



## Études de la Colline

Regards approfondis sur des questions canadiennes

# L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS : L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DU DROIT À L'ÉGALITÉ GARANTI PAR LA CHARTE

Publication n° 2013-83-F

Le 1<sup>er</sup> septembre 2021

Révisée par Robert Mason

Services d'information, d'éducation et de recherche parlementaires

## ATTRIBUTION

Le 1<sup>er</sup> septembre 2021 Robert Mason Division des affaires juridiques et sociales

Le 11 septembre 2013 Martha Butler Division des affaires juridiques et sociales

## À PROPOS DE CETTE PUBLICATION

Les Études de la Colline de la Bibliothèque du Parlement sont des analyses approfondies de questions stratégiques. Elles offrent un contexte historique, des renseignements à jour et des références, et traitent souvent des questions avant même qu'elles ne deviennent d'actualité. Les Études de la Colline sont préparées par les Services d'information, d'éducation et de recherche parlementaires, qui effectuent des recherches pour les parlementaires, les comités du Sénat et de la Chambre des communes et les associations parlementaires, et leur fournissent de l'information et des analyses, de façon objective et impartiale.

La présente publication a été préparée dans le cadre du programme des publications de recherche de la Bibliothèque du Parlement, qui comprend notamment une série de publications lancées en mars 2020 sur la pandémie de COVID-19.

© Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Canada, 2022

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

Publication n° 2013-83-F

This publication is also available in English.

# TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	
1	INTRODUCTION.....1
2	BREF HISTORIQUE DES ARRÊTS FONDÉS SUR L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE.....2
2.1	L'arrêt <i>Andrews c. Law Society of British Columbia</i> : le rejet de l'égalité formelle .....2
2.1.1	La définition de l'égalité.....2
2.1.2	La définition de la discrimination .....3
2.1.3	L'article premier de la <i>Charte</i> .....4
2.1.4	Les questions non résolues .....4
2.2	L'arrêt <i>Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> : l'officialisation du critère de l'article 15 de la <i>Charte</i> .....4
2.2.1	L'imposition d'un désavantage par rapport à d'autres groupes comparables .....6
2.2.1.1	Désavantage imposé .....6
2.2.1.2	Groupes comparables.....6
2.2.2	Les motifs énumérés ou analogues .....6
2.2.3	L'atteinte à la dignité humaine .....7
2.2.4	Les critiques formulées à l'égard du critère de l'arrêt <i>Law</i> .....7
3	L'ARRÊT <i>R. C. KAPP</i> : LE DÉBUT DE LA FIN DU CRITÈRE DE L'ARRÊT <i>LAW</i> .....8
3.1	La réaffirmation du principe de l'égalité réelle .....8
3.2	Repenser le critère de la dignité humaine .....8
3.3	Un nouveau rôle pour le paragraphe 15(2) de la <i>Charte</i> .....9
3.4	Après l'arrêt <i>R. c. Kapp</i> .....9
4	L'ARRÊT <i>WITHLER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)</i> : LA CONFIRMATION DU CRITÈRE .....10
4.1	La fin des groupes de comparaison? .....11
4.2	Les précisions sur le critère du paragraphe 15(1) de la <i>Charte</i> .....12
5	L'ARRÊT <i>ALBERTA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) C. CUNNINGHAM</i> : L'APPLICATION DU CRITÈRE DU PARAGRAPHE 15(2) DE LA CHARTE .....13



6	L'ARRÊT QUÉBEC ( <i>PROCUREUR GÉNÉRAL</i> ) C. A : LA MODIFICATION DU CRITÈRE DE L'ARRÊT <i>KAPP</i> (PRÉJUGÉ OU STÉRÉOTYPE) .....	14
6.1	L'opinion du juge Lebel sur le paragraphe 15(1) de la <i>Charte</i> .....	14
6.2	L'opinion de la juge Abella sur le paragraphe 15(1) de la <i>Charte</i> .....	15
7	L'ARRÊT <i>KAHKEWISTAHAW FIRST NATION C. TAYPOTAT</i> : LA CONFIRMATION DE L'ARRÊT QUÉBEC C. A .....	17
8	L'ARRÊT <i>FRASER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)</i> : LES PRÉCISIONS SUR LA DISCRIMINATION PAR SUITE D'UN EFFET PRÉJUDICIABLE .....	18
9	CONCLUSION .....	20



## RÉSUMÉ

L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) énonce le droit à l'égalité devant la loi, garantissant à tous la même protection et le même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. La Cour suprême du Canada (la Cour) a toujours interprété ce droit comme la protection de l'égalité réelle, ce qui signifie que les lois – ainsi que les activités et les politiques du gouvernement – ne peuvent pas se contenter de traiter les gens de la même façon. Il faut plutôt tenir compte des répercussions d'une loi sur différents groupes.

Une loi sera jugée inconstitutionnelle aux termes de l'article 15 de la *Charte* si elle désavantage encore plus des groupes ayant certaines caractéristiques. Ces caractéristiques sont notamment la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Ces motifs sont surnommés « motifs énumérés », car ils sont explicitement énumérés à l'article 15 de la *Charte*. En outre, des « motifs analogues » de discrimination, comme la citoyenneté et l'orientation sexuelle, ont aussi été admis par les tribunaux.

Depuis 1985, année de l'entrée en vigueur complète de l'article 15 de la *Charte*, les tribunaux tentent de trouver une façon d'évaluer les demandes fondées sur l'article 15 de manière uniforme et juste pour protéger l'égalité réelle. Les directives de la Cour sur l'application de l'article 15 de la *Charte* ont évolué au fil du temps.

Dans un arrêt de 1999, *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour fixe les directives pour appliquer l'article 15 de la *Charte*. Ces directives ont été souvent employées dans le cadre d'un critère à trois volets, qui comportait la création d'un « groupe de comparaison » formé de personnes ayant des circonstances semblables et démontrant que le désavantage provoqué par la loi portait atteinte à la dignité humaine.

Dans un arrêt de 2008, *R. c. Kapp (Kapp)*, la Cour a reconnu que des aspects de ce critère étaient devenus un obstacle pour les groupes désavantagés. Elle a abandonné les concepts de groupes de comparaison et d'atteinte à la dignité humaine. Elle a plutôt suggéré qu'une analyse relative à l'article 15 de la *Charte* devrait répondre à deux questions :

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

Cette démarche est devenue le principal critère pour évaluer les demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte*, avec quelques modifications depuis l'arrêt *Kapp*. Dans les arrêts *Québec (Procureur général) c. A* (2013) et *Kahkewistahaw First Nation c. Taypotat* (2015), la Cour a précisé que la preuve de préjugé ou de stéréotype n'est pas requise pour le deuxième volet du critère. L'analyse doit plutôt faire preuve de souplesse et porter sur le contexte complet de la situation, en examinant plus particulièrement si les distinctions créées par la loi renforcent, perpétuent ou accentuent un désavantage.

Dans l'arrêt *Fraser c. Canada (Procureur général)* (2020), la Cour a précisé que l'article 15 de la *Charte* protège des traitements différentiels défavorables, peu importe s'il est explicitement précisé dans la loi ou s'il est simplement le résultat d'effets négatifs découlant de la loi.

