarer qu'un droit n'a pas une importance telle que la dignité humaine d'une personne qui en est exclue s'en trouve compromise⁴¹. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence récente de la Cour ne

40. Le professeur Daniel Proulx considère ce facteur comme favorable au demandeur. Selon nous toutefois, il a raison de se demander comment le législateur peut évaluer l'importance relative qu'accorderont les tribunaux aux droits qu'il confère par loi, *op. cit.*, p. 242.

41. Dans l'arrêt *Law*, ce facteur est passé sous silence. La Cour souligne simplement (par.107) que madame Law n'est pas totalement exclue du bénéfice puisqu'elle y aura droit lorsqu'elle atteindra ses 65 ans. Par contre, dans *M. c.*

révèle pas que ce facteur soit déterminant pour conclure au caractère discriminatoire d'une loi. Il nous semble que seuls les arrêts *Vriend*, *M. c. H.* et *Corbiere*, précités, aient permis à la Cour suprême d'appuyer ses conclusions sur ce facteur, qui semblent dans l'un et l'autre cas découler de ses conclusions relatives aux trois autres facteurs contextuels.

B. L'application des lignes directrices: la décision

La Cour a appliqué la grille d'analyse que nous venons de décrire à la contestation de *Nancy Law*.

Essentiellement, la Cour estime que la disposition attaquée du RPC sert l'objet d'assurer la sécurité financière à long terme⁴² des personnes âgées qui perdent leur conjoint. Madame *Law*, du fait de sa jeunesse, est favorisée par comparaison aux conjoints survivants âgés. Selon la Cour, les personnes jeunes sont généralement capables de faire le nécessaire pour assurer leur propre sécurité financière à long terme, par la formation, la participation au marché du travail, l'accumulation de régimes de retraite et d'avantages sociaux afférents à l'emploi, généralement pendant une période suffisamment longue avant l'âge de la retraite⁴³.

La Cour estime qu'il n'est pas contraire à la dignité humaine des personnes jeunes que le législateur tienne compte de leur jeunesse,

H., précité, l'accès au droit de demander une pension alimentaire est qualifié d'institution sociale fondamentale (par. 72-73). Cette conclusion est toutefois rattachée au premier facteur, soit le désavantage préexistant affectant les personnes homosexuelles.

42. Un tel objet ne manque pas d'étonner lorsqu'il vise des conjoints survivants âgés. La Cour rattache pourtant ses conclusions à la distinction entre l'objet d'assurer une sécurité financière à long terme par opposition à une sécurité financière immédiate. Cette nuance subtile à l'extrême, ne nous semble pas ressortir clairement de la loi. En outre, on peut concevoir que la sécurité financière immédiate s'avère tout aussi problématique pour les personnes qui perdent le soutien financier qu'apportait leur conjoint. De surcroît, bien que les motifs soient formulés en termes génériquement neutres, les bénéficiaires actuelles de la rente sont majoritairement des femmes âgées qui souvent n'ont pas de revenu propre et peu de chance d'assurer leur propre sécurité économique, même immédiate. Il semble que l'objet de la loi aurait pu être formulé plus justement et ne rien perdre de son caractère «égalitaire» (*cf.* par. 105 du jugement) s'il avait été défini comme celui d'assurer la sécurité financière des personnes âgées après le décès de leur conjoint. La jeunesse de madame *Law* ne l'aurait pas moins favorisée face à cet objet. À tout événement, l'accent mis sur l'objet précis d'assurer la sécurité financière à long terme met en évidence l'importance de l'objet législatif dans l'analyse contextuelle.

43. *Law c. Canada*, précité, par. 101 à 104.

soit de leur capacité d'apprentissage plus grande, de leur disponibilité, de leur initiative personnelle et des opportunités plus nombreuses que leur offre la société. Ainsi, en établissant des distinctions en fonction de l'âge des conjoints survivants, la loi ne repose sur aucun stéréotype ou préjugé.

Cette décision nous paraît fondée sur la logique et le bon sens. Conformément au corpus jurisprudentiel relatif à l'article 15, la loi en cause traite les différents groupes de personnes selon leurs capacités et besoins et non pas selon des généralisations injustes au regard de l'objet même de la rente de conjoint survivant qui est de remplacer la perte de revenus des personnes vulnérables suite au décès de leur conjoint. Or, le «cycle de la vie humaine» fait que plus on vieillit, plus il est difficile, si ce n'est déjà fait, d'assurer sa propre sécurité financière⁴⁴.

L'article 15, contrairement à l'opinion de certains auteurs, n'est pas une garantie générale d'égalité entre les individus et les groupes⁴⁵. L'article 15 garantit qu'une loi, destinée à s'appliquer à tous, n'aura pas d'effets plus contraignants ou moins favorables sur un groupe *en raison* de caractéristiques personnelles *non pertinentes*⁴⁶.

En conclusion, nous croyons que l'arrêt *Law* confirme la position fort logique que la jeunesse est généralement un avantage, à tout le moins quant à la capacité de faire le nécessaire pour assurer sa propre sécurité financière par la formation et la participation au marché du travail. La Cour suprême a d'ailleurs souligné l'importance que revêt le travail pour la dignité humaine des personnes⁴⁷.

Si le terme discrimination doit avoir un sens, l'arrêt *Law* indique ce sens en ce qu'il reconnaît qu'il n'est pas contraire à l'article 15 de traiter les individus selon leurs besoins, capacités, et situations. Cet arrêt est fondé sur le contexte législatif et social entourant la disposition attaquée. Il semble toutefois que cet aspect de la décision ait suscité chez plusieurs exégètes du droit à l'égalité une inquiétude considérable quant au fardeau de preuve exigé du demandeur qui attaque une loi sur la base de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

44. *Law c. Canada*, précité, par. 101, 102, 104.

45. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, les motifs du juge McIntyre, p. 165.

46. *Ibid.*, nos italiques.

47. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1987] 1 R.C.S. 313, 368.

II. LE FARDEAU DE LA PREUVE DEPUIS L'ARRÊT *LAW*

À notre avis, il n'y a pas lieu de s'alarmer et de craindre un affaiblissement de la garantie d'égalité en raison d'un supposé alourdissement du fardeau de preuve du demandeur.

En premier lieu, le demandeur a toujours eu le fardeau de démontrer l'atteinte à ses droits constitutionnels. En matière de droit à l'égalité, il doit être capable de faire une preuve contextuelle des effets de la loi sur sa dignité. Cependant, la Cour n'exige pas que le demandeur fasse la preuve du contexte législatif d'une loi. Ainsi que l'exprime le juge Iacobucci:

Démontrer l'existence d'une discrimination suivant une démarche fondée sur l'objet exigera du demandeur qu'il *invoque* des facteurs permettant d'*inférer* que les dispositions constituent une atteinte à l'objet du par. 15(1) de la *Charte*...

En premier lieu, je me dois de souligner que rien dans les observations qui précèdent n'implique que le demandeur doive produire des données ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales qui ne sont pas accessibles à tous, pour établir une atteinte à sa dignité ou à sa liberté. Des éléments de ce genre peuvent être produits par les parties et s'avérer très utiles au tribunal chargé de déterminer si un demandeur a démontré que les dispositions en cause sont discriminatoires. Toutefois, ils ne sont pas obligatoires. Un tribunal peut souvent, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées violent le par. 15(1). Il est bien établi qu'un tribunal peut prendre connaissance d'office de faits notoires et non contestés, ou de faits que l'on peut démontrer immédiatement et avec exactitude en se rapportant à des sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable: (référence omise)... Il arrivera souvent qu'un tribunal puisse, à bon droit, prendre connaissance d'office d'une partie ou de la totalité des faits nécessaires pour établir le bien-fondé d'une allégation de discrimination, et qu'il doive s'en remettre au raisonnement logique découlant de ces faits pour parvenir à la conclusion de droit qu'il y a eu atteinte au droit garanti par le par. 15(1).

