Document generated on 07/10/2025 8:30 a.m.

Les Cahiers de droit

Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise

Nicole Duplé

Volume 25, Number 4, 1984

URI: https://id.erudit.org/iderudit/042628ar
DOI: https://doi.org/10.7202/042628ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Duplé, N. (1984). Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise. *Les Cahiers de droit*, *25*(4), 801–842. https://doi.org/10.7202/042628ar

Article abstract

To what extent may a person be discriminated against within the purview of a federal or Quebec law because of his or her homosexuality ? The author attempts to answer this question in the light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Those two documents make up two distinct sources against discrimination. The question as to whether section 15 of the Canadian Charter prohibits distinctions based upon homosexuality is examined in the first part of the article. The second part focuses on the nature and scope of the right of the homosexual person to complete equality under the Quebec Charter.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1984

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise

Nicole DUPLÉ *

To what extent may a person be discriminated against within the purview of a federal or Quebec law because of his or her homosexuality? The author attempts to answer this question in the light of the Canadian Charter of Rights and Freedoms *and the Quebec* Charter of Human Rights and Freedoms. *Those two documents make up two distinct sources against discrimination. The question as to whether section 15 of the Canadian Charter prohibits distinctions based upon homosexuality is examined in the first part of the article. The second part focuses on the nature and scope of the right of the homosexual person to complete equality under the Quebec Charter.*

Pages

Introduction 802

1. **Homosexualité et droits à l'égalité dans la *Charte canadienne des droits et libertés*** 804
   - 1.1. Les droits à l'égalité dans l'article 15 de la Charte canadienne 807
     - 1.1.1. La loi s'applique également à tous ou *l'equality before the law* 807
     - 1.1.2. La loi ne fait acception de personne ou *l'equality under the law* 811
     - 1.1.3. Le droit au même bénéfice de la loi 811
     - 1.1.4. Le droit à la même protection de la loi 812
       - 1.1.4.1. L'interprétation du XIV[e] Amendement à la constitution des États-Unis 812
       - 1.1.4.2. L'homosexualité et le XIV[e] Amendement 814
   - 1.2. La portée des droits à l'égalité dans l'article 15 de la Charte canadienne 818
     - 1.2.1. Le concept de discrimination dans la Charte canadienne 818
       - 1.2.1.1. Une catégorisation fondée sur une caractéristique de la personne 818
       - 1.2.1.2. Une catégorisation ayant un effet sur un des droits à l'égalité 821
   - 1.3. L'homosexualité et la discrimination dans la Charte canadienne 823

2. **Homosexualité et droit à la pleine égalité dans la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*** 826
   - 2.1. Le domaine de l'égalité 826

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

Les Cahiers de Droit, vol. 25, n° 4, décembre 1984, p. 801-842

Pages

2.1.1. Le domaine fermé de l'égalité 827
2.1.2. Le domaine juridique et le domaine matériel de l'égalité..... 828
2.2. La discrimination interdite et le droit des homosexuels à la pleine égalité..... 828
2.2.1. La discrimination interdite : les critères d'identification..... 829
2.2.1.1. Le critère du fondement..... 829
2.2.1.2. Le critère de l'effet..... 830
2.2.2. La signification du droit à la pleine égalité..... 832
2.2.2.1. « Discrimination positive » et « discrimination négative »..... 832
2.2.2.2. Discrimination intentionnelle et non intentionnelle..... 833
2.3. L'orientation sexuelle et les dérogations au droit à l'égalité..... 834
2.3.1. L'orientation sexuelle et le pouvoir général de déroger à la Charte..... 834
2.3.2. L'orientation sexuelle et les dérogations spécifiques au droit à la pleine égalité 834
2.3.2.1. L'orientation sexuelle et la discrimination en matière de location de chambre..... 835
2.3.2.2. L'orientation sexuelle et la discrimination dans les contrats ou régimes d'assurance, de rente, de retraite ou d'avantages sociaux 835
2.3.2.3. L'orientation sexuelle et la discrimination fondée sur les aptitudes ou justifiée par le caractère particulier d'une institution..... 836
2.3.2.4. L'orientation sexuelle et les programmes d'accès à l'égalité... 840

Conclusion..... 841

Introduction

Un individu présentant la caractéristique d'être homosexuel bénéficie-t-il dans notre système juridique des mêmes droits que ses contemporains ? Reformulée, la question consiste à déterminer si notre droit permet au législateur de faire d'une personne un individu à part, auquel s'appliqueront des règles particulières ou encore ne bénéficiant pas du même traitement que les autres individus et ceci, en raison de son homosexualité. Il devient évident que seuls, les textes garantissant le droit à l'égalité ou encore interdisant une certaine discrimination sont susceptibles de fournir des renseignements sur ce point.

Au niveau fédéral, deux lois ont été adoptées qui intéressent directement les droits de la personne et traitent du droit à l'égalité. Il s'agit d'une part de la *Déclaration canadienne des droits*[1] et d'autre part de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.[2]

1. 8-9 Éliz. II, c. 44; S.R.C. 1970, App. III.
2. S.C. 1976-77, c. 33.

Dans le cadre de la Déclaration, le seul droit à l'égalité dont puisse se prévaloir la personne homosexuelle se trouve garanti par l'alinéa 1b) qui dispose que :

> Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe :
>
> b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ;

Depuis l'affaire *Lavell*[3], cette disposition est interprétée de telle manière qu'elle ne garantit avec certitude que l'application sans discrimination de la loi. La discrimination dans le contenu de la loi ne peut en effet être alléguée que si elle est reliée à un autre droit ou liberté énoncé dans la Déclaration et que si elle est fondée sur des motifs énoncés. Or, parmi ces motifs illicites de discrimination, on ne retrouve pas l'orientation sexuelle.

Quant à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, destinée à compléter la législation fédérale en matière de discrimination, elle énonce également des motifs de distinction illicites mais là encore, l'orientation sexuelle ne se trouve pas mentionnée.

Au niveau provincial, les diverses chartes ou déclarations provinciales contiennent toutes l'expression d'un principe égalitaire dont la formulation diffère considérablement d'une province à l'autre. Ce sont des lois ordinaires, susceptibles, comme la Déclaration canadienne, d'être écartées expressément. Parmi ces textes législatifs, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec[4] présente l'intérêt majeur de faire de l'orientation sexuelle un motif de discrimination interdite. Elle mérite donc à ce titre d'être examinée dans le cadre des présents développements.

Au niveau canadien, depuis le 17 avril 1982, une Charte des droits[5] est incluse dans la Constitution et garantit dans le paragraphe 15(1) des droits à l'égalité. Cette disposition énumère certains fondements de discrimination constitutionnellement suspects, fondements parmi lesquels l'orientation sexuelle n'est pas mentionnée. Cependant, les termes utilisés permettent de conclure que la liste des fondements de discrimination interdite n'est pas exhaustive.

Il importe par conséquent de s'interroger sur la possibilité de voir dans l'homosexualité un fondement de discrimination interdite par la Charte canadienne. Nous sommes malheureusement réduits à faire de simples

3. *P.G. du Canada* c. *Lavell, Isaac et al.* c. *Bédard*, [1974] R.C.S. 1349.
4. L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q. 1977, c. C-12, modifiée par L.Q. 1982, c. 61.
5. *Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, 1982 (R.U.), c. 11.

spéculations pour l'instant puisque cette disposition ne doit entrer en vigueur que le 17 avril 1985 et n'a donc pas encore été interprétée. Par ailleurs, l'article 15 de la Charte canadienne ne liera les législateurs fédéral et provinciaux que dans la mesure où son application n'aura pas été écartée par clause de dérogation expresse adoptée conformément à l'article 33 de la Charte [6]. Le Québec s'est prévalu du droit de déroger aux articles 2 et 7 à 15 de la Charte canadienne par déclaration expresse [7]. En ce qui concerne les droits à l'égalité consacrés par la Charte canadienne, seul par conséquent, l'article 28 de cette dernière [8], lequel est en vigueur depuis le 17 avril 1982, constitue une contrainte pour la Législature du Québec. Encore cette disposition ne peut-elle être invoquée qu'en relation avec les articles de la Charte qui sont en vigueur dans cette province.

1. Homosexualité et droits à l'égalité dans la *Charte canadienne des droits et libertés*

Le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne ne consacre pas le droit à l'égalité mais comme son titre l'indique sans équivoque, *des droits à l'égalité.*

DROITS À L'ÉGALITÉ

> 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.

On ne peut voir dans cette disposition la garantie que chaque personne assujettie aux actes normatifs des autorités étatiques mentionnées au paragraphe 32(1) [9] sera l'égale en tous points et à tous égards de ses contemporains. Il faut bien dire que le principe de l'égalité absolue serait non seulement irréaliste mais en outre d'application fort malaisée.

---

6. Le paragraphe 33(1) stipule que :

   > Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

7. Voir la *Loi concernant la loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21.

8. L'article 28 de la Charte est à l'effet que :

   > Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

9. La Charte lie les corps législatifs et les gouvernements en ces termes :

   > 32(1) La présente charte s'applique :
   >
   > a) au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ;
   >
   > b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Il n'y a pas dans l'univers deux individus identiques ; l'égalité ne peut donc exister entre plusieurs personnes qu'en fonction de certaines caractéristiques humaines que chacune de ces personnes possède également, ou encore, en fonction d'actes que chacune d'elles aura posés ou omis de poser. L'égalité entre les individus ne peut donc être établie sans que soient identifiés les critères qui seront estimés propres à mesurer l'identité ou la dissemblance des êtres humains concernés. Sur le plan juridique, l'égalité de principe trouve sa concrétisation dans l'établissement, par le législateur, de catégories de personnes ou de catégories de faits.

L'égalité ne signifie rien si elle n'implique la ségrégation des individus, autrement dit, la discrimination [10]. À certaines fins législatives, les individus seront sériés en fonction de certains critères de distinction. Dans le cadre d'une loi électorale, par exemple, des critères tels que l'âge et la citoyenneté sont des fondements de catégorisation qui peuvent paraître pertinents si le but d'une telle loi est d'accorder à tout citoyen majeur le droit de voter. Si le but à atteindre est de former une société gouvernée par des hommes blancs, chrétiens et instruits, il est évident que d'autres fondements de catégorisation devront être retenus tels que le sexe, la couleur ou la race, la religion et les diplômes.

— Le principe égalitaire peut être posé et établi de manière à ce qu'il s'impose au législateur, quelles que soient les fins que ce dernier poursuive et quels que soient les effets de la loi. Il ne véhicule alors pas de valeurs morales ; il n'est pas facteur de « justice ». Pour reprendre l'exemple précédent, toutes les personnes blanches, chrétiennes et instruites auront également droit de vote alors que les autres personnes s'en verront également privées. Le traitement défavorable subi par ces dernières peut être perçu comme injuste, illégitime, contraire à une certaine morale sociale, mais ce sont là des considérations qui ne relèvent pas du domaine du droit. Antérieur à toute norme juridique, le principe égalitaire est donc potentiellement facteur d'inégalités méconnues par le droit, s'il n'est autrement précisé.

— Le principe égalitaire pourrait être conçu comme imposant au législateur une obligation de résultat, soit celle d'assurer des avantages égaux à tous les individus assujettis aux lois et il n'impliquerait pas moins la catégorisation des individus. Un traitement législatif identique appliqué à tous les individus sans distinction aboutirait immanquablement à créer des inégalités quant aux avantages et inconvénients découlant de la loi, puisque, placés dans des situations différentes, les individus subiraient différemment la loi. Le législateur ne pourrait atteindre les fins égalitaires qui lui seraient imposées, sans établir des catégories, incluant chacune tous les individus

10. Voir P. WESTEN, « The empty idea of equality », (1982) 95 *Harvard L.R.* 537.

placés dans une situation identique. Par ailleurs, il ne pourrait s'agir que d'octroyer des avantages équivalents aux différentes catégories d'individus et non pas des avantages identiques. En plus d'être relative, l'égalité de traitement ne serait pas davantage satisfaisante à la lumière de valeurs extra-juridiques. C'est ainsi que la catégorie de personnes ayant posé un acte criminel devrait être traitée par le législateur de manière tout aussi avantageuse ou désavantageuse que la catégorie de personnes n'ayant pas posé d'acte criminel.

L'idée d'égalité est circulaire: elle suppose la discrimination et la discrimination implique l'inégalité; pour corriger les inégalités il faut discriminer...[11].