En raison des décisions de la Cour depuis l'arrêt *Kapp*, la version actuelle du critère relatif à l'article 15 de la *Charte* pourrait se lire comme suit :

1. À première vue ou dans ses répercussions, la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?
2. La loi impose-t-elle un fardeau ou nie-t-elle un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage?

La présente Étude de la Colline décrit l'évolution historique de ce critère et les questions afférentes dans la jurisprudence de la Cour portant sur l'article 15 de la *Charte*.

# L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS : L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DU DROIT À L'ÉGALITÉ GARANTI PAR LA CHARTE

---

## 1 INTRODUCTION

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

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

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

Plusieurs groupes cherchant à promouvoir leurs droits au sein de la société canadienne se sont appuyés sur les dispositions relatives à l'égalité prévues au paragraphe 15(1) de la *Charte*<sup>2</sup>. La formulation de la Cour suprême du Canada (la Cour) du critère de l'article 15 de la *Charte* – le cadre analytique dont se servent les tribunaux pour évaluer les demandes fondées sur l'article 15 – a été modifiée à maintes reprises. La présente Étude de la Colline portera sur le critère actuel de l'article 15 de la *Charte*, énoncé par la Cour en 2008 dans son arrêt sur une question de droits de pêche, l'affaire *R. c. Kapp* et qui a été précisé davantage dans des affaires subséquentes<sup>3</sup>. En 2020, dans l'arrêt *Fraser c. Canada (Procureur général) (Fraser)*<sup>4</sup>, la Cour a énoncé la version la plus récente de ce critère, comme suit :

la première étape de l'analyse relative à l'art. 15 vise à établir que la loi impose un traitement différent sur la base de motifs protégés, soit explicitement soit par un effet préjudiciable. À la deuxième étape, la Cour doit se demander si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage<sup>5</sup>.

Pour comprendre la formulation actuelle du critère, il convient d'examiner la pensée antérieure de la Cour, surtout en ce qui concerne les premiers arrêts fondamentaux fondés sur l'article 15 de la *Charte*, à savoir les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia* (arrêt *Andrews*)<sup>6</sup> et *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (arrêt *Law*)<sup>7</sup>.

La présente Étude de la Colline porte sur les principes que la Cour a établis dans ces premiers arrêts et décrit l'évolution de l'actuel critère de l'article 15 de la *Charte* dans les décisions subséquentes de la Cour relativement à des arrêts fondés sur l'article 15 de la *Charte*.

## 2 BREF HISTORIQUE DES ARRÊTS FONDÉS SUR L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE

La *Charte* a été adoptée en 1982, mais son article 15 n'est entré en vigueur qu'en 1985. Le décalage visait à permettre au Parlement et aux gouvernements provinciaux et territoriaux de rendre leur législation conforme aux dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité<sup>8</sup>. La Cour a rendu sa première décision fondée sur l'article 15 de la *Charte* en 1989 dans l'arrêt *Andrews*. Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Law*, elle établissait un critère d'évaluation à plusieurs volets visant à officialiser le cadre analytique s'appliquant aux arrêts fondés sur l'article 15 de la *Charte*. Le critère de l'arrêt *Law* a été critiqué par des juristes au cours de la décennie où il a été appliqué. Dans l'arrêt *Kapp* rendu en 2008, la Cour a réexaminé ce critère et changé sa conception, laissant de côté la structure rigide du critère de l'arrêt *Law*.

### 2.1 L'ARRÊT *ANDREWS C. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA* : LE REJET DE L'ÉGALITÉ FORMELLE

#### 2.1.1 La définition de l'égalité

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

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

Il peut sembler, à première vue, que l'analyse de l'égalité formelle soit une conception juste, mais elle peut produire une inégalité. Dans son interprétation du paragraphe 15(1) de la *Charte*, dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre donne l'exemple de l'arrêt *Bliss c. Le Procureur Général du Canada* (arrêt *Bliss*) rendu en 1979 par la Cour pour illustrer la manière dont cela peut se produire<sup>9</sup>. Dans l'arrêt *Bliss*, fondé sur la



*Déclaration canadienne des droits*, la demanderesse affirme avoir été victime de discrimination fondée sur le sexe parce que sa grossesse lui a fait perdre le droit aux prestations de chômage. La Cour a rejeté sa demande, concluant qu'il n'y avait pas de motif de discrimination parce que toutes les femmes enceintes étaient traitées de la même manière sous le régime de la loi contestée.

Le juge McIntyre a rejeté sans équivoque l'égalité formelle comme étant une démarche présentant un « grave défaut » puisqu'elle assurait uniquement que des groupes « aux circonstances semblables » étaient traités de manière identique. Il a expliqué que ce principe aurait pu servir à justifier les lois de Nuremberg présentées par Adolf Hitler ou la décision *Plessy v. Ferguson* sur la ségrégation raciale, rendue en 1896 par la Cour suprême des États-Unis, qui avait maintenu la constitutionnalité de la ségrégation raciale<sup>10</sup>.

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

[L]'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important<sup>11</sup>.

Le juge McIntyre n'a pas employé le terme dans l'arrêt *Andrews*, pas plus que la Cour ne l'a fait avant 1997<sup>12</sup>, mais ce principe d'égalité – selon lequel un traitement différent peut s'avérer nécessaire pour éviter de perpétuer des désavantages systémiques – est maintenant appelé « égalité réelle ». Le principe de l'égalité réelle est depuis devenu un élément essentiel de l'interprétation de l'article 15 de la *Charte* par la Cour.

#### 2.1.2 La définition de la discrimination

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

une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société<sup>13</sup>.

Le juge McIntyre s'est intéressé aux effets de la discrimination. Il a rejeté expressément une analyse exigeant une intention discriminatoire, insistant plutôt sur « l'effet de la disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée<sup>14</sup> ».

### 2.1.3 L'article premier de la *Charte*

L'arrêt *Andrews* a aussi joué un rôle de premier plan dans la façon dont l'article premier de la *Charte* est appliqué aux demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte*.

L'article premier dispose que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Dans les litiges fondés sur la *Charte*, les demandeurs doivent établir que la loi ou la mesure du gouvernement qu'ils contestent constitue une violation d'un article particulier de la *Charte*. Le gouvernement doit alors démontrer que la violation est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre prévoit que les tribunaux auront de la difficulté à déterminer s'il y a violation de l'article 15 de la *Charte* sans vérifier si la discrimination alléguée est justifiée. Il souligne qu'il est essentiel que les tribunaux tiennent des raisonnements distincts en ce qui concerne l'article 15 et l'article premier de la *Charte*.

Il est [...] important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte*, et à l'État de justifier cette violation<sup>15</sup>.

### 2.1.4 Les questions non résolues

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

## 2.2 L'ARRÊT *LAW C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)* : L'OFFICIALISATION DU CRITÈRE DE L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE

Entre les arrêts *Andrews* et *Law*, la Cour a éprouvé des difficultés quant à sa conception de l'article 15 de la *Charte*, comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans l'introduction de l'arrêt *Law*. S'exprimant au nom de tous les membres de la Cour, il décrit l'article 15 de la *Charte* comme étant « peut-être [...] la disposition de la *Charte* la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel<sup>16</sup> » et souligne les divergences d'opinions au sein de la Cour quant à l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions relatives à l'égalité de la *Charte*.