Toutefois:

Il y a lieu de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'il s'agit de prendre connaissance d'office d'un fait. Tout particulièrement, bien qu'il convienne manifestement, pour les fins du par. 15(1), de prendre connaissance d'office de certaines formes de désavantages et de préjudés, entre autres, la connaissance d'office ne doit pas être utilisée, par

inadvertance ou autrement, pour inventer des stéréotypes ou d'autres phénomènes sociaux qui peuvent ne pas exister ou qui n'existent pas en fait dans la réalité.

[...]

...la preuve de l'intention législative n'est pas nécessaire pour établir le bien-fondé d'une allégation fondée sur le par. 15(1); *Andrews*, précité, à la p. 174. L'exigence faite au demandeur est d'établir que *soit* l'objet, *soit* l'effet de la disposition législative viole le par. 15(1), de sorte qu'il puisse satisfaire au fardeau qui lui incombe en faisant la preuve seulement d'un effet discriminatoire.⁴⁸

À titre d'exemple, dans l'arrêt *Law*, comme dans les motifs majoritaires de la décision *M. c. H.*, la Cour s'est servie abondamment de la connaissance d'office, que ce soit pour identifier l'objet de la loi ou pour conclure que la jeunesse est un avantage face à l'objet d'améliorer le sort des conjoints âgés ou encore pour apprécier les effets des dispositions régissant le droit à une pension alimentaire dans la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario.

Par ailleurs, dans la jurisprudence récente de la Cour où les demandeurs ont eu gain de cause, il ne semble pas que leur fardeau de preuve se soit avéré plus lourd de quelque façon que ce soit que ne l'avait été le fardeau des demandeurs depuis l'arrêt *Andrews*, précité.

Quant à nous, il ne nous paraît certes pas que le fardeau de preuve du Procureur général ait été allégé. Le Procureur général, face à la contestation de la validité d'une loi, détient généralement un fardeau assez exigeant. En effet, hormis les cas de contestations manifestement mal fondées, l'État ne peut courir le risque de ne pas présenter une preuve contextuelle pertinente qui sera éventuellement appréciée au regard de l'article 15 ou de l'article premier.

À cet égard, depuis 1995, il n'est pas arrivé une seule fois que la Cour suprême ait jugé une loi contraire à l'article 15 parce que bafouant la dignité humaine essentielle, mais néanmoins justifiée sous l'article premier. Qui plus est, les motifs qui ont incité la majorité des juges de la Cour suprême dans les arrêts *Vriend*, *Eldridge*, *Corbiere*, *M. c. H.*, par exemple, à juger une différence de traitement incompatible avec le respect de la dignité humaine ne diffèrent pas sensiblement, sinon dans leur formulation, des motifs pour lesquels la même disposition est considérée non justifiable au regard de l'article premier.

48. *Law c. Canada*, précité, par. 76 à 87, voir les par. 77, 79 et 80.

Ainsi donc, la question se pose de savoir s'il est possible pour un tribunal de conclure qu'une atteinte à la dignité humaine essentielle est justifiable dans une société libre et démocratique. Tout ceci nous ramène au problème du rapport entre l'article 15 et l'article premier de la Charte, qui demeure ambiguë.

En vérité, comme c'est le cas de l'évolution jurisprudentielle relative aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*, il se peut que le cadre analytique établissant une distinction stricte entre la restriction du droit à l'égalité et la justification de cette restriction s'avère éventuellement trop rigide pour conserver au concept de discrimination une signification réelle.

À cet égard, le juge en chef Lamer aimait rappeler qu'une restriction justifiée n'est pas une violation d'un droit garanti à la *Charte canadienne*⁴⁹. Il pourrait s'avérer juridiquement et intellectuellement plus satisfaisant pour les juges et peut-être, conceptuellement, pour les justiciables, que les principes de l'article premier se retrouvent éventuellement incorporés à d'autres droits de la Charte, dont le droit à l'égalité.

D'une part, le recours au concept de dignité humaine comporte un irritant certain à l'égard de la perception par les justiciables des décisions qui les affectent. Un demandeur prêt à attaquer une loi qu'il estime contraire au droit à l'égalité est exposé à lire une décision qui lui dira qu'il a tort de se sentir blessé dans sa dignité humaine essentielle – concept subjectif et personnel s'il en est. Ne vaudrait-il pas mieux s'en tenir au critère de l'absence de stéréotypes ou de préjugés et à la prise en compte des caractéristiques réelles des groupes de personnes visés ou exclus?

D'autre part, il ne nous semble guère plus satisfaisant pour un demandeur de se faire dire par un tribunal que l'État l'a traité d'une façon qui bafoue sa dignité humaine mais qu'il était justifié de le faire plutôt que de lire dans un jugement que l'État n'a pas usé de stéréotypes à l'endroit du groupe auquel il appartient. En d'autres termes, il paraît plus facile à admettre que le tribunal juge que l'État n'a pas agi de façon discriminatoire et inconstitutionnelle puisqu'il a démontré qu'il avait tenu compte des capacités et des besoins en établissant des catégories dans telle ou telle loi. Selon nous, les justiciables ne s'en trouveraient pas moins bien protégés par la Charte, que ce soit au regard de l'article 15 qu'au regard de l'article premier.

49. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 996-997.

Nous croyons qu'une analyse du droit à l'égalité qui incorpore à tout le moins l'objet ou la raison d'être de différences de traitement législatives fondées sur des caractéristiques personnelles à l'étape de l'appréciation du caractère réellement discriminatoire d'une différence de traitement témoigne d'une évolution peut-être inévitable de la jurisprudence relative à l'article 15 de la *Charte canadienne*.

L'article premier établit clairement le principe général reconnu par la jurisprudence d'autres démocraties libérales dotées de constitutions écrites, de même que la jurisprudence relative aux lois sur les droits de la personne au Canada, qu'aucun droit n'est absolu et que certaines restrictions sont acceptables et même légitimes dans une société libre et démocratique. L'exercice de démontrer la légitimité et la raisonnable d'une restriction, par exemple au droit à l'égalité⁵⁰, demeurerait, principalement, à la charge du Procureur général et de l'État.

Il pourrait s'agir là d'une évolution de la démarche analytique sans véritable changement quant au fardeau de preuve du Procureur général, bien que cette preuve sera considérée dans la perspective de l'article 15 ou de l'article premier.

Quoi qu'il en soit, le présent texte ne se prête pas à un développement exhaustif sur la nature de la preuve dont le Procureur général assume le fardeau dans les contestations de la validité constitutionnelle des lois. Nous exposerons schématiquement dans la section suivante la preuve présentée au soutien de la loi contestée dans la cause *Louise Gosselin c. Procureur général du Québec*⁵¹.

Nous nous contenterons de faire part d'une autre perspective que celle de la plupart des auteurs de doctrine, soit celle des représentants du Procureur général devant les tribunaux. À ce titre, nous n'avons pas ressenti, depuis l'arrêt *Law*, un allègement du fardeau de la preuve que doit présenter le Procureur général aux tribunaux chargés de juger d'une contestation de la validité d'une loi au regard

50. Contrairement à certains auteurs, nous ne considérons pas aberrant l'usage du terme «arbitraire» qui en fait est peut-être l'opposé du terme «pertinent» d'une distinction pour déterminer son caractère discriminatoire. En effet, une distinction non pertinente à son objet a de fortes chances d'être fondée sur des stéréotypes et des préjugés et de pouvoir généralement être qualifiée d'arbitraire. À tout événement, une distinction discriminatoire peut certainement être considérée arbitraire.

51. Pourvoi en Cour suprême entendu le 29 octobre 2001. En délibéré au moment d'écrire ce texte.

du droit à l'égalité. Le Procureur général estime généralement utile d'établir de façon aussi complète que possible le contexte législatif propre à la disposition attaquée.

Force est cependant d'admettre que l'arrêt *Law* laisse une certaine marge de manœuvre quant aux possibilités d'argumentation au soutien de la validité des lois dont on allègue le caractère discriminatoire, sans toutefois abaisser d'un cran la vigilance des tribunaux à cet égard.