Une constitution qui garantit le droit à l'égalité, sans autre précision quant à la portée et à la signification d'un tel droit, garantit en fait le droit d'être l'objet de discrimination, sans égard aux effets concrets, immédiats ou médiats, qui découleraient d'une telle discrimination, à moins qu'elle ne donne à ses interprètes les moyens de discerner entre la « bonne discrimination » et la mauvaise; entre celle qui est constitutionnellement acceptable et celle qui ne l'est pas.

Sous peine de consacrer un principe d'égalité purement formel, vide de tout contenu matériel, la constitution doit donc introduire des valeurs de référence permettant d'effectuer le contrôle constitutionnel de la discrimination. Ces valeurs sont alors extrinsèques au principe de l'égalité si ce dernier est trop laconiquement exprimé pour les véhiculer. Pour ne prendre qu'un exemple, le principe démocratique peut constituer une valeur de référence permettant de déclarer l'inconstitutionnalité de toute discrimination ayant pour effet d'y porter atteinte. C'est plus largement l'ensemble de la constitution qui permettra à l'organe chargé du contrôle constitutionnel de dégager les paramètres de l'activité normative des organes de l'État, les limites à l'intérieur desquelles ces derniers pourront validement établir des catégorisations législatives. Dans cette hypothèse, le concept de discrimination interdite est, dans son entier, une construction judiciaire.

Les rédacteurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont choisi de relativiser explicitement l'égalité en prévoyant des droits à l'égalité et non pas le droit à l'égalité et en reliant à ces droits un certain concept de discrimination interdite.

Afin de déterminer dans quelle mesure un individu, en tant qu'homosexuel, peut prétendre aux droits à l'égalité garantis au paragraphe 15(1) de la Charte, il est nécessaire de partir de prémisses qui aient quelque solidité. Il

11. *Id.*

importe donc de cerner d'une part la nature de ces droits et d'autre part le concept de discrimination qui s'y relie.

1.1. Les droits à l'égalité dans l'article 15 de la Charte canadienne

La version anglaise de l'article 15 ne correspond pas exactement à la version française en ce qui concerne les deux premiers droits à l'égalité. Alors que la version anglaise énonce le droit à l'« *equality before the law* », la version française spécifie que « la loi... s'applique également à tous » ; là où le texte anglais traite de l'« *equality under the law* », le texte français déclare que « la loi ne fait acception de personne ».

1.1.1. La loi s'applique également à tous ou l'« equality before the law »

On constate que la version anglaise utilise la même formulation que celle de l'alinéa 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits*, lequel a donné lieu à des difficultés d'interprétation considérables.

Dans l'affaire *Drybones* [12], la Cour suprême déclara inopérant l'article 94 de la *Loi sur les Indiens* [13] dans la mesure où il contrevenait au principe de l'égalité devant la loi consacré à l'alinéa 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Cette disposition de la *Loi sur les Indiens* interdisait entre autres à un Indien d'être ivre en dehors d'une réserve. Dans les territoires du Nord-Ouest, il n'y a pas de réserve au sens que la loi fédérale donne à ce terme, ce qui revenait à interdire à un Indien d'être ivre, en quelque endroit que ce soit, alors qu'un blanc, en vertu des lois qui lui étaient applicables, ne se voyait interdire l'ivresse que dans un endroit public. Par ailleurs, les peines prévues en cas d'infraction étaient supérieures pour l'Indien à ce qu'elles étaient pour le blanc. Le juge Ritchie dans son opinion majoritaire donne sa conception de l'égalité devant la loi dans les termes suivants :

> ... l'article 1 b) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction, devient une infraction punissable en justice.[14]

12. *La Reine* c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282.
13. S.R.C. 1952, chap. 149.
14. *Supra*, note 12, p. 297.

Il semblait ressortir de ce passage un concept matériel d'égalité assez prometteur. Cependant, le juge Ritchie avait limité la portée de ses propos en précisant qu'ils s'appliquaient seulement

> ... à un cas où, en vertu des lois du Canada, est réputé infraction punissable en droit, un acte que ses concitoyens canadiens qui ne sont pas de cette race peuvent poser sans encourir aucune sanction.[15]

Cette réserve quant à la portée de la *ratio* de l'affaire *Drybones* prit toute sa valeur dans l'affaire *Lavell*[16]. La Cour suprême décida alors que la *Loi sur les Indiens* ne portait nullement atteinte à l'égalité devant la loi lorsqu'elle privait une Indienne ayant épousé un non-Indien, de certains avantages dont les Indiens de sexe mâle continuaient à bénéficier lorsqu'ils épousaient des non-Indiennes. Le concept d'égalité devant la loi devint alors sous la plume du juge Ritchie qui parlait au nom de trois autres juges :

> ... [l']égalité dans l'administration ou l'application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux ordinaires du pays.[17]

Il résultait de l'affaire *Lavell* qu'une loi visant un groupe particulier, comme la *Loi sur les Indiens*, pouvait, dans son contenu, traiter les femmes de manière plus désavantageuse que les hommes sans pour autant contrevenir au principe de l'égalité devant la loi, à la seule condition que les femmes indiennes d'une part et les hommes indiens d'autre part se voient appliquer également les dispositions qui les concernaient respectivement. Il fallait donc conclure que l'égalité devant la loi était un principe fort différent de l'égalité *dans* la loi ou *en vertu* de la loi. Cependant, la particularité de la *Loi sur les Indiens*, adoptée en vertu d'une compétence qui habilite précisément le Parlement fédéral à viser un groupe d'individus en fonction de la race, ne permettait pas de mesurer le degré de latitude dont disposait le Parlement fédéral dans l'établissement de distinctions législatives, en regard du principe de l'égalité devant la loi.

L'affaire *Burnshine*[18] n'apporta pas grande lumière sur ce point. Les faits de cette affaire sont les suivants : en vertu de la loi fédérale sur les prisons et les maisons de correction, toute personne apparemment âgée de moins de 22 ans et déclarée coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement de 3 mois ou plus, pouvait être condamnée, en Ontario et en Colombie britannique, à la détention dans une maison de correction pour une période de 3 mois au moins et 2 ans moins 1 jour au plus. Burnshine fut déclaré coupable d'une infraction punissable d'au plus 6 mois de prison en

15. *Id.*, p. 298.
16. *Supra*, note 3.
17. *Id.*, p. 1366.
18. *R.* c. *Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693.

vertu du *Code criminel*. Il reçut néanmoins la sentence maximale prévue par la *Loi sur les prisons et maisons de correction*[19]. La position majoritaire de la Cour suprême fut à l'effet que la loi fédérale respectait le principe de l'égalité devant la loi. Il est clair que le juge Martland qui s'exprimait pour la majorité avait quelque répugnance à déclarer l'inopérabilité d'une disposition législative de fond, validement adoptée par ailleurs, puisqu'il rappela les propos du juge Laskin qui, dans l'arrêt *Curr* c. *La Reine*[20], réclamait des « raisons convaincantes » pour ce faire[21]. Pour avoir gain de cause, Burnshine aurait dû établir « à la satisfaction » de la cour qu'en adoptant l'article contesté de la loi sur les prisons et maisons de correction, le Parlement fédéral ne cherchait pas « l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier ».

Aucune décision subséquente rendue par la Cour suprême n'a permis d'éclairer la question de savoir ce qu'est un objectif fédéral régulier ou à l'inverse, irrégulier. Par contre, la conception formelle de l'égalité devant la loi, telle qu'exprimée dans l'affaire *Lavell* fut constamment réaffirmée.

Dans l'affaire *Mackay* c. *la Reine*[22], le juge MacIntyre élabora sur la notion d'objectif fédéral régulier dans le cadre d'une opinion concordante dans son résultat avec celui de la majorité (mais fondée sur un raisonnement différent). À ses dires, un objectif fédéral n'est pas nécessairement régulier pour la seule raison que le Parlement opère dans son domaine de compétence. L'objectif doit de plus respecter la Déclaration. Le juge MacIntyre ajouta que le Parlement peut, dans ses lois viser des catégories de personnes, en raison de certaines de leurs caractéristiques mais qu'il faut se demander si la catégorisation ainsi effectuée est ou non arbitraire, fantaisiste ou si elle :

> ... ne tire son origine d'aucun motif inavoué ou contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable...[23]

Il faut certes admettre que le juge MacIntyre proposait ainsi, à l'égard des lois engendrant des désavantages pour toutes les personnes visées, des critères d'opérabilité beaucoup plus fonctionnels que ceux qui pouvaient découler d'un concept aussi obscurément défini que celui « d'objectif fédéral régulier ».

Cependant, même si ces critères avaient été à la disposition de Stella Bliss, ils ne lui auraient pas permis de se prémunir contre les conséquences

19. S.R.C. 1970, c. P-21.
20. [1972] R.C.S. 889.
21. *Id.*, p. 899-900.
22. [1980] 2 R.C.S. 370.
23. *Id.*, p. 407.

défavorables d'une loi « avantageuse ». L'affaire *Bliss*[24] illustra l'écart existant entre l'égalité devant la loi et l'égalité de bénéfice découlant d'une loi. Dans cette affaire, l'opérabilité de l'article 46 de la *Loi de 1971 sur l'assurance chômage*[25] était en cause. Cet article prévoyait qu'une femme enceinte pouvait bénéficier de prestations de grossesse durant les 8 semaines précédant son accouchement et les 6 semaines suivantes, à la condition que cette femme ait précédemment exercé un emploi assurable durant 10 semaines au minimum. Il s'agissait là des seules prestations dont pouvait bénéficier une femme enceinte. On avait en effet pris pour acquis avant 1971, que les femmes étaient incapables de travailler 8 semaines avant et 6 semaines après un accouchement. C'est pour inciter les femmes à bénéficier de ces prestations de grossesse que le Parlement excluait toute possibilité de bénéficier d'autre prestation telle que l'assurance chômage. Stella Bliss avait travaillé pendant 8 semaines, au lieu des 10 semaines requises. Elle aurait pu, comme toute personne ayant travaillé durant la même période, bénéficier de l'assurance chômage si l'article 45 de la loi n'excluait pas précisément cette possibilité pour la raison qu'elle était enceinte.

Reprenant à son compte une distinction qui avait été faite en Cour d'appel fédérale, la Cour suprême posa que si l'article 45 de la loi fédérale ne traitait pas les femmes enceintes en chômage comme d'autres chômeurs, c'était en raison du fait qu'elles étaient enceintes et non parce qu'elles étaient femmes. En un mot, il n'y avait pas discrimination sexuelle. Par ailleurs, la Cour suprême, dans sa décision unanime, fit une distinction entre :

> ... une législation qui traite une partie de la population plus durement qu'une autre, en raison de la race, comme c'était le cas dans l'affaire *Régina* c. *Drybones*... et une législation qui accorde des avantages supplémentaires à une catégorie de femmes, en spécifiant les conditions auxquelles une prestataire y aura droit et la période pendant laquelle ils lui seront accordés. Le premier cas impose un désavantage à un groupe racial par rapport aux autres citoyens, quand le second ne fait que définir les conditions à remplir pour bénéficier de prestations.[26]

Cette affaire *Bliss* réaffirmait donc la conception formelle du principe de l'égalité devant la loi selon laquelle l'égalité s'évalue lors de l'application de la loi et non en référant à son contenu, et selon laquelle il est permis au législateur d'effectuer des distinctions dans la poursuite d'un « objectif fédéral régulier ». Par ailleurs, la distinction entre les lois « avantageuses » et les « lois désavantageuses » établie en fonction des buts poursuivis par le législateur n'avait pas nécessairement son parallèle dans le domaine des

24. *Bliss* c. *Le Procureur Général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.
25. S.C. 1970-71-72, c. 48.
26. *Supra*, note 24, p. 191-192.

effets législatifs de la catégorisation. Une loi avantageuse pouvait en effet désavantager un individu inclus dans la catégorie de personnes qui devait « bénéficier » de la loi, sans que le principe de l'égalité devant la loi en soit atteint pour autant.

Dans le cadre du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne, le principe de l'égalité devant la loi, tel qu'il se trouve exprimé dans la version anglaise, renverrait très certainement à la jurisprudence rendue sous la *Déclaration* si la version française ne précisait que c'est bien l'égalité *dans l'application de la loi* qui se trouve garantie avec l'« equality before the law ». Il serait donc vain semble-t-il d'espérer faire déclarer inopérante une disposition législative de fond en invoquant ce droit, même si le statut constitutionnel de la Charte enlève toute pertinence aux réticences exprimées par le juge Laskin dans l'arrêt *Curr*, à déclarer inopérante en vertu d'une simple loi, une disposition validement adoptée.