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

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

Conformément à la mise en garde du juge McIntyre dans *Andrews* [...] je crois qu'il est logique de poser les principes fondamentaux qui sous-tendent le par. 15(1) en tant que lignes directrices à des fins d'analyse plutôt qu'en tant que critères stricts susceptibles d'être appliqués de façon automatique. L'analyse relative à l'égalité au sens de la *Charte* doit être faite en fonction de l'objet visé et du contexte. Les lignes directrices que j'expose plus loin sont précisément des points de référence conçus pour aider le tribunal à relever les facteurs contextuels pertinents dans le cadre d'une allégation de discrimination donnée et à évaluer l'effet de ces facteurs à la lumière de l'objet du par. 15(1)<sup>17</sup>.

Malgré l'intention du juge Iacobucci d'élaborer des lignes directrices souples, l'arrêt *Law* a eu pour effet de créer un critère à trois volets pour l'évaluation des demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte*, qui peut se résumer ainsi :

- La loi contestée impose (directement ou indirectement) au demandeur un désavantage (en l'occurrence un fardeau ou un avantage refusé) comparativement à d'autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable.
- Le désavantage est fondé sur un motif énuméré à l'article 15 de la *Charte* ou un motif analogue.
- Le désavantage constitue également une atteinte à la dignité humaine du demandeur<sup>18</sup>.

Le demandeur était tenu de prouver les trois volets du critère selon la prépondérance des probabilités<sup>19</sup>. En outre, chaque volet du critère contient des sous-éléments, que le demandeur était aussi tenu de prouver. Ils seront analysés dans les sections suivantes.

2.2.1 L'imposition d'un désavantage par rapport à d'autres groupes comparables

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

2.2.1.1 Désavantage imposé

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

- L'arrêt *Law* porte sur une allégation de discrimination directe contre une conjointe survivante qui n'a pas pu recevoir des prestations de survivant en raison de son âge.
- L'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (British Columbia Government and Service Employees' Union)*, appelé aussi l'arrêt *Meiorin*<sup>20</sup>, porte sur une allégation de discrimination indirecte. En l'espèce, une pompière alléguait que la loi provinciale qui précisait les normes aérobiques était discriminatoire. La loi n'établissait pas directement de distinction en excluant expressément les pompières, mais le faisait indirectement en excluant la grande majorité des femmes en raison de critères physiques que la Cour a estimés supérieurs à la norme nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail.

2.2.1.2 Groupes comparables

Selon le critère de l'arrêt *Law*, les demandeurs étaient tenus de démontrer qu'on avait fait une distinction entre eux et des personnes qui se trouvaient dans des situations sensiblement semblables. Ce groupe de personnes s'appelle le « groupe de comparaison ». En ce qui concerne les faits de l'arrêt *Law*, la demanderesse pouvait comparer le traitement qui lui était fait, c'est-à-dire le refus des prestations de survivant, à celui de survivants âgés de 35 ans et plus.

2.2.2 Les motifs énumérés ou analogues

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* protège de la discrimination et, « notamment », de la discrimination fondée sur les sept motifs énumérés : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Cependant, cette liste n'est pas exhaustive. La Cour a reconnu le premier motif analogue, la citoyenneté, dans l'arrêt *Andrews*.

Le motif analogue est une caractéristique personnelle qui, à l'instar des motifs énumérés, est « immuable, difficile à changer ou modifiable uniquement à un prix personnel inacceptable<sup>21</sup> ». Une fois qu'un motif analogue est établi dans la jurisprudence, il est assimilé aux motifs énumérés et peut constituer le fondement de demandes ultérieures fondées sur le droit à l'égalité.

Le demandeur est tenu d'établir que la distinction faite entre lui et d'autres personnes est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Subsidiairement, il peut plaider en faveur de l'établissement d'un nouveau motif analogue. Jusqu'à maintenant, la citoyenneté, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial et l'« autochtonité-lieu de résidence » ont été reconnus comme des motifs analogues<sup>22</sup>. Ce dernier motif signifie que la *Charte* interdit la discrimination contre des membres des Premières Nations fondée sur le fait qu'ils vivent hors réserve.

### 2.2.3 L'atteinte à la dignité humaine

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

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

### 2.2.4 Les critiques formulées à l'égard du critère de l'arrêt *Law*

Certains observateurs se sont réjouis de la tentative de la Cour suprême d'offrir, dans l'arrêt *Law*, une structure pour l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la *Charte*<sup>23</sup>, mais cet arrêt, et la jurisprudence sur ce paragraphe qui en a découlé, ont été fortement critiqués. La plupart des critiques portaient principalement sur le critère de la dignité humaine, les groupes de comparaison et, de façon plus générale, le rôle de l'égalité réelle. Il en sera question dans les sections suivantes.

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

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

Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour fait part pour la première fois d'une certaine insatisfaction à l'égard du critère de l'arrêt *Law*. L'arrêt *Kapp* est important pour trois raisons. Premièrement, la Cour réaffirme qu'elle s'engage à utiliser l'analyse portant sur l'égalité réelle dans son évaluation des demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte*. Deuxièmement, elle ne soutient pas le volet de la dignité humaine énoncé dans le critère de l'arrêt *Law*. Troisièmement, elle accorde un rôle beaucoup plus important au paragraphe 15(2) de la *Charte*, qui protège les programmes améliorateurs contre les allégations de discrimination<sup>24</sup>.

#### 3.1 LA RÉAFFIRMATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ RÉELLE

La juge en chef McLachlin et la juge Abella ont rédigé les motifs de la décision des juges majoritaires dans l'affaire *Kapp*<sup>25</sup>. Elles examinent d'abord les principes énoncés dans l'arrêt *Andrews*, citant le juge McIntyre, qui souscrit au principe de l'égalité réelle, plutôt qu'à celui de l'égalité formelle. De nombreux juristes avaient fait valoir que l'analyse fondée sur le critère de l'arrêt *Law* s'était traduite par un retour à l'égalité formelle. La Cour suprême a pris bonne note des critiques, mais elle a déclaré que les facteurs cités dans l'arrêt *Law* n'étaient pas des critères rigides et ne devaient pas être interprétés « comme s'il s'agissait de dispositions législatives<sup>26</sup> ». La Cour a insisté sur le fait que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* devaient être perçus comme un moyen de combattre la discrimination fondée sur l'égalité réelle<sup>27</sup>.

#### 3.2 REPENSER LE CRITÈRE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

L'autre grande critique à laquelle la juge en chef McLachlin et la juge Abella répondent au nom de la Cour suprême est l'effet du critère de la dignité humaine. Elles saluent l'arrêt *Law*, qui « a réussi à unifier ce qui, depuis l'arrêt *Andrews*, était devenu une division dans l'approche de [la] Cour relative à l'art. 15 », mais constatent que la notion de dignité humaine n'avait pas été « l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer<sup>28</sup> ».

La juge en chef McLachlin et la juge Abella insistent sur le fait que « la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 », mais elles concluent que « plusieurs difficultés ont découlé de la tentative, dans l'arrêt *Law*, de faire de la dignité humaine *un critère juridique*<sup>29</sup> » [ITALIQUE DANS LE TEXTE], y compris qu'elle s'était avérée un fardeau additionnel pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité<sup>30</sup>.