Ainsi donc, la jurisprudence récente de la Cour suprême n'affaiblit pas la garantie d'égalité et ne décharge pas le Procureur général de ses obligations face aux tribunaux et ce pour trois raisons:

Premièrement, les tribunaux se montreront particulièrement exigeants dans l'appréciation des effets discriminatoires potentiels de la législation. La jurisprudence depuis l'arrêt *Law* impose d'examiner un contexte social et juridique général, d'établir des comparaisons entre des groupes véritablement comparables, et enfin de se prononcer sur le respect par une loi donnée de la dignité humaine essentielle. Ainsi que l'ont démontré, notamment, les affaires *Vriend*, *M. c. H.* et *Corbiere*, il ne s'agit pas là d'une mince tâche et le résultat de cet exercice est loin d'être prévisible.

Deuxièmement, c'est le tribunal qui doit décider si une personne raisonnable se sentirait bafouée ou respectée dans sa dignité humaine. Il peut d'office recourir à la connaissance judiciaire et en inférer des conclusions par déduction fondée sur le raisonnement logique. L'une et l'autre parties peuvent influencer ce processus⁵². À cet égard, il nous paraît beaucoup plus ardu de démontrer que la dignité humaine d'une personne appartenant à l'un des groupes visés par l'article 15 n'est pas restreinte par telle ou telle différence de traitement qu'il ne l'est pour cette personne de plaider qu'elle se sent bafouée dans sa dignité humaine.

Enfin, si une loi est jugée contraire à la dignité humaine, ainsi que précédemment exposé, il devient fort difficile pour un tribunal de juger cette restriction justifiée dans une société libre et démocratique. Le Procureur général a donc tout intérêt à présenter la preuve du contexte d'ensemble de la loi, quelle que soit l'étape à laquelle cette preuve sera soupesée par les tribunaux.

52. *Law c. Canada*, précité, par. 77.

ILLUSTRATION DE CES CONTINGENCES NOUVELLES EN MATIÈRE DE PREUVE: LA DÉCISION *M. c. H.*

Dans l'arrêt *M. c. H.*, la Cour a jugé que la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario violait l'article 15 de façon injustifiable en ne permettant pas aux conjoints de même sexe, en cas de rupture de leur union, de demander aux tribunaux une pension alimentaire à leur ex-conjoint, alors que les conjoints de fait hétérosexuels jouissaient de ce droit.

La Cour suprême a déclaré la disposition inconstitutionnelle et a suspendu cette déclaration pour six mois. Le législateur a éventuellement modifié les définitions législatives de «conjoint» pour y ajouter les partenaires de même sexe («same sex partners»).

Le résultat de cette décision paraît avoir reçu un accueil favorable dans la communauté juridique. Qu'il nous soit permis malgré cela de critiquer la démarche suivie par les juges majoritaires de la Cour pour en arriver à leurs conclusions.

Dans l'arrêt *Law*, à la lecture des motifs, la Cour se fonde sur une preuve assez simple de l'objet du régime législatif attaqué, tel que présenté par le Procureur général du Canada, soit assurer la sécurité financière à long terme des conjoints survivants âgés. La Cour se réfère aux débats ayant entouré la création de la rente de conjoint survivant (i.e. de la rente de veuve selon cette preuve, voir le par. 97). En outre la Cour prend connaissance judiciaire des problèmes des conjoints survivants âgés de même que des avantages comparatifs de la jeunesse quant à la capacité d'assurer sa propre sécurité financière.

La Cour estime que le législateur peut tenir compte du fait que la jeunesse favorise les conjoints survivants de moins de 35 ans quant à la possibilité de se former, d'intégrer le marché du travail et de construire leur propre sécurité financière «à long terme». À cet égard, le législateur est, selon la Cour, bien fondé de se fier à des «généralisations statistiques bien documentées» auxquelles ne réfère pas précisément le jugement⁵³.

Par contraste, dans *M. c. H.*⁵⁴, les juges majoritaires rejettent l'objet législatif présenté et documenté par le Procureur général de l'Ontario⁵⁵. Ils attribuent, de leur propre chef, des objets différents à

53. *Law c. Canada*, précité, par. 101, 103, 105 et 106.

54. *M. c. H.*, précité.

55. *Ibid.*, par. 54, 71, 90 à 98, 102 à 106.

la disposition contestée et à la partie de la loi dans laquelle elle s'insère, à partir de la preuve contextuelle qu'ils choisissent de retenir⁵⁶ et d'une large dose de connaissance judiciaire de la situation des personnes formant une union avec une personne de même sexe⁵⁷. La Cour avait en effet devant elle une preuve non négligeable de l'absence chez les couples de même sexe de l'inégalité née de la dépendance économique qui caractérise généralement les unions hétérosexuelles, du fait notamment que ces couples tendent assez peu à se conformer à des rôles sexuels traditionnels⁵⁸. Nous trouvons peu convaincant le raisonnement de la majorité qui lit dans la neutralité générique des termes de la loi un indice déterminant de l'intention du législateur. Les critiques du juge Gonthier, dissident, sur cet aspect des motifs de ses collègues, nous paraissent bien fondées.

Ainsi que le remarque le juge Gonthier, les juges ayant rédigé des motifs attribuent tous un objet différent à la disposition contestée. Les facteurs contextuels étant appréciés en lien avec l'objet législatif⁵⁹, il n'est guère étonnant que les résultats de l'analyse contextuelle, tant de l'effet discriminatoire allégué que de sa justification, aboutissent à des conclusions différentes, sinon divergentes⁶⁰. Ces constatations laissent songeur. En particulier, il semble souhaitable de réfléchir à cette affirmation du juge Gonthier:

[...] les tribunaux peuvent avoir recours à d'autres éléments de preuve extrinsèque établissant l'intention du législateur. Cependant, cela ne

56. Dans l'arrêt *Law*, la preuve extrinsèque, les généralisations statistiques documentées sur la situation des conjoints survivants âgés et la connaissance judiciaire de la situation difficile de ce groupe nous paraissent toutes illustrer le «contexte» des conjointes survivantes âgées. Celles-ci sont encore aujourd'hui les principales bénéficiaires de ce type de rentes. La présomption de dépendance économique vis à vis du conjoint, à tout le moins en ce qui concerne le groupe des bénéficiaires actuelles, a toujours correspondu à la réalité *de facto* des femmes dans les unions «traditionnelles». Le législateur ne l'ignore certainement pas. Encore aujourd'hui, l'égalité économique des femmes est loin d'être acquise: la «*Loi sur le patrimoine familial*», les modifications à la *Loi sur le divorce*, en ce qui concerne la fixation des pensions alimentaires pour enfants, les modifications au *Code de procédure civile* pour en assurer la perception et enfin la *Loi sur l'équité salariale*, témoignent de la contemporanéité de cette préoccupation législative face à l'inégalité systémique entre les sexes, particulièrement dans le contexte des unions hétérosexuelles et de la vie familiale, voir: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813. Les juges majoritaires refusent toutefois d'accepter que cette réalité ait pu former l'intention du législateur lorsqu'il a étendu aux conjoints de fait le droit des conjoints mariés de réclamer une pension alimentaire.

57. *M. c. H.*, précité, par. 58, 71, par. 72, 73, 90 à 106.

58. *M. c. H.*, précité, par. 87 à 89, 98, 110-111, 127.

59. Voir *infra*.

60. *M. c. H.*, précité, par. 193, 195, 197, 264 à 266, en référence, notamment, aux par. 71 à 73, 106, 115, 133.

veut pas dire qu'ils peuvent simplement imputer un objet qui paraît acceptable.⁶¹

Si l'allégation de discrimination doit généralement être envisagée du point de vue du demandeur privé qui s'estime lésé, le Procureur général ne jouit-il pas, à tout le moins, d'une présomption de connaissance de l'objet poursuivi par le législateur qu'il représente⁶²? Nous le croyons. Rien n'empêche les tribunaux de juger cet objet même discriminatoire⁶³ ou la distinction qui en résulte sans rapport avec les besoins d'un groupe exclu. Ils peuvent encore statuer que l'atteinte aux droits des plaignants est trop importante par rapport à un objectif «présupposé» légitime. La Cour a d'ailleurs déjà usé de cette «présomption» par égard pour le législateur, quitte à juger ensuite que les moyens pris pour atteindre tel ou tel objectif n'étaient pas raisonnables.