1.1.2. La loi ne fait acception de personne ou l'« equality under the law »

Ces deux termes sont censés logiquement recouvrir la même réalité indépendamment de la différence de formulation. La version française prise isolément signifierait que la loi ne peut viser personne, donc ne peut viser un individu.

C'est la version anglaise qui semble-t-il permettra de déterminer la signification du droit en question. Il s'agit très certainement de l'égalité *dans le contenu de la loi* qui aurait permis, s'il avait existé du temps de l'affaire *Lavell* de faire déclarer inopérante la disposition de la *Loi sur les Indiens* en question dans cette affaire.

Certains problèmes d'interprétation soulevés par l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* sont donc partiellement réglés semble-t-il par la formulation de deux droits distincts, l'égalité devant la loi et l'égalité en vertu de la loi ou l'*equality under the law*.

Les deux autres droits à l'égalité mentionnés à l'article 15 de la *Charte canadienne* sont d'une part le droit au même bénéfice de la loi et d'autre part, le droit à l'égale protection de la loi.

1.1.3. Le droit au même bénéfice de la loi

Il semble découler de ce droit, l'obligation pour le législateur de ne pas désavantager certaines personnes incluses dans la catégorie de personnes visées par une loi avantageuse. On peut se demander si le spectre de l'affaire

Bliss s'éloigne pour autant. Il semble qu'il faudrait, pour en acquérir la certitude, que la grossesse soit retenue comme fondement de catégorisation discriminatoire, au même titre que les fondements énoncés à l'article 15 à titre d'exemple [27].

Par ailleurs, il ne s'agit certainement pas de contraindre le législateur à accorder, à toutes les personnes visées par la loi des bénéfices identiques, mais plus certainement, des avantages équivalents.

1.1.4. Le droit à la même protection de la loi

La loi ne peut être plus avantageuse pour un individu ou un groupe d'individus si la distinction entre ce dernier et les autres individus ou groupes est fondée sur un motif de catégorisation discriminatoire. Rétrospectivement donc, l'affaire *Drybones* constitue un exemple de négation du droit à la même protection de la loi.

L'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [28] présente une certaine analogie avec l'article 15 de la Charte canadienne. Dans les deux textes, les droits à l'égalité sont cernés par un concept de discrimination prohibée et si des fondements de discrimination interdite s'y trouvent énoncés, la liste n'en est pas exhaustive. Les deux textes laissent donc place au raisonnement par analogie pour établir d'autres fondements de discrimination. Il s'agit là d'un point de départ que ne fournissait pas le XIV[e] Amendement à la Constitution des États-Unis et les tribunaux américains ont dû combler cette lacune. Il importe de jeter un regard sur la signification de ce droit aux États-Unis [29] et sur le degré de protection contre la discrimination qu'il assure aux personnes homosexuelles.

1.1.4.1. L'interprétation du XIV[e] Amendement à la constitution des États-Unis

Pour tester la constitutionnalité d'une loi établissant des différences de traitement résultant d'une catégorisation, les tribunaux américains utilisent

---

27. *Infra*, 1.2.1. Le concept de discrimination dans la Charte canadienne.

28. Entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976. L'article 26 du Pacte dispose que :

> Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

29. Voir sur ce point : W.S. TARNOPOLSKY, « Les droits à l'égalité », dans BEAUDOIN et TARNOPOLSKY (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur-Sorej, 1982, p. 506 s. D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative », (1980) 10 *R.D.U.S.* 385, p. 433 à 441.

trois sortes de contrôles. Après avoir exercé exclusivement un contrôle que l'on a pu par la suite qualifier de « minimal », la Cour suprême, à partir du milieu des années cinquante, dégagea progressivement la notion de « catégorisation suspecte » pour exercer, en présence d'une telle catégorisation, un contrôle extrêmement rigoureux.

Depuis les années 70, la Cour suprême, sans avoir cependant rejeté la possibilité d'effectuer un contrôle minimal dans certains cas et tout en appliquant le contrôle strict en présence d'une catégorisation suspecte, soumet certaines lois discriminatoires à un contrôle que l'on peut qualifier d'« intermédiaire » pour la raison qu'il est plus exigeant que le contrôle minimal sans être aussi serré que le contrôle rigoureux. Ainsi, les lois établissant des différences de traitement fondées sur le sexe ont été soumises à un tel contrôle intermédiaire.

Le processus du contrôle minimal est le suivant : après avoir identifié le fondement d'une catégorisation établie par une norme juridique, les tribunaux dégagent les objectifs de la norme qui, pour être pris en considération, doivent être reliés à l'intérêt public (*Legitimate state interest*). La norme est déclarée constitutionnelle s'il existe un lien logique, rationnel, entre les objectifs du législateur d'une part et la catégorisation d'autre part. La présomption de constitutionnalité des lois a pour effet de mettre sur les épaules de la soi-disant victime la charge de prouver, au-delà de tout doute raisonnable, l'absence de lien rationnel entre les objectifs législatifs et la catégorisation. Alors même que le but premier du XIV[e] Amendement était d'assurer l'égalité à la population noire libérée de l'esclavage, le contrôle minimal servit au contraire à justifier la ségrégation raciale en engendrant la fameuse formule « séparé mais égal ».

À partir de l'arrêt *Brown v. Board of Education*[30], les tribunaux ont dégagé progressivement la notion de « catégorisation suspecte » dont l'existence dans une loi a pour effet de renverser la présomption de constitutionnalité. Sont à l'heure actuelle reconnues comme catégorisations suspectes, d'une part, celles qui sont fondées sur un motif tel que l'ascendance, la race, la couleur, la religion, l'origine nationale et d'autre part, les catégorisations dont il découle une atteinte aux droits fondamentaux. Ont été qualifiés de droits fondamentaux à cet égard, le droit de vote, la liberté de mouvement et les droits judiciaires. En présence d'une catégorisation suspecte, les tribunaux exigent alors que le gouvernement supporte la charge d'établir la constitutionnalité de la norme contestée. Les objectifs poursuivis par le législateur ne doivent pas seulement viser l'intérêt public, mais des intérêts étatiques

30. (1954) 347 U.S. 483.

primordiaux, impérieux, (*compelling State interest*) qui devront être clairement identifiés par le gouvernement et seront évalués par le tribunal. Le gouvernement devra de plus prouver qu'il ne disposait d'aucun autre moyen pour parvenir à ses fins que d'établir la catégorisation identifiée comme suspecte. En pratique, présumée inconstitutionnelle, la norme soumise au test rigoureux n'y résiste pas.

1.1.4.2. L'homosexualité et le XIV^e^ Amendement

De certaines causes récentes relatives à des cas de discrimination basée sur le sexe ou l'illégitimité, on peut dégager cinq critères permettant d'identifier une catégorisation suspecte [31] : 1) la catégorie d'individus distinguée par la loi a historiquement souffert de discrimination [32] ; 2) la caractéristique fondant la catégorisation ne diminue pas la faculté de contribution à la société [33] ; 3) elle relègue ceux qui la possèdent à une position de dernier plan dans le domaine politique [34] ; 4) cette caractéristique constitue une véritable marque distinctive (*a badge of distinction*) [35] ; 5) cette caractéristique est immuable, inhérente ou incontrôlable [36].

On perçoit que ces critères se recoupent. Le caractère historique de la discrimination a souvent eu pour effet de reléguer les catégories d'individus qui en ont souffert à une position de faiblesse politique. Par ailleurs, c'est dans la mesure où certaines caractéristiques telles que la race, l'origine nationale, la couleur sont évidentes, qu'elles sont immuables ou incontrôlables puisqu'elles sont des « accidents de naissance » et qu'elles constituent ainsi des « marques distinctives ».

Il ne suffit cependant pas d'être marqué de la sorte pour bénéficier de la protection constitutionnelle découlant des catégorisations suspectes puisque le sexe ne constitue pas clairement aux États-Unis un fondement de catégorisation entraînant l'application du contrôle strict ou rigoureux.

---

31. Voir : « Homosexuals' Rights to marry : a constitutional test and a legislative solution », (1979) 128 *University of Pensylvania L.R.* 193.
32. *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, p. 684 (1973) ; *San Antonio Indep. School district v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 (1973).
33. *Frontiero v. Richardson, supra*, note précédente, p. 686 ; *Acanfora v. Board of Education*, 359 F. supp. 843, 853 (D. Md. 1973) aff'd 491 F. 2d 498 (4th Cir.), Cert. denied 419 U.S. 836 (1974).
34. *San Antonio Indep. School district v. Rodriguez, supra*, note 32 ; *Hobson v. Hansen*, 269 F. supp. 401, 508 (D.D.C. 1967) infirmé en appel, 383 U.S. 801 (1968).
35. *Mathiew v. Lucas*, 427 U.S. 495, 506 (1976) ; *Frontiero v. Richardson, supra*, note 32, p. 686.
36. *Frontiero v. Richardson, id.* ; *Weber v. Aetnea Casualty and Surety Co.*, 406 U.S. 164, 175 (1972).

Certains auteurs sont d'avis que l'homosexualité ne pourrait constituer la base d'une catégorisation suspecte sous le XIV^e^ Amendement [37]. En effet s'il peut être établi que les homosexuels ont fait l'objet, historiquement, de discrimination et qu'en outre l'homosexualité n'affecte en rien la capacité de production ou de contribution à la société, il est douteux que l'on puisse considérer qu'elle constitue une caractéristique immuable, incontrôlable. Certaines recherches ont en effet démontré qu'un individu fortement motivé pouvait devenir hétérosexuel à la suite d'une thérapie [38]. Cela suffit pour permettre de conclure que l'homosexualité n'est pas aussi immuable que la couleur ou l'origine nationale par exemple. Par ailleurs, si un individu ne peut cacher sa couleur, il peut parfaitement ne pas révéler son orientation sexuelle. Cette dernière peut donc ne pas être rendue évidente et par conséquent ne constitue par un véritable « *badge of distinction* ». Le seul moyen d'assujettir une loi établissant une catégorie fondée sur l'homosexualité au contrôle strict est dès lors d'établir que l'effet de la loi est de priver les personnes homosexuelles d'un droit fondamental.

C'est en s'appuyant (entre autres) sur le XIV^e^ Amendement que de nombreux plaideurs ont contesté les lois criminalisant la sodomie, lois qui existent dans la majorité des États américains. Dans ces diverses lois, le terme sodomie inclut une série d'actes accomplis en privé par des adultes consentants, que ces derniers soient ou ne soient pas de même sexe. Certaines de ces lois, comme celle de l'État de New York excluent du champ de la loi, la sodomie entre personnes mariées.

Le groupe qui fut à l'origine le plus affecté par ces lois, tant sur le plan juridique que sur le plan social, fut celui des homosexuels mâles qui cherchèrent donc à les faire déclarer inconstitutionnelles [39].

Dans *Griswold v. Connecticut* [40], la Cour suprême des États-Unis avait décidé que le droit à la vie privée incluait le droit à l'intimité pour des personnes mariées ; elle avait également reconnu le caractère sacré du domicile et de la famille. Le droit à la vie privée, bien que non explicitement mentionné dans la Constitution américaine est constitutionnellement protégé en raison de son rattachement aux I^e^, IV^e^, et XIV^e^ Amendements. Dans la mesure où les lois criminalisant la sodomie rendaient punissables des actes sexuels commis en privé par des adultes consentants, l'affaire *Griswold* pouvait être utilisée pour étayer un argument d'inconstitutionnalité.

37. Voir « Homosexual Right to marry : a constitutional test and a legislative solution », *supra* note 31.
38. *Id.*, p. 202 s.
39. Voir : « Constitutional protection of private sexual conduct among consenting adults », (1976) 62 *Iowa L.R.* 568 à 590.
40. 381, U.S. 479 (1965).

Dans *Eisenstadt v. Baird*[41], la Cour suprême avait décidé que le XIV^e^ Amendement rendait invalide une loi qui permettait aux seules personnes mariées d'obtenir des contraceptifs. La cour avait alors déclaré :

> If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual* married or single, to be safe from unwarrented governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision wether to bear or beget a child.[42]

Il semblait dès lors possible de s'appuyer sur cette décision pour prétendre que l'intérêt qu'une personne porte à sa sexualité est d'une importance tout aussi fondamentale que celui qu'une femme porte à la question de savoir si elle aura ou n'aura pas un enfant.

Dans *Roc v. Wade*[43], la Cour suprême décida que le droit à la vie privée incluait le droit de décider d'interrompre ou de poursuivre une grossesse, donnant ainsi une portée très large au droit à la vie privée.

