

L'objet des droits constitutionnels à l'égalité

Daniel Proulx

Volume 29, Number 3, 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042901ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042901ar>

[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

Proulx, D. (1988). L'objet des droits constitutionnels à l'égalité. *Les Cahiers de droit*, 29(3), 567–598. <https://doi.org/10.7202/042901ar>

Article abstract

This article is exclusively devoted to enquiring into the purpose of equality rights guaranteed by sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. By first retracing the concept of equality from both a legal and philosophical perspective, the author comes to the conclusion that the juxtaposition of values of human dignity and social justice has brought on the most powerful change in the concept of equality. By invoking these two values in unison, authoritative writings, legislators and the courts have on the one hand, come to recognize the insufficiency of formal legal equality and thereby integrate the principle of substantial equality and have, on the other, conceived equality not merely with regard to individuals alone, but also by taking into account groups that society tends to neglect or dominate due to the existence of tenacious prejudices.

The author then specifically examines the Canadian legal and socioeconomic context in search of the purpose of equality rights enshrined in the Charter of rights and shows that the addition of section 28 and the enumeration of grounds of discrimination to equality rights in s.s. 15(1) has as its purpose to provide additional protection to women and members of certain underprivileged groups. This special protection is indicative, in the author's view, of a clear constitutional choice in favour of a substantial conception of equality taking into account the collective dimension of discrimination.

L'objet des droits constitutionnels à l'égalité

Daniel PROULX *

This article is exclusively devoted to enquiring into the purpose of equality rights guaranteed by sections 15 and 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. By first retracing the concept of equality from both a legal and philosophical perspective, the author comes to the conclusion that the juxtaposition of values of human dignity and social justice has brought on the most powerful change in the concept of equality. By invoking these two values in unison, authoritative writings, legislators and the courts have on the one hand, come to recognize the insufficiency of formal legal equality and thereby integrate the principle of substantial equality and have, on the other, conceived equality not merely with regard to individuals alone, but also by taking into account groups that society tends to neglect or dominate due to the existence of tenacious prejudices.

The author then specifically examines the Canadian legal and socio-economic context in search of the purpose of equality rights enshrined in the Charter of rights and shows that the addition of section 28 and the enumeration of grounds of discrimination to equality rights in s.s. 15(1) has as its purpose to provide additional protection to women and members of certain underprivileged groups. This special protection is indicative, in the author's view, of a clear constitutional choice in favour of a substantial conception of equality taking into account the collective dimension of discrimination.

	Pages
1. Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité	569
2. Les valeurs et intérêts protégés par les articles 15 et 28	580
2.1. La perspective individualiste fondée sur l'égalité naturelle et la dignité inhérente de tout être humain	581
2.2. La perspective collective fondée sur l'inégalité de fait et la justice sociale	585
Conclusion	596

* Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Quiconque désire percer le mystère du sens et de la portée des droits à l'égalité protégés par les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* doit obligatoirement réfléchir sur un certain nombre de questions-clés. Ainsi, par exemple, quel est l'objet de ces dispositions ? Comment définir concrètement les concepts d'égalité et des discrimination ? Quelle signification faut-il donner à l'énumération non limitative des motifs de discrimination du par. 15(1) ? Quel est le sens précis de l'article 28 sur l'égalité des sexes ? Enfin quel rôle l'article 1 doit-il jouer en matière d'égalité ?

Or, une constatation s'impose de toute évidence à la lecture de la jurisprudence actuelle : la question la plus importante ¹, soit l'identification de l'objet des droits à l'égalité en contexte constitutionnel, a été carrément escamotée par les tribunaux jusqu'ici. Confondant la définition possible de ces droits avec leur objet, les cours d'appel ont à peu près toutes invariablement répété, en se référant au texte classique des Américains Tussman et TenBroek ², que « [...] the purpose of s. 15 is to require "that those who are similarly situated be treated similarly" » ³. Traiter de la même façon ceux qui sont placés dans une situation semblable est donc considéré par nos juges comme une fin en soi, alors qu'en réalité cette façon d'envisager l'égalité n'en constitue qu'une tentative de définition. Or une telle définition est dépourvue de tout contenu, comme l'a démontré le professeur Westen ⁴, à moins qu'elle

1. Tel est en effet l'enseignement clair de la Cour suprême qui, dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, précise en p. 344 « [...] la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte* ». S'exprimant au nom des cinq juges qui ont participé au jugement, le juge Dickson affirme ceci : « [...] la façon d'aborder la définition des droits et libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger ». Puis après avoir rappelé que l'interprétation de la *Charte* doit être « [...] libérale plutôt que formaliste [...] », le juge Dickson termine son exposé en soulignant que la *Charte* « [...] doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés ».