Il nous semble que la Cour se soit aventurée sur un terrain glissant en se permettant de substituer un objectif créé judiciairement à l'objectif présenté par le Procureur général, soutenu par la preuve et la jurisprudence⁶⁴ et certainement, dans un autre contexte, de connaissance judiciaire⁶⁵. Cet exercice paraît d'autant plus regrettable qu'il confère une certaine circularité au raisonnement de la majorité, accréditant ainsi la crainte que la subjectivité inhérente au critère de respect de la dignité humaine dicte une application plus ou moins prévisible de l'analyse contextuelle, permettant aux juges de situer la loi dans un contexte positif ou négatif, selon leur sensibilité, ou selon la tendance indiquée par la jurisprudence de la Cour suprême à l'égard de tel ou tel groupe défavorisé dans la société⁶⁶.

61. *Ibid.*, par. 186.

62. *Miron c. Trudel*, nov. 1993, transcription de l'enregistrement du débat préliminaire devant la Cour, propos du juge en chef Lamer.

63. *Vriend c. Alberta*, précité, où la Cour s'est refusé à conclure au caractère discriminatoire de l'objectif législatif de l'omission délibérée, par la législature de l'Alberta, d'inclure le motif de l'orientation sexuelle dans une loi destinée à protéger tous les Albertains contre la discrimination, se contentant de mettre en doute le caractère urgent et réel, soit la légitimité d'un tel objectif, fût-il inspiré de considérations «morales»: voir les par. 113 à 116.

64. *Moge c. Moge*, précité.

65. *Supra*, note 54.

66. Cet effet peut être constaté, selon nous, dans la jurisprudence canadienne subséquente à l'arrêt *M. c. H.* Il semble fort ardu désormais de défendre quelque distinction que ce soit affectant des personnes homosexuelles, quel que soit l'objet poursuivi par la loi. Ceci paraîtra à plusieurs un juste retour des choses, une forme de compensation judiciaire de la discrimination dont sont encore trop souvent victimes les personnes homosexuelles. Il n'en demeure pas moins que cette considération revêt un caractère plus social et politique que juridique. Le

Le droit à l'égalité n'est pas et ne devrait jamais être, comme l'indique la Cour suprême, un concept d'application automatique, notamment par crainte qu'il ne donne lieu à une forme de hiérarchisation des groupes victimes de discrimination. L'égalité demeure un droit essentiellement individuel rattaché aux personnes et non aux groupes. Pour cette raison, chaque disposition législative devrait être examinée au regard de ses effets et de son contexte propre et non par l'application automatique d'une décision de la Cour suprême relative au même motif de discrimination, mais à une autre loi⁶⁷.

Dans cette perspective, il paraît inquiétant que la Cour, après avoir pris en considération des facteurs contextuels qui paraissent à tout le moins périphériques, sinon extrinsèques à la preuve au dossier, se livre à une analyse qui occulte en partie cette preuve même. En effet, selon le texte de la décision, il était en preuve devant la Cour que les couples de même sexe ne présentent pas les mêmes caractéristiques d'interdépendance et d'inégalité économique, notamment, que les couples hétérosexuels. Particulièrement, la dynamique d'inégalité économique des femmes propre aux unions hétérosexuelles ne paraît pas être une réalité des couples homosexuels généralement. Au surplus, le Procureur général de l'Ontario a présenté l'objet de la loi attaquée comme étant celui de remédier à cette situation d'inégalité économique des femmes, mariées ou vivant en union de fait, celles-ci représentant la majorité des créancières de pensions alimentaires après la rupture de l'union.

droit à l'égalité ne constitue pas une garantie constitutionnelle «punitiv» face au caractère foncièrement graduel de l'évolution sociale et juridique. À titre d'illustration, les personnes homosexuelles se sont vues reconnaître depuis 1999, notamment au Québec, en Ontario et au Canada tous les droits accordés par la loi aux conjoints de fait hétérosexuels, hormis, à ce jour, celui de se marier et d'adopter des enfants. Que décideront les tribunaux face aux recours, notamment des recours collectifs, engagés pour que cette reconnaissance législative, fruit d'une évolution sociale récente, se voit conférer un caractère rétroactif par décision judiciaire? Ce sujet intéressant dépasse les limites du présent texte, en raison de sa complexité notamment. De surcroît, la question est soumise à la Cour d'appel du Québec dans la cause *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Régie des rentes du Québec* et *Procureur général du Québec*, n° 500-09-007479-983, présentement en délibéré. La question se pose toutefois: les conjoints de fait, les femmes, lorsque l'évolution sociale a permis la reconnaissance législative de leur situation, ont-ils eu droit à des bénéfices économiques rétroactifs pour les situations survenues avant que cette évolution n'ait abouti à des changements sociaux et juridiques? Les femmes qui ont demandé le divorce avant la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur le patrimoine familial* ont-elles eu droit au partage du patrimoine familial? Ces questions méritent à tout le moins d'être prises en considération. La Constitution n'est-elle pas, comme la société, un «arbre en croissance»?

67. *M. c. H.*, précité, par. 75.

Les juges majoritaires ont refusé de reconnaître cet objet et, dans un exercice de connaissance judiciaire dont on retrouve peu de précédent à notre avis, ont procédé à établir eux-mêmes l'objet de la loi. Ils formulent cet objet comme étant celui:

[...] «d'assurer le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes» et d'«alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire». ⁶⁸

À notre avis, le Procureur général devrait être présumé connaître et être en mesure de faire reconnaître l'objet et les objectifs d'une loi par les tribunaux. En effet, en dehors d'un objet législatif déguisé, situation rarissime mais détectable par les tribunaux, l'objet d'une loi procède de l'intention du législateur. Il ne revient pas aux tribunaux de décider après coup de cette intention.

Ainsi donc, qu'on soit d'accord ou pas avec le résultat auquel il en arrive, le juge Gonthier nous semble avoir écrit l'opinion la plus rigoureuse sur le plan juridique dans cet arrêt. En effet, la majorité aurait pu accepter sa démarche, fondée sur l'évolution du droit de la famille au Canada, de même que l'objet présenté par le Procureur général de l'Ontario. Elle n'aurait pas été empêchée d'en arriver à des conclusions divergentes par son appréciation des effets de la loi en fonction de la preuve au dossier, au regard des facteurs contextuels tel le désavantage préexistant.

En assignant à la loi des objectifs qu'elle crée, la majorité des juges dans cette affaire écarte la preuve contextuelle au dossier pour adopter des prétentions, notamment des intervenants, qui paraissent faire appel d'abord et avant tout à la connaissance judiciaire. Il semble que le recours à un tel degré de connaissance judiciaire confère au jugement qui en résulte un caractère politique. Qui plus est, cette décision accrédite une certaine opinion populaire voulant que l'article 15 de la Charte entraîne les tribunaux à la marge de l'empiètement sur la fonction législative. Avec un certain recul, c'est un impact que n'a pas eu, à notre connaissance, la décision *Vriend c. Alberta*, qui a pourtant fait avancer la cause des droits des personnes homosexuelles reflétant ainsi l'évolution sociale récente.

68. *M. c. H.*, par. 93, référence omise. Voir également les par. 72-73 et 106.

III. LE CRITÈRE DE LA PERTINENCE D'UNE DISTINCTION VIS-À-VIS L'OBJET LÉGISLATIF

Nous avons fait état précédemment d'un schisme au sein de la Cour suprême, divisée en trois factions depuis 1995, plus précisément depuis la trilogie des arrêts *Egan*, *Miron* et *Thibaudeau*, précités. La division au sein des juges de la Cour est survenue lorsque les juges La Forest et Gonthier ont eu recours à une analyse fondée sur la pertinence d'une distinction législative à l'égard de l'objet législatif poursuivi par une loi contestée⁶⁹. Les cinq autres juges de la Cour ont rejeté avec vigueur cette analyse en critiquant vivement le «critère de la pertinence».