Bien que d'apparence très prometteuse, le droit fondamental à la vie privée n'a pas été très utile aux homosexuels. Dans *Doe v. Commonwealth's Attorney for city of Richmond*[44], une Cour fédérale de district, dans une décision entérinée par la Cour suprême, a rejeté l'argument à l'effet que la loi « anti-sodomie » en cause portait atteinte au droit à la vie privée. La majorité décida en effet que la *ratio* de *Griswold*[45] ne s'étendait pas aux relations homosexuelles et autres activités sexuelles réprouvées par la société.

Dans *People v. Rice*[46], un tribunal de première instance déclara bien l'invalidité de la loi de l'État de New York qui criminalisait la sodomie en s'appuyant sur le XIV^e^ Amendement, mais pour la raison qu'elle effectuait une distinction indue entre personnes mariées et personnes non mariées. En outre, la Cour d'appel infirma cette décision en décidant que l'affaire *Eisenstadt*[47] ne présentait aucune utilité à titre de précédent puisqu'elle ne reconnaissait nullement le droit fondamental de commettre la sodomie, l'acte en question fut-il consensuel.

Si le droit d'être homosexuel a pu par ailleurs être traité comme un droit constitutionnel et notamment dans le contexte des relations de travail, il n'a jamais été élevé au rang de droit fondamental[48]. Dans la mesure où une

41. 405 U.S. 438 (1972).
42. *Id.*, p. 453.
43. 410 U.S. 113 (1973).
44. 403 F. supp. 1199 (E.D. Va. 1975).
45. *Supra*, note 40.
46. 363 N.Y.S. 2d. 484 (Dist. ct. 1975).
47. *Supra*, note 41.
48. Dans l'affaire *Burton v. Cascade School Union High School no. 5*, 512 F. 2d, 850 (9th C.R. 1975) aff'g 353 F. supp. 254 (D. Ore. 1973) and judgment order, civil no. 72-334 (D.

catégorisation fondée sur l'homosexualité n'est pas suspecte a priori, et dans la mesure où elle ne peut porter atteinte à un droit fondamental, la loi qui l'établit ne peut donc être testée à l'aide du contrôle strict.

Dans les années 70, tout en laissant subsister la possibilité d'appliquer le contrôle minimal en l'absence de catégorisation législative tenue pour suspecte, la Cour suprême a appliqué le contrôle intermédiaire à certaines lois discriminatoires. Cette troisième approche semble avoir trouvé son ferment dans la discrimination sexuelle. Le sexe n'est pas retenu comme fondement de catégorisation suspecte mais les tribunaux américains imposent cependant dans les cas de discrimination sexuelle, tout comme d'ailleurs dans les cas de discrimination fondée sur l'illégitimité, un contrôle plus exigeant que le contrôle minimal. Ils exigent d'une part que le gouvernement fasse état d'objectifs légitimes, lesquels doivent ressortir clairement du texte même de la loi et d'autre part, que la catégorisation soit raisonnable, non arbitraire et repose sur des motifs de distinction ayant « *a fair and substantial relation to the object of the legislation* »[49].

Appliqué aux catégorisations fondées sur des caractéristiques immuables de la personne, telles le sexe et l'illégitimité, le contrôle intermédiaire semble donc être approprié lorsque la catégorie visée rencontre certains des critères qui permettent d'identifier une catégorisation suspecte, mais pas tous les critères. Comme les femmes et les enfants illégitimes, les homosexuels ont historiquement été victimes de discrimination législative. Tout comme les femmes, les homosexuels commencent seulement à s'affirmer comme groupe politiquement organisé et si l'homosexualité n'est pas aussi évidente que le sexe, elle n'en est pas moins une caractéristique de la personne aussi intrinsèque que le sexe. Certains auteurs sont d'avis que le contrôle intermédiaire devrait donc s'appliquer à toute catégorisation fondée sur l'orientation sexuelle[50].

Ore. filed mat. 6.1973) Cert. denied, la cour a relevé que la demanderesse s'appuyait sur un droit constitutionnel d'être homosexuelle. En *obiter*, la cour semble reconnaître l'existence d'un tel droit mais en lui conférant la portée d'un droit de « seconde zone ». Elle conclut en effet, que quelle que soit son ampleur, il n'est pas aussi exigeant constitutionnellement que la liberté de parole du Ier Amendement ou le droit à l'égale protection de la loi contre la discrimination raciale sous le XIVe Amendement. Voir : « Remedial balancing decisions and the right of homosexual teachers : A Pyrrhic Victory », (1976) 61 *Iowa L. Rev.* 1080.

49. *Royster Guano Co.* c. *Commonwealth of Virginia*, (1920) 40 S. ct. 560, 562. C'est dans cette affaire que l'on trouve l'origine du contrôle intermédiaire qui ne sera néanmoins utilisé effectivement par la Cour suprême que dans les années 1970. Voir D. PROULX, *supra*, note 29, p. 439 s.

50. Voir « Homosexual Right to marry... », *supra*, note 31, p. 207 s.

Les difficultés d'interprétation engendrées par le XIV^e^ Amendement découlent en grande partie du fait que ce dernier ne fournit en lui-même aucun indice quant à la discrimination qu'il interdit.

La Charte canadienne au contraire, cerne les droits à l'égalité par un concept de discrimination précis et fournit des exemples de fondements de catégorisations discriminatoires. Il importe donc de découvrir le sens du terme discrimination dans la Charte, avant d'évaluer dans quelle mesure l'homosexualité pourrait constituer un fondement de catégorisation interdite pour enfin résoudre la question du degré de contrôle auquel les tribunaux canadiens assujettissent les lois discriminatoires à l'égard des homosexuels.

1.2. La portée des droits à l'égalité dans l'article 15 de la Charte canadienne

Après avoir mentionné les quatre droits à l'égalité, le paragraphe 15(1) énonce que ces droits existent « indépendamment de toute discrimination ». Il faut donc comprendre qu'il ne peut y avoir violation d'un des droits à l'égalité que dans la mesure où une discrimination peut être établie.

Dans son sens premier, son sens le plus général, le terme discriminer signifie : distinguer d'autres éléments. Prise au pied de la lettre, l'interdiction de discriminer supposerait donc l'interdiction de distinguer dans les lois, des catégories d'individus pour les traiter différemment des autres. Or cette interprétation est à exclure.

1.2.1. Le concept de discrimination dans la Charte canadienne

C'est la combinaison des articles 15, 24 et 1 qui permet de distinguer la discrimination inconstitutionnelle de la discrimination permise par la Charte canadienne. La discrimination interdite est celle : 1) qui est fondée sur une caractéristique de la personne ; 2) qui porte atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité et ne répond pas aux exigences de l'article 1 de la Charte.

1.2.1.1. Une catégorisation fondée sur une caractéristique de la personne

Le caractère non exhaustif de la liste des fondements de discrimination interdite amènera certainement les tribunaux à utiliser la règle *ejusdem generis* pour déterminer ce qui peut constituer un fondement de discrimination dans le cadre du paragraphe 15(1).

On peut se demander si la jurisprudence américaine relative au XIV^e^ Amendement est susceptible d'influencer nos tribunaux en ce qui concerne

l'interprétation qu'ils auront à donner au paragraphe 15(1) de la Charte. Les tribunaux américains ont dégagé progressivement les caractéristiques communes des fondements de discrimination qu'ils tenaient pour suspects identifiant du même coup les critères qui permettraient, dans l'avenir, de faire reconnaître pour suspects au même titre, d'autres fondements de catégorisations. Cependant, ces critères sont d'une utilité relative pour l'interprétation du paragraphe 15(1). En effet, ce dernier énonce ses propres fondements suspects dont certains ne sont pas reconnus comme tels par les tribunaux américains et ne présentent donc pas nécessairement les mêmes traits que ceux qui sont communs aux catégories suspectes américaines. Ainsi en est-il notamment du sexe, de l'âge, ou encore des déficiences mentales ou physiques.

De plus, la notion de catégorisation suspecte a été dégagée dans le cadre du droit à l'égale protection de la loi alors que le paragraphe 15(1) énonce trois autres droits.

Enfin, aux États-Unis, l'intérêt de l'identification d'une catégorisation suspecte réside dans le degré de contrôle auquel les tribunaux assujettissent la norme créant la catégorisation. Selon la nature du fondement de cette dernière, il s'agira d'un contrôle strict, minimal ou intermédiaire. Dans le cadre de la Charte canadienne, le contrôle ne diffère pas quant à la rigueur, en fonction de la nature du fondement de la discrimination. L'article 1 pose les tests de constitutionnalité qui seront appliqués à toute règle de droit portant atteinte à un des droits ou une des libertés garantis par la Charte.

Compte tenu des réserves exprimées précédemment, on peut néanmoins s'inspirer de la jurisprudence américaine pour dégager les traits communs des fondements de catégorisations énoncés au paragraphe 15(1) de la Charte.

En énumérant des fondements de catégorisation, cette disposition énonce autant de caractéristiques de la personne susceptibles de fonder une catégorisation.

— On peut raisonnablement prétendre qu'en énonçant expressément des marques distinctives de la personne comme étant susceptibles de fonder une catégorisation discriminatoire, les rédacteurs de la Charte ont ainsi clairement reconnu la vulnérabilité des personnes possédant ces caractéristiques et leur besoin de protection. Il semble donc possible d'importer des États-Unis le critère du caractère historique de la discrimination. Il est d'ailleurs possible également de prétendre que la discrimination dont ces personnes ont historiquement fait l'objet a eu pour résultat de les appauvrir sur le plan politique, de les priver de la possibilité de combattre efficacement dans l'arène politique les mesures discriminatoires dont elles étaient victimes.

— On peut encore observer que tous les fondements de catégorisation énoncés au paragraphe 15(1), sauf un, la religion, réfèrent à des caractéristiques de la personne qui sont soit immuables, comme la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur ou le sexe, soit incontrôlables sans être nécessairement immuables comme l'âge et les déficiences mentales ou physiques. Seule la religion n'est ni immuable puisqu'on peut en changer, ni véritablement incontrôlable puisqu'elle suppose, pour que l'individu puisse être distingué en fonction de sa religion, qu'il ait manifesté, par ses paroles ou ses actes, son appartenance à une confession.

Dans le cadre de l'article 15, il ne s'agit pas d'évaluer la constitutionnalité d'une catégorisation qui, fondée sur la religion, aurait pour effet de porter atteinte à la liberté d'adhérer à la religion de son choix ou à la liberté de pratiquer des rites religieux. Une telle catégorisation serait évaluée en relation avec l'alinéa 2a) de la Charte énonçant la liberté de conscience et de religion. Le paragraphe 15(1) pose le principe de l'interdiction de fonder une catégorisation sur un motif tel que la religion et de porter atteinte ainsi aux droits à l'égalité quel que soit par ailleurs, le domaine d'activité humaine dans lequel la catégorisation emporte ses effets. Le paragraphe 15(1) pose donc le principe de l'interdiction *a priori* — sous réserve de l'article 1 de la Charte — d'une catégorisation établie en fonction d'une manifestation de ce que l'individu a de plus essentiel, soit sa conscience ou sa religion [51].

On peut donc certes considérer que si la religion n'est ni une caractéristique immuable ni une caractéristique incontrôlable, elle constitue une caractéristique inhérente à l'individu puisqu'elle procède de l'essence même de l'être humain.

Par ailleurs, on peut remarquer que la religion n'est pas la seule caractéristique personnelle à échapper au critère de la visibilité. Les déficiences physiques et mentales ne sont pas nécessairement aussi évidentes que la race ou le sexe. Dans cette mesure, elles ne peuvent être considérées comme des marques distinctives (des « *badges of distinction* » dans la jurisprudence américaine).

On peut donc conclure que le paragraphe 15(1) énumère à titre d'exemple des fondements de discrimination référant à des caractéristiques de la personne qui sont soit immuables, soit incontrôlables, soit encore essentielles ou inhérentes sans être pour autant visibles. Il semble par

51. Liberté de conscience et liberté de religion peuvent être distinguées l'une de l'autre quant aux notions qu'elles recouvrent et quant à leur portée respective. Cependant, la liberté de religion n'existe que dans la mesure où les individus sont maîtres de leur pensée et de leur conscience. Ce que ces trois libertés consacrent c'est l'autonomie et le libre épanouissement de l'intelligence humaine et le principe de la liberté des individus d'exprimer leurs convictions que ces dernières soient de nature séculière, laïque ou religieuse.

conséquent que toute caractéristique de la personne, immuable ou incontrôlable ou encore procédant de l'essence même de l'individu puisse, dans la mesure où elle est susceptible de fonder une catégorisation, être considérée comme un fondement de discrimination analogue à ceux qui sont énoncés au paragraphe 15(1) de la Charte.