### 3.3 UN NOUVEAU RÔLE POUR LE PARAGRAPHE 15(2) DE LA CHARTE

Il n'a pas encore été réellement question du paragraphe 15(2) de la *Charte* dans la jurisprudence relative à l'article 15 de la *Charte*. En 2000, lorsqu'elle a eu la possibilité d'examiner la substance du paragraphe 15(2) de la *Charte*, la Cour a conclu qu'il s'agissait d'un « outil d'interprétation » qui fournissait une explication plus détaillée du paragraphe 15(1)<sup>31</sup>.

La Cour a adopté une vision élargie du paragraphe 15(2) de la *Charte* dans l'arrêt *Kapp*. Elle conclut qu'il vise à permettre aux gouvernements de combattre proactivement la discrimination et d'aider les groupes défavorisés<sup>32</sup>. À son avis, le paragraphe 15(2) de la *Charte* « précise simplement et clairement que le par. 15(1) ne peut pas recevoir une interprétation qui permet de déclarer discriminatoire et contraire à l'art. 15 un programme améliorateur destiné à supprimer un désavantage<sup>33</sup> ». Essentiellement, le paragraphe 15(2) de la *Charte* protège les programmes améliorateurs contre des accusations de ce qu'on appelle souvent la « discrimination à rebours<sup>34</sup> ».

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

[U]n programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15, si le gouvernement peut démontrer (1) que le programme a un objet améliorateur ou réparateur et (2) que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue<sup>35</sup>.

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

### 3.4 APRÈS L'ARRÊT R. C. KAPP

Compte tenu des critiques formulées à l'égard du critère de l'arrêt *Law* (voir la section 2.2.4 de la présente Étude de la Colline), la Cour suprême confirme dans l'arrêt *Kapp* qu'elle s'engage à utiliser l'analyse portant sur l'égalité réelle dans son évaluation des demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte*. Elle répond aussi aux critiques qui lui ont été adressées au sujet du volet de la dignité humaine du critère de l'arrêt *Law* et établit que ce critère constitue un obstacle pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité.

Il semblait que l'arrêt *Kapp* rejetait certains aspects du critère de l'arrêt *Law*, mais il n'était pas évident, à première vue, qu'il créait un critère différent pour le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Puisque la décision a été fondée sur le paragraphe 15(2), elle ne présente pas d'application du critère du paragraphe 15(1) de la *Charte*. Il restait donc quelques incertitudes après l'arrêt *Kapp*, et les tribunaux d'instance inférieure, y compris les cours d'appel, ont continué à examiner les facteurs relatifs à la dignité humaine dans le cadre de leur analyse de demandes fondées sur le paragraphe 15(1) de la *Charte*<sup>36</sup>. Par ailleurs, bien que la Cour semble quelque peu critique à l'égard du critère de l'arrêt *Law* dans l'arrêt *Kapp*, elle ne rejette pas expressément le critère, mais affirme plutôt que l'arrêt *Law* « ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais [qu']il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews*<sup>37</sup> ».

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

(1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes<sup>38</sup>?

Ce modèle est ressorti dans des arrêts subséquents de la Cour suprême comme étant le critère juridique pour évaluer les demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte*.

#### 4 L'ARRÊT *WITHLER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)* : LA CONFIRMATION DU CRITÈRE

Les faits de l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*<sup>39</sup> (arrêt *Withler*) ressemblent à ceux de l'arrêt *Law* en ce sens qu'il s'agit d'une allégation de discrimination fondée sur l'âge relative au montant des prestations de décès auquel le conjoint survivant a droit, mais sous le régime de la *Loi sur la pension de la fonction publique* dans ce cas-ci. La juge en chef McLachlin et la juge Abella ont rédigé les motifs de l'arrêt unanime. Une fois encore, la Cour rejette expressément le principe de l'égalité formelle et appuie celui de l'égalité réelle :

L'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles



caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu'un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l'application d'un stéréotype négatif ou, au contraire, qu'il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs<sup>40</sup>.

#### 4.1 LA FIN DES GROUPES DE COMPARAISON?

Dans l'arrêt *Withler*, une grande partie de l'analyse de la Cour suprême sur l'égalité réelle porte sur les groupes de comparaison. L'arrêt *Law* a été essentiellement critiqué en raison du fait que l'obligation de choisir un groupe de comparaison faisait obstacle aux demandes fondées sur le droit à l'égalité et constituait même un moyen de rejeter ces demandes. Selon certains observateurs, les tribunaux (dont la Cour suprême du Canada) ont rejeté des demandes fondées sur le droit à l'égalité parce que les demandeurs n'avaient pas choisi le bon groupe de comparaison et, par conséquent, n'avaient pas produit de preuves suffisantes à l'appui de leur demande par rapport à ce que le tribunal considérerait comme un groupe de comparaison approprié<sup>41</sup>.

Comme il a été précisé, le premier volet du critère de l'arrêt *Law* exige du demandeur qu'il fasse la preuve qu'un fardeau lui est imposé ou qu'un avantage lui est refusé par rapport à un groupe de comparaison. Des juristes avaient commencé à douter de l'utilité des groupes de comparaison dans l'analyse relative à l'égalité réelle et, dans l'arrêt *Withler*, la Cour semblait répondre à ces doutes. Elle cite un arrêt du juge Binnie qui précise que « le fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l'issue de l'ensemble de l'analyse fondée sur le par. 15(1) » et que le choix de ce groupe a été le « talon d'Achille » de nombreuses demandes fondées sur le droit à l'égalité<sup>42</sup>.

Il est parfois relativement facile de trouver un groupe de comparaison, comme dans l'affaire *Law*, où la demanderesse pouvait comparer sa situation à celle de conjoints survivants âgés de plus de 35 ans. Lorsqu'il est plus difficile de trouver un groupe de comparaison, cependant, les demandeurs peuvent être obligés à consacrer beaucoup de temps et d'argent à préparer des données liées aux sciences sociales qui pourraient s'avérer non pertinentes si le tribunal conclut que le groupe de comparaison proposé n'est pas approprié<sup>43</sup>.

Il pourrait même arriver que la Cour suprême rejette le groupe de comparaison proposé, après un procès en première instance et un appel. Par exemple, l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>44</sup> (arrêt *Auton*) portait sur une demande présentée au nom d'enfants autistes qui se voyaient refuser l'accès

au financement d'une thérapie comportementale intensive pour traiter l'autisme. Dans l'arrêt *Auton*, les demandeurs ont proposé comme groupes de comparaison les « enfants non handicapés et leurs parents » ou les « adultes atteints de maladie mentale ». La Cour leur a substitué son propre groupe de comparaison, qui était beaucoup plus complexe et pour lequel il aurait été très difficile de produire une preuve :

la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale (en l'occurrence l'autisme) sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu<sup>45</sup>.

Comme l'a constaté la Cour dans l'arrêt *Withler*, le choix d'un « mauvais » groupe de comparaison a fait en sorte que les demandeurs n'ont pas été en mesure d'établir l'existence d'une distinction, comme l'exige le premier volet du critère de l'arrêt *Law*. Par ailleurs, la comparaison avec un groupe semble exiger que les demandeurs se comparent à des personnes se trouvant dans une situation semblable. Cela est au cœur de l'analyse relative à l'égalité formelle à laquelle la Cour prétendait ne plus recourir. Dans l'arrêt *Withler*, elle reconnaît que ce volet du critère de l'arrêt *Law* peut inciter les tribunaux à effectuer une analyse relative à l'égalité formelle :

[U]ne analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l'inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l'analyse de l'égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu'une telle démarche ne permette pas – voire empêche – la reconnaissance de la discrimination à laquelle l'art. 15 est censé remédier<sup>46</sup>.