Pour la majorité en effet, le critère de la pertinence risque de donner lieu à une analyse circulaire susceptible de valider des distinctions fondées sur un objet lui-même discriminatoire, rappelant l'analyse de la «situation analogue» déjà rejetée par la Cour dans l'arrêt *Andrews*, précité. En effet, pour la majorité, la pertinence de l'utilisation d'un motif énuméré ou analogue pour établir une différence de traitement peut constituer un indice de l'absence de discrimination. Toutefois, selon le juge McLachlin⁷⁰:

Pour établir la discrimination, le demandeur doit démontrer que cette négation repose sur un motif énuméré ou un motif analogue. Dans la plupart des cas, cela suffira. Cependant, on peut exceptionnellement conclure que la négation de l'égalité fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne contrevient pas à l'objet du par. 15(1) – empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances. Bien que la non-pertinence du motif de distinction puisse constituer un signe de discrimination, l'inverse n'est pas vrai. La preuve de la pertinence n'écarte pas la possibilité de discrimination. Nous devons aller au-delà de la pertinence pour déterminer si la loi attaquée a pour conséquence de défavoriser le groupe ou la personne d'une façon qui perpétue l'injustice que le par. 15(1) vise à empêcher.⁷¹

69. *Miron c. Trudel*, précité, par. 2; *Egan c. Canada*, précité, par. 13. Il faut noter que les juges Gonthier et La Forest ont reçu l'appui du juge en chef Lamer et du juge Major relativement à leurs motifs fondés principalement sur la pertinence de l'exclusion des conjoints de fait et des conjoints de fait de même sexe dans le contexte de législations conférant des avantages aux conjoints mariés en considération des obligations qu'eux seuls encourent, ou aux conjoints hétérosexuels comme seuls capables de procréer.

70. *Miron c. Trudel*, précité, par. 134 à 141.

71. *Miron c. Trudel*, précité, par. 140.

Voici la réponse du juge Gonthier au nom des juges Lamer, La Forest et Major:

Je note, entre parenthèses, que la reconnaissance de la nécessité de tenir compte du contexte dans une analyse fondée sur le par. 15(1) constitue également une réponse complète à la préoccupation de ma collègue le juge McLachlin selon laquelle mettre l'accent sur la seule pertinence ne suffit pas dans tous les cas pour déterminer si une allégation de discrimination a été prouvée. La prise en compte véritable tant du contexte global que des divers contextes particuliers dans l'appréciation de la nature d'un motif analogue ou d'un motif énuméré, écarte, bien sûr, toute possibilité que le but des garanties d'égalité soit d'une certaine façon éclipsé ou ignoré dans le cadre d'une analyse selon l'article 15 fondée sur la pertinence. En fait, un critère défini en termes de stéréotype fondé sur des caractéristiques de groupe présumées, plutôt que sur le mérite, la capacité ou la situation, n'est qu'une élaboration du concept de la pertinence.⁷²

À notre avis, rejeter résolument le critère de la pertinence revient peut-être à jeter le bébé avec l'eau du bain. Ainsi qu'on peut le constater à la lecture des citations qui précèdent, sur le plan analytique, le fossé entre les défenseurs d'un critère de pertinence et ses opposants ne paraît pas infranchissable. La divergence de vues nous semble reposer sur la position des juges majoritaires que ce n'est qu'«exceptionnellement» que l'on conclura qu'une différence de traitement, fondée sur un motif énuméré ou analogue, ne sera pas jugée discriminatoire. Les juges minoritaires accordent plus d'importance au concept de discrimination, selon nous.

Dans le contexte des arrêts *Miron* et *Egan*, toutefois, il semble que le fossé se soit élargi par l'application qui a été faite du critère de la pertinence par les juges minoritaires dans leurs motifs. Ceux-ci défendent l'institution du mariage et sont prêts à accepter que les distinctions légales qui en découlent sont fondées sur la réalité biologique de la procréation et la nécessité de protéger la famille ou encore sur l'autonomie personnelle de choisir de s'engager dans le mariage. Les juges majoritaires, par contre, paraissent prêts à réexaminer les distinctions légales rattachées à cette institution⁷³.

72. *Miron c. Trudel*, précité, par. 29.

73. La portée de l'arrêt *Miron c. Trudel* sur l'institution du mariage pourrait être précisée à l'occasion d'une cause qui doit être entendue par la Cour suprême du Canada en 2002. L'affaire *Walsh c. Bona*, C.S.C., n° 28179, porte sur la question de savoir si les obligations patrimoniales qui sont les conséquences légales principales du mariage devraient être étendues aux conjoints de fait.

Nous croyons que le critère de la pertinence d'une distinction à l'égard d'un objet législatif légitime peut s'avérer utile pour apprécier la correspondance entre une différence de traitement et les caractéristiques des personnes affectées et en déceler le caractère discriminatoire. De surcroît, ce critère nous apparaît juridiquement plus maniable que l'invocation du concept quelque peu abstrait de dignité humaine pour résoudre le problème de la conformité d'une différence de traitement législative aux objets de l'article 15 de la Charte.

D'ailleurs, dans l'arrêt *Andrews*, les juges La Forest et McIntyre évoquaient la nécessité d'un rapport de pertinence entre une distinction législative et son objet⁷⁴. En l'absence de rapport entre l'exclusion des résidents permanents par l'exigence de citoyenneté et la qualification pour exercer la profession d'avocat, la loi de la Colombie-Britannique était source de discrimination à l'égard des non-citoyens. C'est bel et bien un raisonnement fondé sur un rapport de pertinence qui constitue la *ratio decidendi* de l'arrêt classique en matière de droit à l'égalité:

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement. [...] Néanmoins, la citoyenneté n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. 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. 15. [...] Bien qu'on ne puisse pas affirmer qu'elle est une caractéristique qui [TRADUCTION] «n'a aucun rapport avec l'aptitude d'un individu à fonctionner et à faire sa part dans la société» (*Fontiera v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), à la p. 686), la citoyenneté comporte certainement un rapport atténué de pertinence avec celle-ci.⁷⁵

Selon nous, le critère de la pertinence, sous quelque appellation qu'il soit utilisé, ne présente pas plus de risques de raisonnements

74. La protection contre la discrimination provient historiquement, en grande partie du moins, de la discrimination raciale aux États-Unis, et des persécutions religieuses en Europe. Or, on peut affirmer sans trop de crainte de se tromper que des distinctions législatives fondées sur la race ou la religion ne présentent généralement aucun rapport avec quelque objet législatif que ce soit.

75. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, p. 196-197, voir également p. 183-184.

circulaires que la recherche de stéréotypes et de préjugés dont il constitue l'interface. En revanche, la présomption que «dans la plupart des cas» il suffira de démontrer qu'une différence de traitement repose sur un motif énuméré ou analogue pour prouver la discrimination et que ce n'est qu'«exceptionnellement» que l'on pourra conclure que cette différence de traitement ne contrevient pas à l'article 15 nous semble critiquable⁷⁶.

Dans la réalité, peu de lois ont un objet véritablement discriminatoire. À notre connaissance, les seules lois examinées par la Cour suprême dont il pouvait être affirmé qu'elles poursuivaient un objectif foncièrement discriminatoire ont donné lieu aux arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*⁷⁷ et *Vriend c. Alberta*, précités. On peut présumer que le législateur, lorsqu'il cherche à remédier à la situation d'un groupe donné, n'entretient pas, particulièrement depuis l'avènement des chartes, d'intention de discriminer à l'endroit d'autres groupes. Une loi pourra être discriminatoire par ses effets, le cas échéant.

À cet égard, les effets doivent résulter de la distinction législative. L'analyse de la pertinence du choix d'exclure ou de viser tel ou tel groupe caractérisé par l'un des motifs énumérés ou analogues doit procéder contextuellement, à partir des effets de cette distinction et compte tenu de son objet.

En définitive, nous suggérons que plusieurs des décisions de la Cour relatives à l'article 15, depuis 1996 environ, reposent en réalité sur une analyse de la pertinence d'une distinction contestée au regard de sa finalité propre ou de l'objet de la loi dans laquelle elle s'insère. À cet égard, le critère de l'objet remédiateur de la loi et de la correspondance entre une distinction et cet objet, facteurs contextuels utilisés dans l'arrêt *Law* et depuis, constituent en fait une analyse de pertinence.