Il est possible que nos tribunaux retiennent comme fondements de catégorisations discriminatoires des caractéristiques personnelles qui ne soient ni incontrôlables, ni immuables, ni inhérentes, comme par exemple la situation de famille, la filiation, l'état matrimonial. Mais il est évident qu'une analogie avec les fondements de catégorisation désignés expressément à l'attention des corps législatifs et des gouvernements facilitera l'identification à un fondement de discrimination mentionné par le paragraphe 15(1).

1.2.1.2. Une catégorisation ayant un effet sur un des droits à l'égalité

Les termes du paragraphe 15(1) sont clairs : il ne peut y avoir discrimination interdite que dans la mesure où la discrimination porte atteinte à un droit à l'égalité ou à plusieurs de ces droits.

Le paragraphe 24(1) de la Charte énonce que :

> Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal juge convenable et juste eu égard aux circonstances.

En premier lieu, il faut remarquer que dès qu'une catégorisation est fondée sur un motif énoncé au paragraphe 15(1) ou reconnu comme étant analogue par les tribunaux et que cette catégorisation a des effets sur un droit à l'égalité, elle porte atteinte à un droit garanti par la Charte (sous réserve cependant de l'article 1). Par conséquent, toute personne touchée par la catégorisation législative, que cette dernière lui soit avantageuse ou désavantageuse, est une victime potentielle aux termes du paragraphe 24(1). Il ne faut donc pas confondre l'effet négatif de la catégorisation sur un droit à l'égalité et l'effet négatif de la catégorisation quant à la situation d'un individu.

Le paragraphe 15(2) dispose que :

> Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou services 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.

On constate que les lois, programmes ou activités visés par le paragraphe 15(2) ont un but assigné, soit celui d'améliorer la situation d'individus

ou de groupes défavorisés. La discrimination « positive » ne peut donc être exercée en leur faveur que dans la mesure où, aux désavantages qu'ils ont subis, correspondent des avantages dont les autres individus ou groupes ont antérieurement bénéficié et dans la mesure où, c'est en raison d'une caractéristique énoncée ou analogue à ces dernières que ces personnes ou groupes ont été privés ainsi de ces avantages. Les tribunaux auront donc la double tâche de vérifier si les bénéficiaires d'une catégorisation étaient réellement défavorisés et si leur situation était bien désavantageuse en raison d'une caractéristique propre à constituer un fondement de discrimination.

La discrimination n'est donc pas nécessairement valide pour la raison que la loi qui l'établit accorde des avantages à certaines personnes visées. Aux bénéfices qui sont accordés à ces dernières, correspond nécessairement une privation de ces bénéfices pour toute personne exclue de la catégorie avantagée [52].

Si la discrimination n'est pas compatible avec les termes du paragraphe 15(2), elle relève alors du premier paragraphe du même article 15 et elle est suspecte d'inconstitutionnalité. Théoriquement par conséquent, il se peut que même avantagée par une loi, une personne puisse prétendre à la qualité de victime dans le cadre de l'article 24 de la Charte.

En second lieu, il faut aussi remarquer que si une catégorisation est fondée sur un motif énoncé au paragraphe 15(1), qu'elle n'entre pas dans le cadre du paragraphe 15(2) et que de plus, elle porte atteinte à un droit à l'égalité, il s'agit alors d'une catégorisation discriminatoire qui nie un droit à l'égalité. Il est difficile en effet de considérer qu'il y a simple atteinte à ce droit : on ne peut être plus ou moins égal devant la loi. De même une catégorisation qui porte atteinte au droit à « *l'equality under the law* », ne saurait qu'être négatrice de ce droit. Si un tribunal constate qu'un individu, à cause de sa race, de sa couleur ou de son sexe ou de tout autre motif admissible au titre de fondement de discrimination, ne retire pas les mêmes avantages d'une loi que les autres individus visés par la loi, non seulement la catégorisation a un effet sur le droit au même bénéfice mais cet effet est radical. Elle nie un tel droit. Il en est de même d'une catégorisation qui aurait un effet sur le droit à l'égale protection de la loi. Une fois que l'effet sur les droits à l'égalité est reconnu, il y a négation de ce droit et non pas seulement atteinte.

Les conséquences sont d'importance. Il faut faire état de l'article 1 de la Charte pour s'en convaincre :

52. Sur la constitutionnalité des programmes de discrimination positive aux U.S.A., voir W.S. TARNOPOLSKY, *supra*, note 29, p. 533 s.

Garanties des droits et libertés

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils 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 une décision récente [53], la Cour suprême déclare que les restrictions qui peuvent être reconnues valides en vertu de l'article 1 de la Charte ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés [54]. Seule, une clause de dérogation expresse conforme à l'article 33 de la Charte pourrait donc rendre la négation d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle. Permettre la négation des droits et libertés en dehors de cette hypothèse reviendrait à permettre à un corps législatif d'amender indirectement la Charte.

Si, par conséquent, on considère que l'atteinte à un droit à l'égalité prévu au paragraphe 15(1) constitue toujours une négation de ce droit, se pourrait-il qu'elle soit inconstitutionnelle et que l'article 1 ne puisse être utilisé pour la justifier ? Une telle conclusion serait quelque peu absurde. Peut-on en effet concevoir par exemple que nos constituants aient entendu interdire au législateur de faire des distinctions fondées sur l'âge dans le cadre d'une loi électorale ? Le simple bon sens conduit à penser que certaines « négations de droit » ne constituent pas nécessairement des « dérogations » injustifiables sous l'article 1. La Cour suprême sera donc à n'en pas douter amenée à préciser ce qu'elle entend par dérogation injustifiable à un droit à l'égalité.

1.3. L'homosexualité et la discrimination dans la Charte canadienne

La question primordiale à résoudre est celle de savoir si une catégorisation ayant un effet sur un droit à l'égalité peut être tenue pour discriminatoire pour la raison qu'elle est fondée sur l'orientation sexuelle.

Non seulement un individu peut-il être démarqué des autres individus en fonction de son orientation sexuelle mais l'homosexualité est susceptible en outre de fonder une catégorisation qui ne fera pas perdre à la loi ou à la norme infralégislative son caractère général et impersonnel. L'homosexualité est à la fois une caractéristique personnelle et collective puisqu'un nombre indéterminé de personnes, dans une collectivité donnée, possède cette caractéristique [55]. L'homosexualité est donc bien une caractéristique de la

53. *Procureur général du Québec* c. *Quebec Association of Protestant School Board, The Protestant School Board of Greater Montreal, Lakeshore School Board*, Cour suprême, 26 juillet 1984.

54. *Id.*, p. 30.

55. Voir D. PROULX, *supra*, note 29, p. 452.

personne susceptible de fonder une catégorisation législative ou réglementaire comprenant tous les individus identifiés comme homosexuels.

Le caractère historique de la discrimination exercée à l'égard des homosexuels n'est guère malaisé à établir, même si l'on ne devait tenir compte que de la discrimination effectuée par le législateur [56]. Il est donc possible d'alléguer que l'histoire prouve abondamment que les homosexuels ont besoin, au même titre que les personnes possédant les caractéristiques énoncées au paragraphe 15(1), de protection constitutionnelle, pour être soustraits à une discrimination que le législateur n'a été que trop enclin à exercer dans le passé. Cet argument peut d'ailleurs être étayé par le fait que les homosexuels ne constituent pas à l'heure actuelle encore, un groupe de pression bien organisé et susceptible d'exercer une influence véritable dans l'arène politique.

Il reste à déterminer si l'homosexualité peut être considérée comme étant une caractéristique de la personne immuable, incontrôlable ou encore essentielle.

Pour certains chercheurs, lorsque l'orientation sexuelle d'un individu est fixée, tout changement s'avère impossible alors que d'autres chercheurs ont démontré que certains individus exclusivement homosexuels ou à prédominance homosexuelle depuis 5 ans et plus peuvent, s'ils sont très fortement motivés, devenir hétérosexuels à l'issue d'une thérapie. Les résultats sont cependant statistiquement faibles et par ailleurs, ils ne serviraient qu'à établir le caractère non immuable de l'homosexualité [57]. Il faut remarquer en outre que cette démarche serait quelque peu fallacieuse, du moins tout autant que celle qui viserait à démontrer que le sexe n'est pas non plus une caractéristique immuable puisque dans plusieurs cas, certains individus très fortement motivés et à la suite d'une intervention chirurgicale ont pu en changer...

Si l'on considère qu'un individu peut, s'il le veut, éviter d'être identifié comme homosexuel en ne révélant son orientation sexuelle, ni par des paroles, ni par des actes, peut-on en conclure que l'homosexualité n'est pas une caractéristique incontrôlable ? Il semble que ce point de vue découlerait d'une confusion entre le critère de l'incontrôlabilité et celui de la visibilité de la caractéristique. Même si l'on devait admettre un certain recoupement entre ces deux critères, ils ne semblent pas absolument identiques et par ailleurs la visibilité ne paraît pas être déterminante pour que la caractéristique puisse être admise comme fondement de catégorisation discriminatoire dans

56. Voir R. DEMERS, « De la Lex Scantinia aux récents amendements du Code criminel : homosexualité et droit dans une perspective historique », p. 777 du présent volume.

57. Voir : « Homosexual Right to marry », *supra*, note 31, p. 202 s.

la Charte canadienne. Il faut dire que dans la mesure où l'homosexualité ne serait pas considérée comme immuable, elle ne pourrait pas davantage être considérée comme incontrôlable puisqu'il serait admis qu'un individu peut agir pour changer son orientation sexuelle.

Même si l'homosexualité ne devait pas être reconnue comme étant une caractéristique immuable et incontrôlable, il serait toutefois difficile de ne pas la considérer comme une caractéristique procédant de l'essence même de l'être humain au moins tout autant que la religion, bien que l'analogie puisse paraître curieuse à première vue. Le choix d'une religion est dicté par la pensée, les croyances, la conscience, alors que l'homosexualité est un choix dicté par la sexualité et nul ne peut affirmer que la sexualité doit être considérée comme secondaire ou moins déterminante quant à la personnalité d'un individu. Pensée, croyances, conscience et sexualité concourent à définir un être humain particulier. Il semble donc possible d'établir sur cette base que l'homosexualité constitue un fondement de catégorisation discriminatoire dans le cadre du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne.

Notons toutefois qu'il peut s'avérer extrêmement délicat d'établir que l'homosexualité constitue véritablement le fondement d'une catégorisation ; il suffit d'envisager certaines hypothèses pour s'en convaincre.

Une loi fiscale qui permettrait des déductions au titre d'équivalent de personne mariée, laquelle personne pourrait être l'époux ou l'épouse ou encore un enfant ou un parent, désavantagerait les conjoints de fait. On pourrait prétendre que c'est en raison de sa prédilection pour le couple légal que le législateur a utilisé ce moyen législatif. On pourrait alors alléguer qu'il y a eu discrimination en raison de l'état civil (personne mariée ou non mariée). Allons plus loin : supposons que le législateur tienne compte de l'union de fait en accordant au déclarant le droit de faire des déductions pour le conjoint de fait mais de l'autre sexe uniquement. L'effet évident serait de nier tout avantage équivalent au couple de fait homosexuel qui, en raison de son orientation sexuelle, subirait un désavantage par rapport aux couples de fait hétérosexuels placés dans les mêmes conditions de fortune. On pourrait alors alléguer que la personne homosexuelle ne reçoit pas de la loi la même protection et les mêmes avantages que les contribuables hétérosexuels. Mais pour contrer un tel argument, on pourrait prétendre que si la loi fiscale ne reconnaît pas les mêmes avantages aux contribuables homosexuels ce n'est pas en raison de leur homosexualité mais en raison du sexe de la personne avec laquelle ils font vie commune...

La Charte canadienne des droits et libertés semble protéger les individus de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et portant atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité découlant du paragraphe 15(1). L'effectivité

de cette protection est conditionnelle à la reconnaissance, par nos tribunaux, de l'analogie entre l'orientation sexuelle et les fondements de discrimination identifiés expressément par le constituant.

La Charte québécoise des droits et libertés de la personne présente l'avantage de poser clairement le principe de l'interdiction d'effectuer de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cependant, l'égalité qui s'y trouve garantie n'a pas la même signification ni la même étendue que celle qui est garantie dans la Charte canadienne.