2. J. TUSSMAN et J. TENBROEK, « The Equal Protection of the Laws », 37 *Cal. L. Rev.* 341 (1948).

3. Voir par ex. : *Re McDonald and the Queen*, (1986) 21 D.L.R. (4th) 397, 418 (C.A. Ont.); *Reference re an Act to Amend the Education Act*, (1986) 25 D.L.R. (4th) 1, 42 (C.A. Ont.) (notes des jj. Howland et Robins, diss.); *Regina v. R.L.*, (1986) 26 C.C.C. (3d) 417, 424, 425 (C.A. Ont.); *Regina v. Hamilton*, (1987) 30 C.C.C. (3d) 257, 274 (C.A. Ont.); *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, (1986) 26 D.L.R. (4th) 728, 739 (C.A. Ont.); *Regina v. Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos*, (1987) 37 D.L.R. (4th) 649, 668 (C.A. Ont.); *Re Andrews and Law Society of B.C.*, (1986) 27 D.L.R. (4th) 600, 605 (C.A.C.-B.); *Re Rebic and the Queen*, (1987) 28 C.C.C. (3d) 154, 174 (C.A.C.-B.) (notes du j. Esson); *Smith, Kline and French Laboratories c. P.G. du Canada*, [1987] 2 C.F. 359, 366 (C.A.F.); *Headley c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1987] 2 C.F. 235, 238 (C.A.F.); *Ref. Re French Language Rights of Accused...*, (1987) 5 W.W.R. 577, 608 (C.A. Sask.); *Zutphen Brothers v. Dywidag Systems*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 433, 448 (C.A.N.-É.).

4. P. WESTEN, « The Empty Idea of Equality », 95 *Harv. L. Rev.* 537-596 (1982). Cet article de

ne prenne appui sur les valeurs qui se dégagent du contexte socio-politique et qui permettent d'identifier les intérêts que la norme d'égalité est appelée à protéger⁵.

Cette confusion conceptuelle a donc laissé en plan certaines questions préliminaires absolument cruciales comme celles-ci : pourquoi la Charte garantit-elle l'égalité ? Quels intérêts et valeurs fondamentales l'égalité a-t-elle historiquement servi à protéger dans le monde occidental ? Où se situe l'article 15 dans cette évolution ? Dans quel contexte social et politique canadien a-t-il été adopté ? Quelles indications le texte de l'art. 15 nous donne-t-il sur son objet ? Voilà à quoi il faut d'abord s'attaquer et ce sur quoi portera exclusivement notre réflexion dans cet article.

1. Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité

Historiquement, le concept d'égalité a beaucoup évolué dans les sociétés dites libres et démocratiques, compte tenu précisément des valeurs et des intérêts qu'on a voulu protéger par cette idée. Au sortir des révolutions française, anglaise et américaine, les pays occidentaux se dégagent graduellement du joug des dictatures royales et de la dépendance pour adopter des constitutions instituant des régimes libéraux et démocratiques. Au centre des valeurs prônées par cette vague de libéralisme et articulées par les philosophes Locke et Rousseau se trouve l'individu. L'être humain est désormais la valeur suprême dans la société, celle-ci devant être organisée de manière à servir à son bonheur et à son épanouissement personnel. En cette période, c'est-à-dire aux 18^e et 19^e siècles, l'égalité n'est pas, malgré ce que proclamait la devise des Français (« Liberté, égalité, fraternité »), un principe dominant car l'autonomie et la liberté individuelles occupent la première place dans la hiérarchie des valeurs. Néanmoins, on reconnaît l'égalité naturelle des hommes, conséquence de l'idée que tout être humain possède une dignité intrinsèque et une valeur

Westen a provoqué un débat houleux en doctrine américaine et donné lieu ensuite à des « réponses » et « répliques » de cet auteur. Pour de bons textes contestant la thèse de Westen, voir par ex. : K. GREENAWALT, « How Empty is the Idea of Equality? », 83 *Colum. L. Rev.* 1167 (1983); A. D'AMATO, « Is Equality a Totally Empty Idea? », 81 *Mich. L. Rev.*, 600 (1983).