Par exemple, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique*, précité, il a été jugé que le refus de défrayer les honoraires d'interprète gestuel pour les personnes sourdes lorsqu'elles reçoivent des services médicaux était contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Or, une lecture attentive de cette décision démontre que l'objet de la loi, soit celui de fournir des services médicaux gratuits à l'ensemble de la population, constitue le pivot du raisonnement de la Cour. Celle-ci estime en effet que, puisqu'une personne sourde ne

76. *Law c. Canada*, par. 88(10), p. 552, par. 110; *Miron c. Trudel*, par. 140, cit. p. 41.

77. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

peut comprendre son médecin sans l'aide d'un interprète gestuel dont elle doit défrayer le coût, cette personne n'a pas accès à des services médicaux gratuits, contrairement à l'ensemble de la population. À notre avis, la Cour a jugé que le refus de considérer comme un service médical assuré, ou comme une partie de ce service, les frais nécessaires pour comprendre le professionnel de la santé qui le dispense ne présentait aucun rapport de pertinence avec l'objet législatif d'assurer des services de santé *universels* et *gratuits*. La distinction résultant de l'action étatique se trouvait inconciliable avec cet objet.

Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, précité, l'utilisation d'un critère de pertinence nous paraît encore plus évidente. La province de l'Alberta s'est dotée d'un code des droits de la personne protégeant la dignité humaine de tous les Albertains par l'interdiction de la discrimination, notamment dans l'emploi, le logement et les biens et services ordinairement offerts au public. Or, des amendements destinés à conférer la protection de ce code aux personnes homosexuelles, par l'insertion du motif de l'orientation sexuelle dans toutes les clauses antidiscrimination, ont été rejetés à deux reprises par l'Assemblée législative de l'Alberta. C'est donc délibérément que les législateurs de l'Alberta refusaient d'accorder une protection contre la discrimination aux personnes homosexuelles. La Cour suprême a jugé cette «omission» contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne*, particulièrement au regard de l'objectif fondamental d'une loi sur les droits de la personne qui est de protéger la dignité humaine de tous les groupes vulnérables dans la population. Il apparaît clairement, à notre avis, que l'exclusion d'un groupe notoirement victime de discrimination dans la société ne pouvait présenter aucun rapport de pertinence avec l'objet général de la loi, bien au contraire.

Enfin, pour ne citer qu'un autre exemple, la décision *Law c. Canada*, est fondée sur la *ratio decidendi* que la jeunesse est un avantage lorsque l'objet d'une loi est d'assurer la sécurité financière à long terme. Il nous semble que les motifs de ce jugement auraient aussi bien pu être formulés en termes de pertinence de la distinction fondée sur l'âge qu'en termes de correspondance de cette distinction avec l'objet remédiateur de la rente de conjoint survivant.

Pour conclure, nous trouvons intéressant de repenser une analyse fondée sur la pertinence, sous quelque vocable qui évoque le caractère juste par opposition au caractère arbitraire d'une différence de traitement. Le rapport de correspondance entre le motif d'une distinction et l'objet d'une loi – qu'il soit «égalitaire» ou simple-

ment remédiateur – constitue une indication sûre de la vraie nature d'une distinction. Fondée sur des stéréotypes et des préjugés, elle sera arbitraire et jugée discriminatoire. Si elle reflète les capacités, besoins et circonstances des divers groupes, elle correspond et présente un rapport authentique de pertinence avec cet objet, et n'est pas source de discrimination. Ce type d'analyse nous semble plus concret, juridiquement, que le recours au concept de dignité humaine, éminemment subjectif, personnel et insaisissable par nature et doit, selon nous, continuer d'y être étroitement associé.

IV. LA CAUSE *LOUISE GOSSELIN* c. *PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC*⁷⁸

La cause *Louise Gosselin c. Procureur général du Québec*⁷⁹ présente un intérêt particulier au stade actuel de l'état du droit relatif à l'article 15. Elle nous paraît illustrer une incertitude juridique résultant du recours au concept de dignité humaine, en terme de subjectivité pouvant affecter l'appréciation de la preuve contextuelle du régime attaqué. Cette politique applicable aux jeunes assistés sociaux a été élaborée et appliquée en toute bonne foi, dans un contexte socio-économique, démographique et juridique devenu maintenant historique.

Cela étant dit, la Cour d'appel s'est divisée quant à l'applicabilité à cette contestation de l'arrêt *Law*, précité. Selon cet arrêt, nous l'avons vu, la jeunesse est un avantage lorsqu'il s'agit d'assurer sa propre sécurité financière par la formation ou le travail. Or, les jeunes chômeurs prestataires de l'aide sociale se trouvaient dans une situation difficile de façon immédiate mais également à long terme. Le gouvernement a tenté d'améliorer cette situation. Les mesures prises imposaient des obligations aux jeunes assistés sociaux qui n'étaient pas imposées aux plus de 30 ans, aux personnes ayant des responsabilités familiales ou qui étaient inaptes au travail. Il semble que la Cour suprême puisse tout aussi bien appliquer l'arrêt *Law* à cette différence de traitement qu'établir des distinctions à cet égard.

78. L'auteur étant l'une des représentants du Procureur général devant la Cour suprême dans ce pourvoi, elle ne fera aucun commentaire reflétant une opinion personnelle.

79. Jugement autorisant le recours collectif, juge Paul Reeves, Cour supérieure, Montréal, 11 décembre 1986, n° 500-05-000012-860. Le jugement du juge Reeves sur le mérite de l'action est rapporté à [1992] R.J.Q. 1647. Le jugement de la Cour d'appel du Québec, les juges Mailhot, Baudouin et Robert (dissident), est rapporté à [1999] R.J.Q. 1033.

Dans l'un ou l'autre cas, la Cour s'appuiera sur la dignité humaine des personnes.

A. Le litige

Il s'agit d'un recours collectif intenté au nom des personnes qui ont été prestataires de l'aide sociale âgées de moins de 30 ans à tout moment entre le 23 juin 1987 et le 31 juillet 1989⁸⁰. Louise Gosselin, prestataire de l'aide sociale depuis sa majorité et à tout moment pertinent au litige, a été autorisée à agir à titre de représentante du groupe⁸¹.

Madame Gosselin attaque la validité de l'article 29a) du *Règlement sur l'aide sociale* en vertu duquel le montant d'aide sociale attribué aux personnes de moins de 30 ans, aptes au travail et sans enfants, ne représentait qu'une partie de la prestation allouée aux personnes de plus de 30 ans, aux parents et aux personnes inaptes au travail.

À partir de 1984, des modifications législatives ont instauré un nouveau régime d'aide sociale pour les personnes de moins de 30 ans. Ces modifications instaurent entre autres des Programmes de développement de l'employabilité (ci-après: les PDE) destinés en priorité, sinon en exclusivité, aux assistés sociaux de moins de 30 ans. La participation à ces programmes leur permettait de recevoir un montant d'aide supplémentaire jusqu'à concurrence de la parité avec la prestation d'aide sociale ordinaire. Les moins de 30 ans avaient en outre droit à une exemption de revenus, y compris de gains de travail, pour fins d'admissibilité à l'aide sociale et ce, pour un montant supérieur à l'exemption permise aux plus de 30 ans. L'aide sociale aux moins de 30 ans, jusqu'à un niveau comparable à l'aide sociale aux plus de 30 ans, dépendait donc d'une condition: la participation aux mesures de développement de l'employabilité ou la possibilité de suppléer à la prestation de base par des gains de travail exemptés jusqu'à concurrence de la parité d'aide financière.

80. La *Loi sur l'aide sociale* a été modifiée en 1984 pour instaurer un nouveau régime d'aide sociale applicable aux moins de 30 ans qui, jusqu'alors, n'avaient droit qu'à un montant d'aide sociale inférieur à celui des personnes de plus de 30 ans, des parents ou des personnes inaptes au travail. Or, l'article 15 de la *Charte canadienne* est entré en vigueur le 17 avril 1985. De plus, une clause dérogatoire soustrayait toutes les lois du Québec à l'application de la *Charte canadienne*, dans le cas de la *Loi sur l'aide sociale* jusqu'au 23 juin 1987. Cette loi a été remplacée par la *Loi sur la sécurité du revenu* qui est entrée en vigueur le 1^{er} août 1989.