2. Homosexualité et droit à la pleine égalité dans la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*

La Charte québécoise [58] est en vigueur depuis le 28 juin 1976. Rappelons qu'elle n'a d'application que dans les domaines qui relèvent de la compétence provinciale et que, lorsque l'article 15 de la Charte canadienne sera en vigueur, il n'aura aucun effet limitatif à l'égard des compétences législatives ou infralégislatives québécoises, pas plus d'ailleurs que les autres articles de la Charte canadienne dont l'application a été écartée par la *Loi concernant la loi constitutionnelle de 1982* [59].

Le principe d'égalité consacré par la Charte québécoise est doublement relatif. En premier lieu, le droit à l'égalité n'existe que dans un domaine bien circonscrit à l'intérieur duquel il est opposé à un concept précis de discrimination. En second lieu, même à l'intérieur de ce domaine, le droit à l'égalité est limité par l'existence de dérogations au principe de l'interdiction de discriminer.

2.1. Le domaine de l'égalité

Suite à de récentes modifications, la partie I de la Charte est désormais consacrée à l'énoncé des droits et libertés de la personne. Le chapitre 1.1 qui comprend les articles 10 à 20 est consacré au droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés. L'article 10 se lit ainsi :

> Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion et préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

58. *Supra*, note 4.
59. *Supra*, note 7.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

L'article 10.1 précise que :

> Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10.

Le législateur s'est exprimé négativement dans les autres dispositions du chapitre 1.1. relatif au droit à l'égalité, en interdisant la discrimination plutôt qu'en affirmant l'égalité.

— L'article 11 interdit la publicité discriminatoire.
— Les articles 12 et 13 interdisent la discrimination dans les actes juridiques. L'article 12 concerne le refus de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public ; l'article 13 interdit l'insertion dans un acte juridique quelconque d'une clause comportant discrimination.
— L'article 15 interdit la discrimination dans l'accès aux lieux et aux moyens de transport public ou encore, l'accès aux bars et services disponibles dans les endroits publics.
— Les articles 16 à 19 inclusivement concernent la discrimination dans l'emploi et plus largement dans le cadre des relations de travail.

Les articles 11 à 19 de la Charte québécoise ne font donc que préciser le droit de tout individu de ne pas être l'objet de discrimination interdite dans certaines circonstances ou occasions. Ils constituent par conséquent autant de droits à inclure dans le cadre des droits et libertés de la personne auxquels se relie le droit à la pleine égalité consacré par l'article 10.

2.1.1. *Le domaine fermé de l'égalité*

L'article 10 pose le principe de la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. Cette disposition soulève un important problème d'interprétation. Toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif énoncé est censée porter atteinte au principe de la pleine égalité. Par ailleurs, le droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne est lui-même un droit de la personne. Se pourrait-il que toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur un des motifs énoncés soit prohibée en principe dans la mesure où, même si elle n'a d'effet sur aucun autre droit ou liberté de la personne, elle a nécessairement des effets sur l'article 10 ?

Un tel raisonnement irait à l'encontre de la règle d'interprétation à l'effet que le législateur ne parle pas inutilement. En effet, si toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif de discrimination devait être

prohibée en principe, quel que soit le domaine juridique dans lequel elle emporte des effets, le législateur se serait borné à interdire toute distinction, fondée sur un motif de discrimination énoncé sans rattacher cette prohibition au domaine des droits et libertés de la personne.

2.1.2. Le domaine juridique et le domaine matériel de l'égalité

Le domaine juridique de l'égalité ne doit pas être confondu avec le domaine matériel de l'égalité. En vertu de l'article 10.1 par exemple, une personne a le droit de ne pas être harcelée en raison de son orientation sexuelle. Tout harcèlement fondé sur ce motif est effectué dans le domaine juridique de l'égalité, quel que soit le domaine matériel dans le cadre duquel il est effectué. De même, quelles que soient les circonstances matérielles dans lesquelles la vie d'une personne peut être mise en péril, l'article 2 oblige toute autre personne à lui porter secours et l'article 10 précise que ce doit être sans discrimination.

Le domaine matériel de l'égalité est ouvert alors que son domaine juridique est circonscrit. En d'autres termes, avant toute autre démarche, il est nécessaire de vérifier que les conséquences d'une catégorisation dont on veut établir le caractère discriminatoire se situent bien dans le cadre d'un droit ou d'une liberté de la personne.

Ainsi, une personne qui se voit refuser l'entrée d'un club privé en raison de son orientation sexuelle subit certes une discrimination, mais elle n'est pas interdite par la Charte puisque le droit d'entrer dans un lieu privé sans être discriminé ne découle d'aucun article reconnu dans la partie I de la Charte. Il en serait tout autrement si la même personne se voyait refuser l'accès d'une salle de danse ouverte au public. L'article 15 de la Charte interdit en effet à quiconque d'empêcher autrui, par discrimination, d'avoir accès aux lieux publics, aux établissements commerciaux et d'y obtenir les biens et services qui y sont disponibles. Il en résulte un droit d'accès à de tels lieux, sans discrimination.

Il resterait alors à déterminer si ainsi localisée dans son domaine, la catégorisation hétérosexuel-homosexuel est discriminatoire au sens que la Charte confère à ce terme.

2.2 La discrimination interdite et le droit des homosexuels à la pleine égalité

Dans l'article 10 de la Charte québécoise, l'égalité se trouve cernée par son contraire : la discrimination.

Dans la mesure où toute catégorisation des individus est en soi discriminatoire, les termes discrimination et égalité sont antinomiques.

Cependant, là encore, le législateur n'a pas parlé pour ne rien dire puisqu'il n'oppose à la pleine égalité qu'une certaine discrimination. Le droit à la pleine égalité consacré à l'article 10 est celui de ne pas être discriminé au sens que la Charte québécoise confère à ce terme.

2.2.1. La discrimination interdite : les critères d'identification

Le deuxième alinéa de l'article 10 précise qu'il y a discrimination lorsqu'une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif énoncé au premier alinéa a pour effet de détruire ou compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. La discrimination interdite est donc définie par son fondement, ainsi que par ses effets.

2.2.1.1. Le critère du fondement

L'orientation sexuelle constitue un motif de discrimination depuis 1977. La liste des motifs de discrimination a été augmentée récemment [60] de deux fondements de distinction illicites, soit l'âge [61] et la grossesse. Il y a donc à l'heure actuelle 15 motifs de discrimination énumérés à l'article 10. L'article 18.2 pour sa part, interdit de pénaliser une personne dans le cadre de son emploi, en se fondant pour ce faire sur le fait qu'elle ait été reconnue coupable ou se soit avouée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si l'individu a obtenu son pardon. Dans le cadre limité de l'emploi, l'article 18.2 établit donc un motif de distinction illicite qui doit être ajouté à ceux qui sont énoncés à l'article 10 pour constituer la liste des motifs de discrimination.

Cette liste est exhaustive. Aucun autre fondement de distinction, exclusion ou préférence n'est interdit par la Charte [62]. Par conséquent, la soi-disant victime de discrimination a la tâche d'établir que c'est en raison d'un motif compris dans la liste fermée des fondements de discrimination qu'elle a fait l'objet d'une distinction, exclusion ou préférence prohibée.

---

60. L.Q. 1982, c. 61.
61. Le législateur a cependant pris soin de préciser : « sauf dans la mesure prévue par la loi ». En d'autres termes, seule la loi est susceptible d'établir des catégorisations fondées sur l'âge. Le législateur pourrait cependant déléguer expressément ce pouvoir semble-t-il puisque l'article 56 prévoit que dans la Charte, le mot loi signifie décret, règlement autorisé par la loi.
62. *Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal v. Racette*, C.S., Mtl, nº 500-05-017 718-766, 7 oct. 1976. *Wade Johnson et Holly Sheppard* c. *Commission des affaires sociales*, CA., Qué., 22 février 1984. Voir D. PROULX, *supra*, note 29, p. 458 s.

Il est clair qu'une catégorisation peut avoir en réalité un fondement interdit alors qu'en apparence elle repose sur un fondement licite. Le problème qui consiste à établir une relation entre un fondement prohibé et la distinction, exclusion ou préférence peut donc se trouver considérablement accru par le caractère indirect de la discrimination[63]. Cependant, en définissant la discrimination non seulement par son fondement mais également par ses effets, le deuxième alinéa de l'article 10 permet de considérer que la preuve de l'intention discriminatoire de l'auteur de la catégorisation n'a pas à être apportée par la victime dans tous les cas.

2.2.1.2. Le critère de l'effet

Pour être discriminatoire, il ne suffit pas, aux termes du deuxième alinéa de l'article 10, qu'une catégorisation soit fondée sur une des caractéristiques énoncées au premier alinéa. Elle doit en outre avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne.

La question qui consiste à déterminer le domaine des effets d'une catégorisation est distincte de la question de savoir si, à l'intérieur du domaine de l'égalité, une catégorisation est ou non discriminatoire.

Si, par exemple, un locateur décide de n'accepter aucun animal dans son immeuble, il distingue entre deux catégories d'éventuels locataires : ceux qui ont un animal et ceux qui n'en ont pas. La catégorisation produit ses effets dans le cadre d'un acte juridique donc, à l'intérieur du domaine où le droit à l'égalité est opérant. Néanmoins, parce qu'elle n'est pas fondée sur des motifs de discrimination énoncés par la Charte, elle ne rencontre pas la première exigence du deuxième alinéa de l'article 10; il n'y a donc pas discrimination interdite.

Il en est autrement si le locateur stipule qu'il n'accepte aucun locataire homosexuel : la distinction entre les personnes opère toujours dans le domaine de l'égalité et comme elle est fondée sur l'orientation sexuelle, elle rencontre l'exigence du fondement de la discrimination. Cependant, la question reste de savoir si elle rencontre la deuxième exigence soit celle de détruire ou compromettre le droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne.

Il n'est pas requis, pour qu'il y ait discrimination que l'effet d'une distinction, exclusion ou préférence soit de détruire ou compromettre un droit ou une liberté de la personne garantis ailleurs que dans l'article 10. Ce

63. Relativement aux problèmes de preuve du fondement d'une distinction, exclusion ou préférence voir : D. PROULX, *supra*, note 29, p. 462 s.

qui est requis, c'est que la catégorisation ait un effet négatif sur le droit énoncé à l'article 10. Or, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif de discrimination énoncé par la Charte et dont les effets se situent dans le domaine où opère le principe de la pleine égalité ne peut en aucun cas être neutre quant au droit garanti à l'article 10. On peut concevoir diverses hypothèses pour illustrer ce point.

Pour combler un poste, un employeur pourrait décider que seuls les hommes pourront poser leur candidature. Il créerait ainsi deux catégories d'individus à partir d'une seule distinction fondée sur le sexe. Tous les hommes seraient inclus dans une première catégorie à l'intérieur de laquelle ils seraient *également aptes* à postuler l'emploi. Toutes les femmes, exclues de la catégorie homme, constitueraient une catégorie à l'intérieur de laquelle elles seraient *également inaptes* à faire acte de candidature. Que l'inclusion dans la catégorie homme soit avantageuse en ce qui concerne l'admissibilité des candidatures, et que l'inclusion dans la catégorie femme qui résulte de l'exclusion de la catégorie homme soit désavantageuse, n'a rien à voir avec le fait que hommes et femmes ont été déclarés distincts, différents, donc inégaux aux fins de l'embauche.

Si l'employeur décidait outre de n'engager que des hommes, de donner priorité aux hommes hétérosexuels, il établirait 3 catégories. Celle des hommes hétérosexuels, par rapport aux hommes homosexuels et aux femmes; celle des hommes homosexuels, désavantagés par rapport aux premiers mais avantagés par rapport aux femmes qui, elles, seraient totalement désavantagées.

Une exclusion de la catégorie femme est alors avantageuse mais une exclusion de la catégorie homme hétérosexuel est désavantageuse.

On peut concevoir que d'une distinction créant par exemple deux catégories d'individus, ne découle aucun avantage ou désavantage comparatif. C'est le cas si un employeur décidait de séparer physiquement ses employés en fonction du sexe en confinant les hommes dans certains locaux précis et les femmes dans certains autres. Si toutes choses sont identiques par ailleurs, les hommes et les femmes sont séparés, mais égaux quant à leurs conditions matérielles de travail. L'équivalence des avantages et inconvénients là encore, ne peut cependant occulter le fait que l'employeur ne considère pas que hommes et femmes sont absolument identiques dans le cadre de leur emploi.

Quel que soit son fondement, toute distinction, exclusion ou préférence part du postulat que les individus qui en sont l'objet sont différents. Si ses effets se situent dans le domaine auquel l'article 10 est relié et qu'elle est fondée sur un motif de discrimination énoncé par la Charte, elle porte

atteinte nécessairement au droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. Elle le nie radicalement, et *a fortiori*, le compromet. Il est en effet impossible d'être plus ou moins « pleinement égal ».