La Cour reconnaît que les groupes de comparaison ne simplifient pas nécessairement l'analyse de l'égalité réelle, mais elle conclut que la « comparaison joue un rôle du début à la fin de l'analyse [du paragraphe 15(1)]<sup>47</sup> ». Cependant, « [i]l n'est pas nécessaire de désigner un groupe particulier qui corresponde précisément au groupe de demandeurs, hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination<sup>48</sup> ». Depuis l'arrêt *Withler*, il n'est plus nécessaire de trouver un groupe de comparaison.

#### 4.2 LES PRÉCISIONS SUR LE CRITÈRE DU PARAGRAPHE 15(1) DE LA CHARTE

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

La Cour souligne que le volet « distinction » du critère vise à établir que le demandeur a été traité différemment des autres, c'est-à-dire « qu'il s'est vu refuser un avantage accordé à d'autres ou imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle » qui correspond à un motif énuméré ou analogue<sup>49</sup>. Elle souligne également que la tâche est plus difficile pour ceux qui allèguent l'existence d'une discrimination indirecte. Elle ne fournit pas beaucoup d'explications sur le sujet, mais il semblerait que la production de données liées aux sciences sociales pour prouver l'effet de la loi ou de la politique sur le demandeur constitue une « tâche plus lourde à la première étape<sup>50</sup> ».

Quant au deuxième volet du critère, la Cour cherche à préciser ce qui crée un désavantage et ce qu'est la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. S'éloignant encore une fois de la démarche adoptée dans l'arrêt *Law*, la Cour conclut qu'il n'est pas toujours nécessaire d'examiner en bonne et due forme les quatre facteurs qui sous-tendent le critère de la dignité humaine. Il s'agit d'indicateurs pouvant être utiles pour déterminer dans quelle mesure l'inégalité réelle est en jeu, mais d'autres facteurs peuvent aussi être pertinents. La Cour affirme qu'« il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents<sup>51</sup> », mais elle ne fournit pas plus de directives permettant d'établir les facteurs pertinents à une affaire donnée.

5 **L'ARRÊT ALBERTA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) C. CUNNINGHAM : L'APPLICATION DU CRITÈRE DU PARAGRAPHE 15(2) DE LA CHARTE**

Dans l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham* (arrêt *Cunningham*), la Cour suprême a entendu la demande présentée par des Métis dont le nom a été rayé de la liste des membres de l'établissement métis Peavine après leur inscription à titre d'Indiens conformément à la *Loi sur les Indiens*<sup>52</sup>. La juge en chef, s'exprimant au nom de tous les membres de la Cour, a conclu à l'absence de discrimination.

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

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

objectifs précis à l'égard de groupes précis. Le coût d'un traitement identique pour tous entraînerait une perte d'occasions réelles de réduire les désavantages et les préjugés<sup>53</sup>.

La Cour s'exprime de manière assez catégorique lorsqu'elle affirme que le paragraphe 15(2) de la *Charte* peut mettre un large éventail de programmes améliorateurs à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Elle affirme que lorsque les conditions du critère du paragraphe 15(2) de l'arrêt *Kapp* sont satisfaites, à savoir que le programme est du type qui vise véritablement à améliorer la situation et qu'il y a une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible, le paragraphe 15(2) « protège toutes les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui “tendent et sont nécessaires” à la réalisation de l'objet améliorateur<sup>54</sup> ».

## 6 L'ARRÊT QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. A : LA MODIFICATION DU CRITÈRE DE L'ARRÊT KAPP (PRÉJUGÉ OU STÉRÉOTYPE)

Après l'arrêt *Kapp*, le premier arrêt fondé sur l'article 15 de la *Charte* dans lequel la Cour exprime son désaccord avec l'application du critère relatif à l'article 15 a été rendu en janvier 2013 dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A* (arrêt *Québec c. A*)<sup>55</sup>. Il s'agit d'une demande fondée sur le droit à l'égalité présentée en matière de droit de la famille, particulièrement en ce qui concerne les distinctions selon le droit québécois entre les droits des personnes mariées et ceux des personnes non mariées lors de la dissolution de l'union.

Dans l'arrêt *Québec c. A*, une femme a contesté sans succès les lois qui l'empêchaient de demander une part des biens familiaux ou de réclamer une pension alimentaire à son ancien conjoint. Cela a donné une longue décision comprenant quatre jugements distincts dissidents ou concordants quant aux résultats ou une partie des résultats.

### 6.1 L'OPINION DU JUGE LABEL SUR LE PARAGRAPHE 15(1) DE LA CHARTE

L'affaire porte sur un régime complexe de soutien alimentaire et de partage des biens prévu au *Code civil* du Québec, mais comme l'affirme le juge Lebel, le paragraphe 15(1) de la *Charte* se situe « au cœur du présent litige<sup>56</sup> ». Il s'est exprimé au nom de la majorité quant au résultat, mais le jugement de la juge Abella constituait la décision des juges majoritaires quant à l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la *Charte*.

Le juge Lebel fait un long historique de l'évolution du paragraphe 15(1) de la *Charte*, allant des arrêts *Andrews* et *Law* aux arrêts *Kapp* et *Withler*. Son analyse est axée sur « la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15 », une phrase empruntée à l'arrêt *Andrews*<sup>57</sup>. La principale valeur sur laquelle il insiste est la dignité humaine

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

l'égalité réelle n'est pas violée par la seule imposition d'un désavantage. Elle est niée par l'imposition d'un désavantage injuste ou répréhensible, ce qui se produit, le plus souvent, lorsque ce désavantage perpétue un préjugé ou applique un stéréotype<sup>58</sup>.

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

#### 6.2 L'OPINION DE LA JUGE ABELLA SUR LE PARAGRAPHE 15(1) DE LA CHARTE

La juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires à propos du paragraphe 15(1) de la *Charte*, commence son examen des faits de l'affaire en mentionnant que M<sup>me</sup> A avait parlé de mariage avec son conjoint à au moins deux occasions, mais que ce dernier avait refusé. Elle se demande principalement si l'exclusion des conjoints « financièrement vulnérables » du « bénéfice des régimes impératifs en matière de soutien alimentaire et de partage des biens, tout simplement parce qu'ils ne vivaient pas au sein d'une union créée officiellement<sup>59</sup> », constitue une violation du paragraphe 15(1) de la *Charte*. Elle signale le « nombre disproportionné de femmes connaissant la pauvreté après la séparation<sup>60</sup> ».

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

Il faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d'imposer aux demandeurs invoquant l'art. 15 l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbuée de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s'attache à tort à la question de savoir s'il existe une *attitude*, plutôt qu'un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*<sup>61</sup> [SOULIGNÉ DANS L'ORIGINAL].