81. *Supra*, note 79.

Madame Gosselin conteste la validité de l'article 29a) du Règlement au regard des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* et de l'article 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸².

Elle allègue principalement que l'allocation de base prévue à l'article 29a) («le petit barème») est source de discrimination fondée sur l'âge, que le montant d'aide alloué en vertu de cette disposition constitue une atteinte étatique à la sécurité des jeunes assistés sociaux (art. 7 de la *Charte canadienne*) et à leur droit à des mesures d'assistance financière prévues par la loi (art. 45 de la *Charte québécoise*).

Madame Gosselin réclame, pour elle et son groupe, à titre de réparation pour les atteintes à leurs droits, le versement rétroactif de la différence entre les montants d'aide sociale reçus entre 1987 et 1989 et ceux qui auraient été accordés si les moins de 30 ans avaient eu droit au barème régulier d'aide sociale. Cette réparation est demandée en fonction d'une «interprétation large» que le tribunal ferait de la disposition législative attaquée s'il la jugeait inconstitutionnelle et donnait raison à l'appelante qui estime avoir droit à la parité d'aide sociale sans condition⁸³.

Le Procureur général a plaidé que la disposition attaquée devait être examinée dans son contexte, c'est-à-dire en tenant compte de l'ensemble des dispositions applicables aux moins de 30 ans. En vertu de ce régime législatif, ces derniers avaient accès à la parité d'aide sociale, notamment par la participation aux PDE, à partir de 1984. L'article 29a), dans le contexte de l'ensemble des mesures applicables, constituait l'une des formes d'aide accordée aux jeunes sans

82. L.R.Q., c. C-12.

83. La position de l'appelante sur les réparations implique que les personnes qui ont reçu la parité en participant à des programmes de développement de l'employabilité auraient droit à des montants supérieurs à la prestation régulière puisque les montants reçus étaient versés en sus de l'allocation de base prévue à l'art. 29a) du règlement. Si cette disposition devait être annulée, dissociée de l'ensemble législatif dans lequel elle s'insère, ceci signifie que l'art. 23 du règlement qui établissait la prestation régulière d'aide sociale s'appliquerait à tous. Il s'agit là d'une «interprétation large» du régime législatif qui étend la prestation régulière à tous les assistés sociaux de moins de 30 ans à qui s'appliquait l'art. 29a). À l'audience, l'une des procureurs de madame Gosselin a plaidé que l'aide sociale devait assurer un revenu minimum garanti et que c'est le défaut d'assurer ce revenu aux moins de 30 ans qui fondait l'allégation de discrimination et d'atteinte à leur sécurité. Les sommes reçues pour participation à un PDE auraient dû être versées à titre de supplément à la prestation régulière, considérée comme «revenu minimum garanti». Les sommes réclamées à titre de réparation, soit d'aide sociale versée rétroactivement, se chiffrent à quelques centaines de millions de dollars.

enfant et en santé. Cette disposition ne serait donc pas source de discrimination puisqu'elle s'insérerait dans un ensemble de mesures adaptées aux caractéristiques et à la situation particulière de ce groupe et visait à y remédier.

Quant à la sécurité des jeunes assistés sociaux, les revendications d'aide financière destinée à assurer la sécurité économique ne font pas partie, selon la jurisprudence de l'ensemble des tribunaux canadiens, des droits visés par l'article 7 de la *Charte canadienne*.

Enfin, l'article 45 de la *Charte québécoise* reconnaît le droit, selon son texte, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales prévues par la loi et susceptibles d'assurer un niveau de vie décent. Ce libellé témoigne de l'intention des rédacteurs de la Charte de conserver la souveraineté parlementaire sur les régimes statutaires d'aide financière. En outre, l'article 45 n'a pas prépondérance sur les lois du Québec⁸⁴. Il ne revient donc pas aux tribunaux de déterminer, ainsi que le demande madame Gosselin, ce que constitue un niveau de vie décent.

La question des réparations, quoique cruciale, déborde par sa complexité le sujet du présent texte. Le jugement de la Cour suprême sur cette question promet toutefois de s'avérer capital pour le législateur et, éventuellement, pour la capacité de l'État d'établir et d'équilibrer ses budgets.

B. La preuve

Madame Gosselin a témoigné au procès devant le juge Paul Reeves⁸⁵. Le témoignage de madame Gosselin fait état de nombreuses difficultés personnelles et de problèmes importants d'adaptation au marché du travail. Issue d'une famille disfonctionnelle, mais entretenant une relation positive avec sa mère, madame Gosselin pouvait, jusqu'à un certain point, en cas de besoin, compter sur l'aide de celle-ci.

84. Art. 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

85. L'affaire a été entendue en mars 1990. Madame Gosselin avait atteint l'âge de 30 ans l'été précédent, c'est-à-dire simultanément au remplacement de la *Loi sur l'aide sociale* par la *Loi sur la sécurité du revenu*. Le régime de mesures de développement de l'employabilité était désormais étendu à tous les prestataires de l'aide sociale aptes au travail et les barèmes uniformisés sans égard à l'âge. Les jeunes, toutefois, n'étaient admissibles à l'aide sociale qu'en fonction de la contribution parentale qui devait être établie selon certaines conditions, c'est-à-dire en fonction des revenus de leurs parents lorsqu'ils étaient considérés à leur charge selon certains critères.

La preuve démontre que l'appelante elle-même a participé à divers PDE et reçu un montant d'aide sociale nettement supérieur au montant prévu à la disposition réglementaire qu'elle attaque, et ce pendant la plus grande partie de la période en litige.

Cette preuve démontre également les efforts consentis par le personnel des bureaux d'aide sociale pour trouver des mesures susceptibles à la fois d'aider madame Gosselin⁸⁶ à améliorer ses chances d'intégrer éventuellement le marché du travail et d'augmenter ses ressources financières dans l'immédiat⁸⁷.

Le témoignage de madame Gosselin ne démontrait pas, au contraire, qu'elle avait été «forcée» de survivre à même la seule allocation de base. Outre l'aide familiale sur laquelle, selon la preuve⁸⁸, elle pouvait compter, madame Gosselin avait eu des revenus de travail et reçu un montant d'aide sociale de beaucoup supérieur au montant prévu à l'article 29a) qui fait l'objet de sa contestation pendant la majeure partie de la période en litige. Ce témoignage illustre notamment les difficultés personnelles de madame Gosselin et l'isolation sociale résultant du chômage prolongé.

Cinq témoins ont ensuite été entendus au soutien de la position de madame Gosselin. La demande visait à démontrer qu'il est impossible de survivre avec un montant aussi bas que l'allocation de base par le témoignage d'un travailleur social, d'une psychologue, d'une diététiste, d'un médecin et d'un économiste.

Seuls deux de ces témoins avaient rencontré madame Gosselin une fois ou deux, respectivement. En outre, la plupart des témoins ignoraient l'existence des PDE et n'avaient pas rencontré d'autres jeunes assistés sociaux dans l'exercice de leur profession. Aucun des témoignages ne considère la possibilité d'améliorer ses ressources disponibles par la participation aux PDE. Aucun des témoins n'explique pourquoi certains assistés sociaux recouraient, selon leurs dires, à la délinquance ou à la prostitution plutôt qu'aux mesures

86. Madame Gosselin, outre sa difficulté d'adaptation sociale, n'avait pas terminé son secondaire IV.

87. La participation à un PDE a permis à madame Gosselin de louer un appartement et de se procurer les nécessités de la vie pendant environ les 18 mois précédant son trentième anniversaire.

88. La preuve établit qu'environ 60 %, et peut-être 70 %, des assistés sociaux de moins de 30 ans résidaient dans leur famille, et une grande partie des autres avec un conjoint.

offertes pour combler le déficit de leurs ressources. En somme, tous ces témoignages sont fondés sur la prémisse que les moins de 30 ans ne disposaient que du «petit barème» pour subsister⁸⁹. Le juge du procès a considéré cette preuve insuffisante pour appuyer les prétentions de madame Gosselin quant aux effets préjudiciables découlant de la disposition réglementaire attaquée, particulièrement en raison de sa faible valeur probante. En effet, selon le juge Reeves, les propos et anecdotes des experts ne sont appuyés par aucune autre preuve démontrant la véracité des faits qu'ils relatent.