2.2.2. La signification du droit à la pleine égalité

Le caractère objectif du critère de l'effet de la discrimination comporte deux conséquences : la discrimination positive est tout aussi prohibée que la discrimination négative, et la discrimination non intentionnelle est tout aussi illicite que la discrimination intentionnelle.

2.2.2.1. « Discrimination positive » et « discrimination négative »

La « discrimination positive » est tout aussi attentatoire à la pleine égalité que la « discrimination négative ». Cette conclusion est d'ailleurs étayée par les dispositions de la partie III de la Charte consacrée aux programmes d'accès à l'égalité. L'utilisation, dans la version anglaise du terme « affirmative action programs » permet de supposer qu'il s'agirait d'un programme de discrimination positive dans le cadre de l'emploi, de l'éducation, de la santé et plus largement dans le cadre des services offerts ordinairement au public. Les programmes sont donc destinés à être implantés dans le domaine où le droit à la pleine égalité est opérant. Le législateur précise qu'un de ces programmes est réputé non discriminatoire s'il est établi conformément à la Charte [64], c'est-à-dire conformément aux dispositions de la partie III. Il est donc réputé discriminatoire dans tous les autres cas.

À l'heure actuelle, la partie III n'étant pas en vigueur, il faut donc conclure que la discrimination positive est tout aussi interdite que la discrimination négative [65]. D'ailleurs, tel que mentionné précédemment, même si elle est neutre en termes d'avantages ou d'inconvénients qui en découlent, une distinction, exclusion ou préférence peut néanmoins être discriminatoire.

Même avantagée par une catégorisation, une personne discriminée selon la Charte est « victime d'une atteinte illicite à un droit reconnu par la Charte ». L'article 49 dispose que :

> Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

64. Art. 86.1 de la Charte.

65. Voir *Jean Pelletier et Christian Médien* c. *Ministre de l'Environnement du Québec*, C.S., Qué., nº 200-05-001809-826, 4 mai 1982.

> En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Un tribunal n'a pas à évaluer les avantages ou les désavantages qu'un individu retire d'une distinction, exclusion ou préférence discriminatoire pour lui reconnaître la qualité de victime dans le cadre de l'article 49. Il est cependant évident que cette évaluation devra se faire si le tribunal doit se prononcer quant à la réparation du préjudice subi. Seule, une personne désavantagée matériellement par une catégorisation discriminatoire pourra obtenir réparation du préjudice matériel. Mais il n'est pas exclu qu'une personne avantagée par la catégorisation discriminatoire puisse invoquer le préjudice moral.

2.2.2.2. Discrimination intentionnelle et non intentionnelle

En cernant la discrimination par ses effets autant que par son fondement, la Charte évite à la victime de fournir dans tous les cas la preuve du caractère intentionnel de la discrimination. Les seuls points à établir sont relatifs au fondement de la catégorisation et au domaine des effets. Il découle en outre du deuxième paragraphe de l'article 49 qu'une atteinte au droit reconnu à l'article 10 peut être à la fois illicite et intentionnelle ce qui signifie qu'une atteinte non intentionnelle est néanmoins illicite[66]. Il reste cependant à déterminer ce qui constitue l'intention de discriminer.

Il est clair que l'auteur d'une catégorisation peut avoir conscience de fonder cette dernière sur un motif énoncé à l'article 10 mais ne pas être conscient des effets d'une telle catégorisation sur un droit ou une liberté de la personne. Si la discrimination se définit à la fois par son fondement et ses effets dans un certain domaine, même s'il y a concrètement discrimination, on ne peut cependant conclure qu'elle a été effectuée volontairement.

À l'inverse, l'auteur de la distinction peut être parfaitement conscient du domaine des effets de la catégorisation mais inconscient quant à son fondement réel. C'est ce qui peut se produire dans le cas de discrimination dite systémique.

Normalement, ne devrait être considérée comme discrimination intentionnelle que celle qui est effectuée en toute conscience du fondement et du domaine des effets de la distinction, exclusion ou préférence.

---

66. *Commission des droits de la personne du Québec* c. *Collège de Sherbrooke*, [1981] C.S. 1083; *Commission des droits de la personne du Québec* c. *L'Homme*, C.A., Mtl, nº 500-09-001 096 791, 11 déc. 1980.

2.3. L'orientation sexuelle et les dérogations au droit à l'égalité

Outre le pouvoir général de déroger à la Charte dont dispose la Législature du Québec, certaines dispositions de cette même Charte prévoient spécifiquement des dérogations au droit à la pleine égalité.

2.3.1. L'orientation sexuelle et le pouvoir général de déroger à la Charte

La Charte exprime la volonté d'un corps législatif souverain dans son domaine de compétence de s'autolimiter dans l'exercice des pouvoirs législatifs. En adoptant la Charte, la Législature du Québec n'a pu cependant abandonner toute prétention de légiférer contrairement à la Charte. En vertu de l'article 53 de cette dernière, si un doute surgit dans l'interprétation d'une loi, il doit être tranché dans le sens indiqué par la Charte. Cependant, si une loi postérieure à 1975 est incompatible avec les articles 39 et suivants, c'est la loi qui prévaudra. C'est ce qu'il faut déduire de l'article 52 qui stipule que :

> Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Il découle de cette disposition que si une loi postérieure à 1975 porte atteinte au droit à la pleine égalité, elle sera inopérante dans cette mesure, à moins que le législateur n'ait indiqué expressément son intention de faire prévaloir la loi sur la Charte.

La clause de dérogation expresse n'est cependant pas reliée exclusivement à l'article 10, contrairement à certaines dispositions de la Charte qui constituent des dérogations spécifiques au droit à la pleine égalité.

2.3.2. L'orientation sexuelle et les dérogations spécifiques au droit à la pleine égalité

Il existe une clause dérogatoire au droit à la pleine égalité qui ne concerne en rien les homosexuels ou homosexuelles. Il s'agit de l'article 26 qui permet à toute personne détenue dans un établissement de détention provincial d'exiger d'être soumise à un régime carcéral approprié à son sexe, à son âge et à sa condition physique ou mentale. S'il découle de cet article, un *droit d'être discriminé*, seuls les fondements de discrimination qui y sont énoncés peuvent justifier la discrimination. Une distinction fondée sur l'orientation sexuelle resterait donc illicite.

Les autres dérogations spécifiques au droit à l'égalité peuvent justifier des distinctions qui sont susceptibles de toucher directement ou indirectement

les personnes homosexuelles. Il n'est pas question, ici, de faire une étude approfondie de ces dérogations mais de mentionner leur impact éventuel sur les droits à la pleine égalité des homosexuels et homosexuelles.

2.3.2.1. L'orientation sexuelle et la discrimination en matière de location de chambre

L'article 14 de la Charte permet à un locateur de refuser discriminatoirement de louer une chambre située dans un local d'habitation si le locateur ou sa famille réside dans le local, ne loue qu'une seule chambre et n'annonce pas celle-ci en vue de la louer, par avis, ou par tout autre moyen public de sollicitation.

On constate que les conditions préliminaires à la faculté de discriminer du locateur sont très précises. Ce n'est que dans l'hypothèse où elles ne seraient pas toutes réunies, qu'un refus de louer fondé sur l'orientation sexuelle du locataire serait illicite.

2.3.2.2. L'orientation sexuelle et la discrimination dans les contrats ou régimes d'assurance, de rente, de retraite ou d'avantages sociaux

Le deuxième alinéa de l'article 20 stipule que :

> ... dans les contrats d'assurance ou de rente, les régimes d'avantages sociaux, de retraite, de rente ou d'assurance ou dans les régimes universels de rente ou d'assurance, est réputée non discriminatoire une distinction, exclusion ou préférence fondée sur des facteurs de détermination de risque ou des données actuarielles fixées par règlement.

Cette disposition n'est pas en vigueur à l'heure actuelle. Elle le sera lors de l'entrée en vigueur du règlement prévu à l'alinéa 86.8a) de la Charte, en vertu duquel le gouvernement pourra déterminer les données actuarielles et les facteurs de détermination de risque dont il est question au deuxième alinéa de l'article 20. On remarque que ce dernier ne permettra pas de fonder directement la distinction, exclusion ou préférence sur l'orientation sexuelle. Mais il est clair qu'indirectement, il le permettra. En effet, si par hypothèse les données actuarielles et facteurs de détermination du risque sont par exemple à l'effet que le S.I.D.A. est particulièrement répandu chez les homosexuels et les Haïtiens, ces deux catégories d'individus seront indirectement touchés par la distinction, exclusion ou préférence en raison de leur orientation sexuelle ou de leur origine nationale. Dans cette hypothèse cependant, il n'y aurait pas discrimination interdite.

Jusqu'à ce que l'alinéa 2 de l'article 20 soit en vigueur, c'est l'article 90 qui s'applique. Il est à l'effet que :

> De même, dans les contrats d'assurance ou de rente, les régimes d'avantages sociaux, de retraite, de rente ou d'assurance ou dans les régimes universels de rente ou d'assurance, est réputée non discriminatoire une distinction, exclusion ou préférence fondée sur des facteurs de détermination de risque ou des données actuarielles fixés par le règlement.

Dans le cadre d'un régime de rente ou de retraite, d'assurance de personne ou de tout autre régime d'avantages sociaux, il est permis de fonder indirectement une exclusion, une préférence ou simplement une distinction sur l'orientation sexuelle, en contrevenant ainsi de manière licite aux articles 11, 13, 16, 17 et 19 de la Charte, mais seulement à ces articles. Il est donc possible de faire de la publicité discriminatoire (art. 11) ; de stipuler dans un acte juridique une clause comportant discrimination (art. 13) ; de discriminer dans l'embauche ou plus généralement dans les conditions de travail (art. 16) ; de discriminer dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une association d'employeurs ou de salariés ou encore d'une corporation professionnelle ou association de personnes exerçant une même occupation (article 17) ; de discriminer, toujours sur la base de l'orientation sexuelle, dans l'octroi du traitement ou salaire octroyé pour un travail équivalent (art. 19).

Dans le cadre des régimes visés par l'article 90, mais dans ce seul cadre, on peut donc dire que l'orientation sexuelle peut fonder indirectement une discrimination licite.

Par ailleurs, le caractère dérogatoire de l'article 90, et dans l'avenir, du deuxième alinéa de l'article 20, devrait inciter les tribunaux à conférer à ces dispositions une interprétation restrictive.

2.3.2.3. L'orientation sexuelle et la discrimination fondée sur les aptitudes ou justifiée par le caractère particulier d'une institution

L'alinéa 1 de l'article 20 est à l'effet que :

> Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

La discrimination peut donc être licite dans deux cas : 1) lorsqu'elle est *fondée* sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi ; 2) lorsqu'elle est *justifiée* par le caractère particulier de certaines institutions.

Un employeur peut donc invoquer la première exception prévue au premier alinéa de l'article 20 pour établir des catégorisations mais il a alors la charge de prouver qu'elles ne sont pas fondées sur un motif énoncé à l'article 10 mais bien sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi.

L'ancienne rédaction parlait « *d'aptitudes exigées de bonne foi* », et, dans *Ville de Brossard* c. *La commission des droits de la personne*[67] la Cour supérieure avait décidé que ce terme renvoyait à des critères objectifs : les exigences pertinentes aux fonctions.

Aux U.S.A., des rédactions équivalentes ont amené les tribunaux à élaborer la notion de bonne foi. Ainsi, la qualité est exigée de bonne foi, lorsqu'elle est nécessaire pour assurer l'authenticité d'un poste. Par exemple, un metteur en scène peut de bonne foi demander un acteur plutôt qu'une actrice, pour tenir le rôle de Tarzan ; dans un restaurant mexicain, il serait loisible par exemple au propriétaire de l'établissement de spécifier que le cuisinier devra être mexicain, ceci pour assurer le caractère authentique de l'établissement.

Une autre qualité ou aptitude, pourrait s'imposer d'elle-même lorsque la décence et les bonnes mœurs sont en jeu : pour engager un surveillant de toilettes masculines on pourrait de bonne foi exiger un homme. Mais il est difficile de concevoir que l'hétérosexualité soit une qualité requise par un emploi.