L'une des critiques de l'arrêt *Kapp* formulées dans la doctrine veut que l'apparent recours au préjudice et aux stéréotypes pour déterminer la discrimination puisse faire

oublier d'autres torts importants, notamment « la marginalisation, l'oppression et la privation de bénéfices importants<sup>62</sup> ». Contrairement au juge Lebel, qui conserverait le préjudice et les stéréotypes en tant qu'éléments nécessaires du critère, la juge Abella soutient que l'analyse devrait porter essentiellement sur l'incidence de la loi sur le demandeur, et non pas sur la capacité du demandeur à prouver les attitudes ou les motifs d'autrui. Comme elle l'a indiqué ci-dessus, cela correspond plus à la définition de la discrimination formulée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*.

Un autre point soulevé par la juge Abella, qui rappelle l'arrêt *Andrews*, est la nécessité de garder distinctes les analyses fondées sur l'article 15 et l'article premier de la *Charte*. Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre fait valoir qu'il convient de garder ces analyses distinctes étant donné les fardeaux de preuve : il ne faudrait pas s'attendre à ce que le demandeur prouve l'intention du gouvernement. La juge Abella signale également un autre danger possible du regroupement des analyses de l'article premier et de l'article 15 de la *Charte*. Elle soutient plus particulièrement que si les tribunaux prennent en compte l'intention du gouvernement dans leur analyse relative au paragraphe 15(1) de la *Charte* – plutôt que dans leur analyse relative à l'article premier –, il peut être facile de rejeter le caractère « raisonnable » de la décision politique de nier à un groupe le bénéfice de la loi, et le paragraphe 15(1) de la *Charte* ne serait qu'une « prohibition des mesures discriminatoires intentionnelles basées sur des stéréotypes irrationnels », plutôt qu'un outil de promotion de l'égalité réelle<sup>63</sup>.

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

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

7 **L'ARRÊT KAHKEWISTAHAW FIRST NATION C. TAYPOTAT :  
LA CONFIRMATION DE L'ARRÊT QUÉBEC C. A**

Comme il a été précisé précédemment, l'interprétation que fait la juge Abella du paragraphe 15(1) de la *Charte* dans l'arrêt *Québec c. A* est celle de la majorité dans une affaire qui a divisé la Cour suprême. Essentiellement, elle se fonde sur le critère de l'arrêt *Kapp* mais soutient que le deuxième volet du critère, à savoir que les tribunaux doivent déterminer si une distinction équivaut à de la discrimination, doit être appliqué de façon souple et que les preuves concernant le « préjugé ou le stéréotype » ne sont pas des éléments obligatoires du critère. Cette démarche est confirmée par l'arrêt de 2015 de la Cour dans l'affaire *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat* (arrêt *Taypotat*)<sup>64</sup>.

L'arrêt *Taypotat* traitait d'une disposition de la *Kahkewistahaw Election Act* qui exige que les candidats aux postes de chef ou de conseiller de la bande aient terminé au moins leur 12<sup>e</sup> année de scolarité. Louis Taypotat était un membre de la Première Nation de Kahkewistahaw qui avait occupé le poste de chef élu pendant plus de 27 ans. En 2011, sa candidature a été rejetée parce qu'il n'avait pas la scolarité minimale (nouvelle condition). Il a contesté la disposition comme discriminatoire pour plusieurs motifs, notamment la race, l'âge et le fait que les survivants des pensionnats indiens constituaient un groupe analogue aux fins de l'article 15 de la *Charte*.

Écrivant au nom de la Cour, la juge Abella explique l'objet de l'article 15 de la *Charte*, rappelant qu'il

visé donc les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c'est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard d'une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue<sup>65</sup> [ITALIQUE DANS L'ORIGINAL].

La juge Abella applique le critère de l'arrêt *Kapp* aux faits en l'espèce, concluant que même s'il pouvait y avoir un lien intuitif entre la condition de scolarité et l'effet discriminatoire potentiel, rien, dans les preuves présentées à la Cour, ne pouvait démontrer l'existence d'un tel lien et, par conséquent, la Cour ne pouvait conclure qu'il y avait eu violation de l'article 15 de la *Charte*<sup>66</sup>.

Fait notable, la juge Abella explique plus en détail le second volet du critère de l'arrêt *Kapp* utilisé dans ses motifs de l'arrêt *Québec c. A*, mais cette fois-ci, en s'exprimant au nom de toute la Cour plutôt que pour une faible majorité de ses juges. Elle réitère que l'article 15 de la *Charte* exige de faire preuve d'une certaine souplesse au moment de procéder à l'analyse contextuelle, et elle précise que :

[1]e second volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires – ou discriminatoires –, c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi

contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes<sup>67</sup>.

Le fait que l'arrêt ne mentionne pas le préjugé ou le stéréotype confirme effectivement que ces éléments ne sont pas requis pour le deuxième volet du critère, comme la juge Abella l'a affirmé dans *Québec c. A*. La juge Abella réitère plutôt que les preuves nécessaires pour établir un désavantage discriminatoire varient selon le contexte de la demande et que les preuves de désavantage historique sont pertinentes<sup>68</sup>. Contrairement aux preuves de préjugé ou de stéréotype, il est possible de prouver un désavantage historique sans établir l'existence d'une intention. De plus, cela n'est pas perçu comme un élément obligatoire du critère, mais comme un facteur pertinent à prendre en compte<sup>69</sup>.

Enfin, la juge Abella indique qu'il est possible de conclure à une violation de l'article 15 de la *Charte* fondée sur un argument d'égalité réelle dans les cas où les lois en cause « à première vue neutres » ont un « effet disproportionné », même si les preuves dans le cas en l'espèce n'ont pas permis de conclure à une telle violation<sup>70</sup>. Cette interprétation élargie de l'article 15 de la *Charte* sera mise à l'épreuve cinq ans plus tard dans l'arrêt *Fraser*.

## 8 L'ARRÊT *FRASER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)* : LES PRÉCISIONS SUR LA DISCRIMINATION PAR SUITE D'UN EFFET PRÉJUDICIALE

Dans l'arrêt *Fraser*, trois membres à la retraite de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) alléguaient que leur régime de pension était discriminatoire envers les femmes. Leur régime n'autorisait pas les membres de la GRC ayant participé à un programme de partage de poste à « racheter » leurs périodes de service, mais permettait aux membres qui avaient été suspendus ou qui avaient pris un congé non rémunéré à le faire. La plupart des participants au programme de partage de poste étaient des femmes qui avaient temporairement réduit leurs heures de travail pour s'occuper de leurs enfants.

S'exprimant au nom de la majorité, la juge Abella résume des études universitaires portant sur la « discrimination par suite d'un effet préjudiciable », qui survient « lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue<sup>71</sup> ». Des observateurs universitaires avaient fait valoir que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est plus fréquente et constitue souvent une plus grande menace pour les aspirations à l'égalité que la discrimination directe et qu'elle peut être le résultat d'intentions innocentes<sup>72</sup>.



La juge Abella établit un lien entre le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et la jurisprudence de la Cour relative à l'article 15 de la *Charte* et se rapportant au concept d'égalité réelle, concluant que, dans le cas en question, il y a violation du droit garanti à l'article 15 de la *Charte*. Appliquant le critère de l'arrêt *Kapp* tel qu'il est articulé dans les arrêts *Québec c. A et Taypotat*, la juge Abella conclut que le régime de pension institutionnalise la part disproportionnée des responsabilités des femmes à l'égard des enfants et le fait qu'elles ont des horaires de travail moins stables que les hommes pour répartir inégalement les prestations de retraite.