Pour sa part, le Procureur général a fait appel à cinq témoins pour établir les faits et les circonstances entourant l'élaboration et l'application du régime législatif d'aide sociale aux moins de 30 ans entre 1984 et 1989.

Un économiste est venu témoigner sur l'augmentation catastrophique du taux de chômage chez les jeunes, sous-scolarisés et sans expérience de travail, dont un grand nombre étaient des décrocheurs scolaires. Ce sont ces jeunes qui étaient venus gonfler les effectifs des assistés sociaux de moins de 30 ans entre la fin des années 70 et le début des années 80. La situation de ces jeunes est donc devenue critique lorsque la conjoncture économique s'est détériorée à l'occasion de la crise du début des années 80. Ces jeunes, en raison de l'insuffisance de leur formation, risquaient de demeurer dépendants de l'État pendant de longues périodes et éventuellement de façon sporadique mais permanente.

Généralement, la preuve du Procureur général visait à démontrer ce qui suit:

- qu'il y avait eu une augmentation fulgurante des jeunes chômeurs et donc des jeunes assistés sociaux aptes au travail entre 1975 et 1983 environ;
- que leur formation était dans la plupart des cas insuffisante pour intégrer de façon significative le marché du travail;

89. Une interprétation de cette preuve a d'ailleurs évolué, tant au fil des jugements que des plaidoiries pour cibler l'attaque constitutionnelle sur les moins de 30 ans qui, dans les faits, n'ont reçu que le «petit barème», sans que des personnes dans cette situation soient jamais venues témoigner ou sans que leur non-participation aux PDE soit expliquée.

- qu'ils demeuraient prestataires de l'aide sociale pour des périodes sensiblement plus longues qu'auparavant ou plus longues que n'y demeuraient les jeunes chômeurs plus instruits;
- que la parité d'aide sociale sans condition durant les années formatives de la vie comportait un risque appréciable, par son effet d'attraction, de décourager les jeunes de tenter de «s'en sortir»;
- que l'action étatique visait, notamment par les PDE, à améliorer leurs chances d'accéder de façon significative et permanente au marché du travail;
- que beaucoup de réflexion et d'argent ont été consacrés à l'effort de «relèvement» de ces jeunes, qui constituait une priorité des gouvernements qui se sont succédés à l'époque;
- que les travaux ayant mené à une réforme en profondeur du régime d'aide sociale en 1989 impliquaient une réflexion importante sur la situation et les besoins des jeunes comme de tous les assistés sociaux aptes au travail.

La preuve du Procureur général vient étayer la position que les moins de 30 ans avaient accès, selon un régime adapté à leur situation et à leurs besoins, à la «parité» d'aide sociale avec les plus de 30 ans. Ces mesures d'aide sociale et financière étaient à la fois susceptibles de leur assurer un niveau de vie décent mais également, dans la mesure du possible et selon l'initiative individuelle, de les inciter à faire le nécessaire pour améliorer leurs chances d'intégrer le marché du travail de façon permanente et d'assurer ainsi, éventuellement, leur propre sécurité financière.

Le Procureur général a eu besoin et a reçu une aide considérable du ministère de la Sécurité du revenu, maintenant le ministère de la Solidarité sociale. Tous les documents pertinents aux actions gouvernementales, c'est-à-dire les études, rapports, compilations statistiques, sondages, avis d'organismes consultatifs et tableaux des mesures d'aide à la formation et à l'emploi ont été déposés en preuve.

Les personnes responsables de ces études et rapports, des décideurs, et gestionnaires du régime ainsi qu'un économiste détenant une expertise spécifique sur la situation des jeunes, sont venus témoigner tant de la préoccupation et des actions gouvernementales à

l'égard de la situation des jeunes que des efforts consentis, en termes humains et budgétaires pour trouver des solutions et élaborer une forme «d'aide active» orientée vers des résultats.

Le Procureur général a eu gain de cause en Cour supérieure et en Cour d'appel, le juge Robert étant toutefois dissident. Seul le juge Louise Mailhot, s'appuyant sur l'arrêt *Law c. Canada*, a jugé que le régime dans son ensemble n'était pas discriminatoire. Le juge Boudouin considère, à l'instar du juge Robert, que le régime était discriminatoire au regard de l'article 15 mais néanmoins justifié au regard de l'article premier. Le juge Robert, avec l'accord de ses collègues, estime que l'article 7 de la *Charte canadienne* n'est pas en cause. Il considère cependant la disposition réglementaire contraire à l'article 15 et non justifiée au regard de l'article premier, principalement parce qu'il estime que le gouvernement contraignait les jeunes assistés sociaux à subsister à même le seul montant alloué par l'article 29a). Il fonde essentiellement cette conclusion sur l'opinion que les PDE n'étaient pas accessibles à cause de conditions de participation restrictives et du nombre limité de places. À partir du constat d'inaccessibilité à l'aide supplémentaire afférente aux mesures de développement de l'employabilité⁹⁰, le juge Robert conclut que les moins de 30 ans étaient forcés par l'État de se contenter du «petit barème». Il estime qu'il y a également, de ce fait, atteinte à l'article 45 de la *Charte québécoise*. Ses collègues ne concourent pas à cette opinion, principalement au regard de leur évaluation de la preuve et du libellé de l'article 45 de la *Charte québécoise*.

Le juge Robert, quoique dissident, décrit la preuve pour la Cour d'appel. Il ne se réfère que très peu à l'appréciation par le juge du procès des témoignages et de la preuve. Sans s'en expliquer, il évalue cette preuve tout à fait différemment du premier juge et, contrairement à ce dernier, accorde à la preuve de l'appelante une forte valeur probante.

Il est intéressant de noter que les parties ont, à l'audience devant la Cour suprême, l'une et l'autre plaidé abondamment à partir de la preuve au dossier. La plaidoirie consacrée au droit a été essentiellement rattachée à la preuve contextuelle faite à l'encontre et au soutien de la validité de la Loi.

90. L'appelante allègue que seulement 20 % des personnes visées ont participé aux PDE. Cette donnée a été plus ou moins tenue pour exacte quoiqu'elle paraisse contestable n'étant pas clairement établie par la preuve. Quoiqu'il en soit, une partie seulement des membres du groupe visé se sont prévalus des PDE.

Il ne convient pas, au moment d'écrire ce texte, de commenter davantage. Mieux vaut laisser les questions litigieuses à la Cour suprême et, d'ici là, à la réflexion des lecteurs.

En conclusion cependant, nous estimons que l'affaire *Gosselin* démontre éloquemment jusqu'à quel point la preuve du contexte de l'adoption et de l'application d'une loi détermine le sort de cette loi lorsqu'elle est contestée au regard de l'article 15 de la Charte.

À cet égard, madame Gosselin et ses procureurs ont choisi un «angle contextuel» tendant à démontrer les effets du seul article 29a) sur les jeunes assistés sociaux, effets on ne peut plus préjudiciables selon leurs experts.

Le Procureur général a cherché à présenter une preuve aussi complète que possible des objets et des effets de la disposition située dans le contexte de l'ensemble du régime législatif attaqué.

En définitive, c'est l'appréciation de cette preuve au regard de la conception judiciaire de la dignité humaine des jeunes assistés sociaux qui permettra à la Cour suprême de juger de la validité constitutionnelle de la disposition réglementaire attaquée. Ainsi donc, on ne saurait exagérer l'importance de la preuve du contexte législatif dans une contestation fondée sur l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Incidentement, nous espérons également avoir démontré que le fardeau de preuve du Procureur général n'est pas allégé depuis la décision *Law*, aux dépens du fardeau de preuve des demandeurs. Bien que sa preuve ait été élaborée et présentée avant cette décision, le Procureur général s'est employé à établir l'ensemble du contexte législatif de la contestation. Son travail ne serait pas allégé aujourd'hui. La preuve contextuelle peut être utilisée dans l'argumentation au regard de l'article 15 et éventuellement au regard de l'article premier de la Charte. Pour les juristes qui défendent la loi, rien de très nouveau sous le soleil.