La Commission des droits de la personne a donné une interprétation restrictive au premier alinéa de l'article 20. La question qui lui était posée était la suivante : est-il discriminatoire de la part de l'Association des grands frères de refuser aux homosexuels le droit d'être membres de l'association ? Cette dernière recrute des bénévoles masculins destinés à servir de substitut paternel à un « petit frère » dont le père est absent du foyer. Le but est de fournir une image masculine stable à l'enfant. Dans les conditions d'admission à la qualité de membre, l'hétérosexualité est une caractéristique de rigueur et cette condition est donc contraire à l'article 10 de la Charte.

La Commission, dans l'avis qu'elle a rédigé sur ce point[68] relève que l'association présente un bon exemple de l'application du premier alinéa de l'article 20 en regard de la discrimination selon le sexe : le sexe masculin est requis et se justifie en fonction des buts poursuivis par l'association, puisqu'il s'agit d'offrir un substitut à l'image du père. Une catégorisation en fonction de l'orientation sexuelle se justifie-t-elle tout autant ? La Commission relève

67. C.S., Mtl, n° 500-05-016 079-798, 20 déc. 1979.

68. Avis du service de la recherche, droit d'association et discrimination selon l'orientation sexuelle. Commission des droits de la personne de Québec, Dossier MM-00-977-1, Résolution : COM : 98-8.1.9.

que l'homosexualité en soi ne devrait pas priver quelqu'un du droit de répondre aux besoins d'un enfant. Elle ne devrait être qu'une donnée parmi d'autres. La Commission trouverait justifié, en considération de la nature de l'association, qu'un homosexuel pédophile soit exclu. Mais en dehors de cette hypothèse, elle est d'avis que l'article 20 ne permet pas à l'association de discriminer globalement tous les homosexuels.

Dans le cadre du premier alinéa de l'article 20, l'autre possibilité d'échapper à l'interdiction de discriminer est de justifier une catégorisation autrement interdite, par le caractère particulier des institutions qui effectuent de telles catégorisations. Mais là encore, l'interprétation restrictive doit prévaloir comme l'a fait remarquer le juge Beauregard de la Cour supérieure de Montréal dans *Association des gais du Québec* c. *Commission des écoles catholiques de Montréal*[69].

Le juge Beauregard avait à décider de la légalité du refus de la Commission des écoles catholiques de Montréal de louer un local à l'association requérante durant un week-end. La Commission, dans l'exercice ordinaire de ses pouvoirs, offrait au public en général la location de certains de ses bâtiments pour la tenue de congrès.

Le seul motif du refus de la Commission de louer ses locaux était que l'association requérante regroupait des homosexuels pour en défendre les intérêts. À première vue, le refus reposait donc sur un motif énoncé dans l'article 10, soit l'orientation sexuelle. Il y avait bien refus de conclure un acte juridique pour un motif illicite, contrairement à l'article 12 de la Charte.

La Commission justifiait son refus en invoquant le premier alinéa de l'article 20. Elle alléguait que l'homosexualité est condamnée par l'église et que dans la mesure où elle-même dispensait un enseignement confessionnel, elle était justifiée d'invoquer cette exception au principe de l'interdiction de discriminer.

Le juge Beauregard releva que le refus de louer à des homosexuels devait être justifié par le caractère religieux ou éducatif de l'institution ; que la qualification se devrait d'être objective, c'est-à-dire fondée sur des faits qui font de l'exclusion une conséquence logique et rationnelle du caractère religieux ou éducatif de l'institution. Il parla de « connexité rationnelle ». Aucune preuve sur ce point n'avait été apportée par la Commission et, de plus, il apparaissait que la Commission avait, dans le passé, consenti des baux à des églises non catholiques ainsi qu'à des partis politiques athées ou agnostiques. Il était donc facile de conclure que la location de ses locaux était, pour la Commission, une activité non reliée à ses fonctions éducatives ou à son caractère confessionnel.

69. [1980] C.S. 93.

C'est donc une interprétation très restrictive que le juge Beauregard a donnée à l'alinéa 1 de l'article 20. La Commission des écoles catholiques s'appuyait sur l'affaire de la *Gay alliance*[70]. Rappelons brièvement les faits de cette affaire : le Vancouver Sun avait refusé d'insérer dans le journal une annonce tout à fait anodine que la Gay alliance voulait publier. Il s'agissait d'indiquer dans le journal le nom d'une revue suivi du coût de l'abonnement et de l'adresse à laquelle envoyer les souscriptions. L'article 3 du *Human Right Code* de la Colombie britannique disposait que :

> 3(1) Nul ne doit a) priver une personne ou une classe de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public ; ou b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une classe de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, *si ce* n'est pour une cause raisonnable.
>
> (2) Aux fins du paragraphe (1), ne constituent pas une cause raisonnable a) la race, la religion, la couleur, l'ascendance ou le lieu d'origine d'une personne, sauf si la sauvegarde de la décence publique ou la fixation de primes ou de prestations en vertu de contrats d'assurance est en cause.[71]

Alors que la cause raisonnable aurait dû être au cœur de l'affaire, le juge Martland, disposant pour la majorité, posa ainsi la question : Dans quelle mesure le *Human Right Code* restreint-il le pouvoir discrétionnaire de l'éditeur d'un journal de déterminer ce qu'il désire publier dans son journal ? Ainsi formulé, le problème se posait en termes de conflit entre la liberté de la presse d'une part et l'article 3 du *Human Right Code.* Dans ses motifs, le juge Martland rappela qu'à la suite de l'arrêt sur la presse albertaine[72] il était douteux qu'une province puisse constitutionnellement imposer des restrictions à la liberté de presse et que par conséquent, cette dernière devait prévaloir.

Cette affaire de la *Gay alliance* pourrait donc se produire au Québec et recevrait probablement la même solution jurisprudentielle. Elle a néanmoins un aspect inquiétant : si la liberté de la presse comprend le droit de refuser de publier une information parce que le message qu'elle véhicule est contraire aux idées de l'éditeur, faut-il en déduire que ce dernier peut publier tout ce qui lui plaît ? Irait-on jusqu'à soutenir qu'un avis, un symbole ou un signe comportant discrimination à l'égard des homosexuels pourrait être validement publié contrairement à ce qu'édicte l'article 11 de la Charte québécoise parce que la liberté de presse ne peut être restreinte par une loi provinciale ? Si tel est le cas, la Charte peut-elle constituer une contrainte pour les éditeurs ? Il était évidemment clair que le juge Beauregard n'avait pas à tenir

70. *Gay Alliance Toward Equality* c. *Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.
71. S.B.C. 1973 (2e sess.), c. 119, s. 3.
72. *Référence Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

compte de l'affaire de la *Gay alliance* et n'eut donc pas à en préciser la portée puisque la liberté de presse n'était nullement en question.

2.3.2.4. L'orientation sexuelle et les programmes d'accès à l'égalité

Les programmes d'accès à l'égalité mériteraient à eux seuls une étude distincte. Dans le présent contexte, il est seulement question d'en relever les caractéristiques essentielles.

Leur objet est clairement défini à l'article 86.1. Il s'agit de corriger la situation de personnes faisant partie de *groupes victimes d'une discrimination antérieure*. Le domaine dans lequel la discrimination doit avoir été exercée est circonscrit : il s'agit de l'emploi, du secteur de l'éducation et de la santé et plus généralement, des services ordinairement offerts au public.

Il relève des fonctions de la Commission des droits de la personne de constater, après enquête, qu'une situation de discrimination prévue à l'article 86.1 existe et de recommander l'implantation, dans un délai qu'elle fixe, d'un programme d'accès à l'égalité. Si sa recommandation n'est pas suivie, la Commission peut s'adresser à un tribunal qui pourra apporter au programme les modifications qu'il jugera adéquates et l'imposer si toutefois la Commission a fait la preuve que la situation visée à l'article 86.1 existe bien.

La Commission surveille l'application des programmes; elle peut effectuer des enquêtes et exiger des rapports[73]. Si elle constate qu'un programme n'est pas implanté ou n'est pas observé, elle peut, s'il s'agit d'un programme qu'elle a approuvé, retirer son approbation ou, s'il s'agit d'un programme dont elle a recommandé l'implantation, s'adresser au tribunal pour que ce dernier l'impose[74].

Si des faits nouveaux le justifient, un programme autorisé ou implanté peut être modifié, reporté ou annulé[75], soit d'un commun accord entre la Commission et la personne requise d'implanter le programme, soit, au cas de désaccord, par décision judiciaire. Toute modification à un programme doit être établie conformément à la Charte[77].

Si tout programme doit en principe être approuvé par la Commission à moins qu'il ne soit imposé par le Tribunal, et est assujetti aux dispositions mentionnées précédemment, la Charte fait une exception en ce qui concerne

73. Art. 86.4.
74. Art. 86.5.
75. Art. 86.6.
76. *Ibid.*
77. Art. 86.7.

les programmes d'accès à l'égalité implantés à l'intérieur des ministères et organismes gouvernementaux. C'est le gouvernement lui-même qui doit exiger alors leur implantation et qui en surveille l'application. De tels programmes doivent seulement — mais obligatoirement — faire l'objet d'une consultation auprès de la Commission avant d'être implantés.

Pour que l'implantation d'un programme d'accès à l'égalité soit justifiée, il faut que la discrimination antérieure effectuée dans les secteurs d'activité visés par ces programmes, ait eu un certain caractère systématique. Dans le secteur de l'emploi, il faudrait par exemple que la Commission soit convaincue qu'en tant que groupe, les homosexuels ont été défavorisés par un employeur, par rapport aux hétérosexuels. Des cas de discrimination isolés ne permettraient pas en effet de considérer que les conditions sont réunies pour que l'implantation de ces programmes soit considérée comme licite.

Comme mentionné précédemment, les programmes d'accès à l'égalité sont dérogatoires au droit à la pleine égalité qui découle de l'article 10. L'interprétation des dispositions de la partie III de la Charte devrait donc être restrictive.

Bien que la partie III de la Charte ne soit pas en vigueur à l'heure actuelle, il était impossible de ne pas faire état, même succinctement, de cette source de discrimination licite dont pourraient éventuellement bénéficier un groupe d'homosexuels.

Conclusion

Alors que la Charte québécoise circonscrit le domaine juridique de l'égalité, dans la Charte canadienne, la loi ainsi que les actes normatifs infralégislatifs constituent le domaine juridique de l'égalité, domaine qui est donc largement ouvert.

Dans la Charte québécoise, il s'agit du droit à la pleine égalité alors que dans la Charte canadienne, il s'agit de certains droits à l'égalité. Cependant, dans les deux chartes, l'égalité qui s'y trouve garantie est cernée par son contraire : la discrimination. Seule, une certaine discrimination est incompatible avec les droits à l'égalité de la Charte canadienne ou avec l'article 10 de la Charte québécoise. Elle est identifiable à l'aide de deux critères, celui du fondement d'une catégorisation et de ses effets.

Dans le cadre de la Charte canadienne, les homosexuels des deux sexes seront protégés contre la discrimination si nos tribunaux acceptent de considérer que l'orientation sexuelle peut, au même titre que les autres caractéristiques personnelles énoncées expressément à l'article 15, fonder

une catégorisation discriminatoire. Cependant, même si ce point était acquis, il ne serait néanmoins pas certain pour autant que la discrimination ainsi fondée soit invalide. Tout dépendra de l'interprétation que nos tribunaux et surtout la Cour suprême, donneront à l'article 1 de la Charte dans sa relation avec les droits à l'égalité. Même si on peut avancer que l'atteinte à un droit à l'égalité constitue toujours une négation de ce droit. il y a très certainement des négations qui sont justifiables sous l'article 1. Dans cette perspective, il faudra attendre que la Cour suprême ait précisé dans quelle mesure un individu homosexuel peut être juridiquement « moins égal » qu'un autre individu sans pour autant qu'il soit *dérogé* à son droit ou à ses droits à l'égalité...

Dans le contexte de la Charte québécoise, la situation des homosexuels des deux sexes est plus claire. Toute personne, quelle que soit son orientation sexuelle doit être pleinement égale aux autres individus dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. Ce droit n'est limité dans sa portée que par l'existence de dérogations à l'interdiction de discriminer, dérogations qui, comme toutes les exceptions à un principe, doivent être strictement comprises.

La Charte québécoise a innové en faisant de l'orientation sexuelle un fondement de discrimination interdite. Le législateur a ainsi imposé une attitude de tolérance à toutes les personnes publiques et privées qui sont assujetties à la Charte. Il faut voir là, l'affirmation explicite à l'effet, que pour toute une collectivité humaine, la société québécoise, l'orientation sexuelle est, dans un certain domaine, un critère impropre de distinction entre les individus. Les tribunaux qui seront chargés d'interpréter l'article 15 de la Charte canadienne seront-ils enclins à le reconnaître eux aussi ?