La juge Abella note qu'il n'est pas nécessaire de réviser le critère de l'arrêt *Kapp* pour l'appliquer aux cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Au moment d'appliquer le critère, les tribunaux doivent plutôt examiner les répercussions d'une loi ou d'une politique et déterminer si elles occasionnent un effet négatif disproportionné sur un groupe protégé. L'intention du législateur n'est pas pertinente dans cette analyse. L'examen doit porter sur la situation des demandeurs et sur les conséquences de la loi. Dans certains cas, la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut découler de l'absence de mesures d'adaptation pour les membres de groupes protégés<sup>73</sup>.

Enfin, citant l'arrêt *Andrews* et d'autres décisions, la juge Abella réitère l'importance d'appliquer le critère relatif à l'article 15 de la *Charte* séparément de l'analyse servant à déterminer si l'atteinte à l'article premier de la *Charte* est justifiée<sup>74</sup>.

Dans leur opinion dissidente, les juges Brown et Rowe affirment que le concept d'égalité réelle « est devenu un concept théorique général et flou dont les tribunaux peuvent se servir pour privilégier, sans le dire expressément, leurs propres préférences en matière de principes<sup>75</sup> ». À leur avis, le régime de pension de la GRC visait à atténuer un désavantage que subissaient les femmes en leur offrant une souplesse. Ils se demandent si un tribunal peut invalider un régime établi par la loi pour la simple raison « qu'[il] n'est *pas suffisamment* réparat[eur]<sup>76</sup> » [ITALIQUE DANS L'ORIGINAL]. S'appuyant sur le critère de l'arrêt *Kapp* établi par la juge Abella, les juges Brown et Rowe concluent que la politique ne portait pas atteinte au droit garanti à l'article 15 de la *Charte*.

La juge Côté ne partage pas le point de vue de la majorité de la Cour, estimant que même si le régime de pension établissait une distinction fondée sur le fait d'être une femme ayant des enfants, il ne créait pas de distinction fondée sur le motif énuméré de sexe. Elle note que le fait d'être une personne qui s'occupe d'un proche, l'état parental ou la situation familiale ne sont pas des motifs analogues reconnus pour l'application de l'article 15 de la *Charte* et que, par conséquent, il n'y a pas d'atteinte au droit garanti à l'article 15 de la *Charte*<sup>77</sup>.

Les juges de la Cour ne s'entendent pas tous sur l'application du critère de l'arrêt *Kapp* aux faits de l'affaire, ni sur l'importance à accorder à l'égalité réelle dans l'analyse de l'article 15 de la *Charte*, mais ils sont unanimes dans leur emploi du critère de l'arrêt *Kapp* tel qu'il est énoncé dans les arrêts *Québec c. A et Taypotat*. Les juges de la Cour continuent d'appliquer ce critère dans ses arrêts subséquents, même si leur application les amène à des conclusions divergentes<sup>78</sup>.

## 9 CONCLUSION

L'interprétation que fait la Cour suprême de l'article 15 de la *Charte* a beaucoup évolué depuis le premier arrêt de la Cour rendu dans l'affaire *Andrews*. Le fil conducteur de ces arrêts semble être l'importance attachée par la Cour à l'égalité réelle, bien que dans certains cas, les juges n'aient pu s'entendre sur la signification précise de ce terme et le critère à appliquer pour le protéger.

La Cour a d'abord eu une démarche relativement fluide quant à l'application de l'article 15 de la *Charte* dans l'arrêt *Andrews*, qui met l'accent sur les effets de la loi sur le demandeur. En 1999, elle a formulé des directives pour officialiser le critère de l'article 15 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Kapp* et dans plusieurs affaires subséquentes, elle s'est éloignée de la structure rigide du critère de l'arrêt *Law*, apparemment influencée, au moins dans une certaine mesure, par les arguments des juristes selon lesquels le critère de l'arrêt *Law* constituait un obstacle pour ceux qui revendiquaient le droit à l'égalité<sup>79</sup>.

La difficulté pour établir un critère cohérent et utile pour les demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte* reflète le fait que l'égalité est un concept flou qui signifie différentes choses pour différentes personnes. La Cour a décrit l'objectif de l'article 15 de la *Charte* comme « ambitieux mais non utopique », avec la possibilité de faire reculer les inégalités, un dossier à la fois<sup>80</sup>. Les futures demandes fondées sur l'article 15 de la *Charte* démontreront si le critère actuel permet efficacement d'atteindre cet objectif.

---

## NOTES

1. [Charte canadienne des droits et libertés](#) (la *Charte*), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, art. 15.
2. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Egan c. Canada* (*Egan*), l'orientation sexuelle a été reconnue comme un motif analogue, et dans l'affaire *M. c. H.*, la Cour suprême du Canada (la Cour) affirme que la définition de conjoints de fait dans la législation familiale de l'Ontario devrait être interprétée de manière à inclure les couples de même sexe. Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (*Corbiere*), des Autochtones habitant hors réserve contestaient les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui restreignaient leur droit de voter aux élections des bandes. Voir [Egan c. Canada](#), [1995] 2 R.C.S. 513; [M. c. H.](#), [1999] 2 R.C.S. 3; et [Corbiere c. Canada \(Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien\)](#), [1999] 2 R.C.S. 203.
3. [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41.

4. [Fraser c. Canada \(Procureur général\)](#) (Fraser), 2020 CSC 28.
5. *Ibid.*, par. 81.
6. [Andrews c. Law Society of British Columbia](#) (Andrews), [1989] 1 R.C.S. 143.
7. [Law c. Canada \(Ministre de l'Emploi et de l'Immigration\)](#) (Law), [1999] 1 R.C.S. 497.
8. Peter W. Hogg, « Chapter 55: Equality », *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles), 2010, p. 10.
9. [Bliss c. Le Procureur Général du Canada](#), [1979] 1 R.C.S. 183.
10. [Andrews c. Law Society of British Columbia](#), [1989] 1 R.C.S. 143.
11. *Ibid.*
12. Le principe énoncé dans l'arrêt *Andrews* est décrit pour la première fois comme une « égalité matérielle et non simplement formelle » dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*. Voir [Eldridge c. Colombie-Britannique \(Procureur général\)](#), [1997] 3 R.C.S. 624, par. 61.
13. [Andrews c. Law Society of British Columbia](#), [1989] 1 R.C.S. 143, p. 174.
14. *Ibid.*, p. 173.
15. *Ibid.*, p. 178.
16. [Law c. Canada \(Ministre de l'Emploi et de l'Immigration\)](#), [1999] 1 R.C.S. 497, par. 2.
17. *Ibid.*, par. 6.
18. Peter W. Hogg, « Chapter 55: Equality », *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles), 2010, p. 19 [TRADUCTION].
19. La « prépondérance des probabilités » est une norme de preuve appliquée par les tribunaux qui signifie qu'un demandeur doit prouver que les faits qu'il présente sont plus probables qu'improbables.
20. [Colombie-Britannique \(Public Service Employee Relations Commission\) c. BCGSEU](#), [1999] 3 R.C.S. 3.
21. [Corbiere c. Canada \(Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien\)](#), [1999] 2 R.C.S. 203, par. 60.
22. La citoyenneté a été reconnue comme motif analogue dans l'arrêt *Andrews*, l'orientation sexuelle, dans l'arrêt *Egan* et l'état matrimonial, dans l'arrêt *Miron c. Trudel*. L'« autochtonité-lieu de résidence », motif de discrimination contre les membres des Premières Nations fondée sur la résidence hors réserve, a été reconnu comme motif analogue dans l'arrêt *Corbiere*. Voir [Andrews c. Law Society of British Columbia](#), [1989] 1 R.C.S. 143; [Egan c. Canada](#), [1995] 2 R.C.S. 513; [Miron c. Trudel](#), [1995] 2 R.C.S. 418; et [Corbiere c. Canada \(Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien\)](#), [1999] 2 R.C.S. 203.
23. Voir, par exemple, Ian Peach, « Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Future of Federal Regulation of Indian Status », *University of British Columbia Law Review*, vol. 45, n<sup>o</sup> 1, 2012.
24. Les programmes améliorateurs visent à améliorer la situation d'un groupe désavantagé. Selon la note marginale du par. 15(2) de la *Charte*, il s'agit de « programmes de promotion sociale ».
25. Il y avait bien une dissidence, sur un autre motif, mais la Cour était unanime quant à l'application de l'art. 15 de la *Charte*.
26. [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41, par. 22 et 24.
27. *Ibid.*, par. 24.
28. *Ibid.*, par. 20 et 22.
29. *Ibid.*, par. 21.
30. *Ibid.*, par. 22.
31. [Lovelace c. Ontario](#), 2000 CSC 37.
32. [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41, par. 33 et 37.
33. *Ibid.*, par. 38.