5. « [...] the idea of equality as such cannot be translated into specific social norms and only becomes meaningful when it is sufficiently particularised, a task that is beyond any logical analysis and can only be performed by concrete systems of values » : P.G. POLYVIU, *The Equal Protection of the Laws*, Londres, Duckworth, 1980, p. 19.

propre⁶. John Stuart Mill fut d'ailleurs le premier à lier le bonheur du plus grand nombre, c'est-à-dire le bien-être de la communauté, au respect de la dignité humaine⁷. Il fit observer en outre que l'idée de démocratie n'a aucun sens si elle ne repose pas sur l'égalité des membres de la communauté : la souveraineté du Parlement ne peut en effet se justifier que si elle repose sur le peuple dans sa totalité⁸. C'est ainsi que la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclamait que tous les hommes sont égaux en dignité et que la Déclaration d'indépendance des États-Unis tenait pour une « vérité évidente » que « tous les hommes sont créés égaux »⁹.

6. W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1965, p. 77, 78, 386-390 ; P.G. POLYVIU, *id.*, p. 5, 6 ; F.M. WILHOIT, *The Quest for Equality in Freedom*, New Brunswick, Transaction Books, 1979, p. 11-52.
7. E. GRIFFIN-COLLART, « L'évolution de la notion d'égalité : de l'utilitarisme classique à l'État-providence », dans L. INGBER, (éd.), *L'égalité* (Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles), vol. IV, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 352. L'auteur ajoute ensuite, en p. 355, ceci : « [...] il [Mill] insiste encore sur l'égalité humaine qui implique pour lui des chances plus égales de déterminer son propre sort, d'atteindre la réussite matérielle et l'épanouissement intellectuel grâce à l'instruction ».
8. C.J. FRIEDRICH, « La crise de l'égalitarisme », dans *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 307. Rousseau avait aussi clairement insisté sur le lien indissoluble entre les idées d'égalité et de démocratie, voir W. FRIEDMANN, *supra*, note 6, p. 77, 78. R. DWORKIN affirme pour sa part, dans son récent ouvrage, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard U. Press, 1985, p. 196 que « Democracy is justified because it enforces the right of each person to respect and concern as an individual ». Le lien entre égalité et démocratie a été fait récemment au Canada par M.R. MACGUIGAN, « The Protection of Freedom and the Achievement of Equality in Canada » dans G.L. GALL (éd.), *Civil Liberties in Canada : Entering the 1980's*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 225, 247 : « If democracy is considered substantively as well as procedurally, it requires the pursuit of equality as an economic, social, cultural and moral goal ».
9. « We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal ». Cette phrase célèbre est attribuée à Thomas Jefferson. On constate en outre que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 qui reconnaît à son préambule « [...] la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine [...] » et proclame à son article premier que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » est directement issue de la philosophie libérale fondée sur l'existence de droits naturels, fondamentaux et transcendants. Comme l'explique J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, P.V.F., 1973, p. 451, cette théorie libérale des droits naturels est en contradiction totale avec la philosophie marxiste : « Le marxisme est un matérialisme. Dès lors l'existence d'une « nature de l'homme », transcendante, arbitraire et métaphysique, se heurte nécessairement à son refus, dans la mesure où elle échappe à toute constatation scientifique. De plus, le marxisme est un matérialisme historique. Il considère que l'homme et la société sont, à chaque moment, le reflet et le produit de l'histoire et du mouvement dialectique qui l'anime. Dans cette perspective, l'existence de droits permanents, donnés une fois pour toutes, et soustraits au mouvement de l'histoire est évidemment inacceptable [...] si la liberté n'est pas, à ses yeux, une donnée inhérente à une hypothétique nature humaine, elle n'en est pas moins une valeur, et une valeur d'un prix infini. Mais c'est une valeur à conquérir [...]. La liberté n'est donc pas au point de départ des sociétés, dans l'« état de nature », mais au point d'arrivée : non un bien à préserver, mais une valeur à conquérir ».

Mais, on est encore loin, à cette époque, de l'égalité des droits pour tous. L'adhésion inconditionnelle aux principes absolus de liberté individuelle d'une part et de souveraineté du Parlement d'autre part ne laisse à l'égalité qu'un rôle mineur, celui de l'égalité *devant* la loi. Il s'agit non pas d'empêcher le Parlement souverain de légiférer comme il l'entend mais d'éliminer les privilèges¹⁰ et ce, uniquement *dans l'administration de la loi*. Ainsi, en France, l'exécutif doit appliquer la loi également à tous. En Angleterre, on ira plus loin puisque tous, en vertu de ce principe, seront soumis aux mêmes tribunaux, quels que soient leur rang ou leur statut dans la société¹¹. L'égalité *devant* la loi est ainsi placée au service des valeurs de justice que sont l'impartialité dans l'administration de la loi, l'indépendance des tribunaux, la sécurité juridique¹². En somme, la dignité de la personne humaine impose tout au plus l'application universelle de la loi qui, on le voit, est un concept purement procédural. Même aux États-Unis, les tribunaux n'oseront pas toucher au contenu de la loi, comme le démontre le célèbre arrêt *Plessy v. Ferguson*¹³, jugeant conforme au 14^e amendement de la Constitution le régime de ségrégation raciale prévalant dans les écoles de certains États de ce pays¹⁴.