34. C'est l'explication que donne la Cour dans sa décision suivante portant sur le par. 15(2) de la *Charte*, l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, dont il est question dans le présent document. Voir [Alberta \(Affaires autochtones et développement du Nord\) c. Cunningham](#), 2011 CSC 37, par. 41.
35. [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41, par. 41.
36. Voir, par exemple, Barbara Billingsley, « Taking Measure of the Charter's Equality Guarantee: A Comment on the Court of Appeal's Ruling in *Morrow v. Zhang* », *Alberta Law Review*, vol. 47, n° 1, 2009, p. 229.
37. [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41, par. 24.
38. *Ibid.*, par. 17.
39. [Withler c. Canada \(Procureur général\) \(Withler\)](#), 2011 CSC 12.
40. *Ibid.*, par. 39.
41. La Cour a examiné les critiques formulées par les juristes dans l'arrêt *Withler*. Voir [Withler c. Canada \(Procureur général\)](#), 2011 CSC 12, par. 59.
42. *Ibid.*, par. 48, citant [Hodge c. Canada \(Ministre du Développement des ressources humaines\)](#), 2004 CSC 65, par. 18.
43. La Cour fait allusion à une telle possibilité dans l'arrêt *Withler*. Voir [Withler c. Canada \(Procureur général\)](#), 2011 CSC 12, par. 59.
44. [Auton \(Tutrice à l'instance de\) c. Colombie-Britannique \(Procureur général\)](#), 2004 CSC 78.
45. *Ibid.*, par. 55.
46. [Withler c. Canada \(Procureur général\)](#), 2011 CSC 12, par. 60.
47. *Ibid.*, par. 61.
48. *Ibid.*, par. 63.
49. *Ibid.*, par. 62.
50. *Ibid.*, par. 64.
51. *Ibid.*, par. 66.
52. [Alberta \(Affaires autochtones et développement du Nord\) c. Cunningham](#), 2011 CSC 37.
53. *Ibid.*, par. 41.
54. *Ibid.*, par. 45.
55. [Québec \(Procureur général\) c. A](#), 2013 CSC 5.
56. *Ibid.*, par. 134.
57. *Ibid.*, par. 135.
58. *Ibid.*, par. 180.
59. *Ibid.*, par. 291.
60. *Ibid.*, par. 300.
61. *Ibid.*, par. 327.
62. Jennifer Koshan, « Redressing the Harms of Government (In)Action: A Section 7 Versus Section 15 Charter Showdown », *Forum constitutionnel*, vol. 22, n° 1, 2013, p. 32 [TRADUCTION].
63. [Québec \(Procureur général\) c. A](#), 2013 CSC 5, par. 333, citant Sheila McIntyre, « Deference and Dominance: Equality Without Substance », dans Sanda Rodgers et Sheila McIntyre, dir., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2006, p. 104.
64. [Première Nation de Kahkewistahaw c. Tappota](#), 2015 CSC 30.
65. *Ibid.*, par. 18.
66. *Ibid.*, par. 15 et 34.

67. *Ibid.*, par. 20.
68. *Ibid.*, par. 21.
69. Confirmé plus tard dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. G.* Voir [Ontario \(Procureur général\) c. G.](#), 2020 CSC 38, par. 39.
70. [Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat](#), 2015 CSC 30, par. 15 et 21.
71. [Fraser c. Canada \(Procureur général\)](#), 2020 CSC 28, par. 30.
72. *Ibid.*, par. 35 à 39.
73. *Ibid.*, par. 54, 56 à 58 et 69.
74. *Ibid.*, par. 79 et 80. Cette distinction est abordée à nouveau dans l'affaire *R. c. C.P.*, dans laquelle on contestait l'absence d'une protection procédurale dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (LJPA) qui était disponible aux adultes. Le juge en chef Wagner et trois autres juges déclarent qu'il n'y a pas atteinte au droit garanti à l'art. 15 de la *Charte* compte tenu du contexte global, notamment que la LJPA protège les adolescents d'un processus prolongé. La juge Abella et deux autres juges estiment que l'objectif concernant le respect des délais devrait être pris en compte dans l'analyse de l'art. premier de la *Charte*, plutôt que dans l'analyse de l'art. 15 de la *Charte*. Dans les motifs concourants, le juge Kasirer est d'accord avec la juge Abella sur ce point, tandis que la juge Côté, dans son opinion dissidente, refuse de traiter les questions de l'affaire relevant de la *Charte*. Voir [R. c. C.P.](#), 2021 CSC 19, par. 96 à 98, 153 et 154, 167 et 168, et 303.
75. [Fraser c. Canada \(Procureur général\)](#), 2020 CSC 28, par. 146.
76. *Ibid.*, par. 168.
77. *Ibid.*, par. 238.
78. Voir [Ontario \(Procureur général\) c. G.](#), 2020 CSC 38; et [R. c. C.P.](#), 2021 CSC 19. Dans les deux cas, la Cour a continué d'utiliser le même critère que dans l'arrêt *Fraser*, quoiqu'il y ait eu des opinions dissidentes sur des points distincts.
79. Ce dialogue avec les juristes semble être une tendance assez récente. Pour rendre sa décision dans l'arrêt *Law*, la Cour ne s'est appuyée sur aucune source secondaire, même si elle apportait ce qui s'est avéré être des changements radicaux à son analyse du par. 15(1) de la *Charte*. Voir Sheila McIntyre, « The Equality Jurisprudence of the McLachlin Court: Back to the 70s », dans Sanda Rodgers et Sheila McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*, 2010, p. 158.
80. [Fraser c. Canada \(Procureur général\)](#), 2020 CSC 28, par. 136.