C'est au 20^e siècle que le concept d'égalité connaît sa plus forte évolution, tout particulièrement dans les pays possédant une constitution écrite comme aux États-Unis, en France ou en Allemagne, puisque l'égalité devient une norme opposable au contenu de la loi, c'est-à-dire au législateur souverain. Le respect de la dignité intrinsèque de chaque être humain sur laquelle repose la philosophie libérale exige dès lors que tous soient égaux en droits et, en conséquence, traités également par la loi. On passe alors de l'égalité *devant* la loi à l'égalité *dans* la loi ou à l'*égale protection* de la loi¹⁵. Il devient évident,

10. M. ROSENFELD, « Justice, égalité et action positive : justification et limites », (1986) 17 *R.D. U.S.* 243, 254 : « Dans une perspective historique, il est clair que le postulat de l'égalité a originellement été formulé en vue de combattre la légitimité des privilèges féodaux fondés sur le statut et sur la naissance [...] ».

11. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, MacMillan, 1962, p. 202.

12. C. PERELMAN, « Égalités et valeurs », dans *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 322, 323 ; P.G. POLYVIU, *supra*, note 5, p. 2.

13. 163 U.S. 537 (1896). Quelque dix années seulement plus tôt, la Cour suprême des États-Unis avait pourtant affirmé que « [...] the equal protection of the laws is a pledge [...] of equal laws » *Yick Wo v. Hopkins*, 117 U.S. 356, 369 (1886).

14. O. HANDLIN, « The Quest for Equality », (1979) *Wash. U.L.Q.* 35, 43 ; « The Constitution, as the judges now interpreted it, was neutral, incapable of intervening to halt discrimination by state or private action ».

15. Alors que l'expression égale protection de la loi provient du 14^e amendement de la Constitution américaine, celle d'égalité dans la loi, pour désigner l'exigence que le contenu même de la loi doit respecter la norme d'égalité, est une création doctrinale. Voir H. Kelsen,

en cette première moitié du 20^e siècle, qu'une loi ne peut être discriminatoire et juste à la fois et qu'une loi injuste ne peut être légitime dans une société libre et démocratique. La valeur et l'idéal de justice sous-tendent donc à nouveau le droit à l'égalité et l'interprétation qu'il faut en faire, bien que la justice soit désormais invoquée comme principe de fond plutôt que comme notion purement procédurale ¹⁶.

L'égalité ne saurait toutefois signifier le droit à une égale distribution des biens et des services, c'est-à-dire au nivellement puisque, comme on l'a fait remarquer, cela serait « [...] demonstrably incompatible with the very notion of justice [...] » ¹⁷. Il paraît tout à fait injuste que tous se retrouvent avec les mêmes biens et services alors que certains ne font aucun effort pour les obtenir et que d'autres n'en aient aucun besoin. La justice, en effet, implique entre autres la prise en considération du mérite et des besoins ¹⁸. L'égalité, en tant que norme opposable au législateur, ne peut donc se définir que par l'égalité en droits. Réalisant par ailleurs que toutes les lois ne peuvent pas toujours traiter tout le monde de la même façon, on en est inévitablement arrivé à conclure qu'une loi peut établir des distinctions, mais à la condition qu'elles soient raisonnables ou justifiées par le bien commun, c'est-à-dire non arbitraires. Loin d'être une nouveauté, cette façon d'envisager l'égalité

Théorie pure du droit, Paris, Dalloz, 1962, p. 190; J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », (1961-62) *Travaux de l'Association Henri-Capitant* t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343, 349. Au Canada, voir: E.A. DRIEDGER, « The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftman's Viewpoint », *Ottawa L. Rev.* 303 (1977). Au Québec, voir: P. CARIGNAN, « L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491.

16. Que l'égalité soit fondée sur l'idée de justice a été établie par Aristote, voir, *infra*, note 19, et reprise avec approbation par une abondante doctrine contemporaine. Voir en Europe: C. PELERMAN, « Égalité et justice », dans L. INGBER, (éd.), *L'égalité*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 324; M. MEYER, « Justice distributive et égalité... » dans *L'égalité*, vol. V, *id.*, p. 260; P. MERTENS, « Égalité et droits de l'homme: de l'homme abstrait à l'homme situé » dans *L'égalité*, vol. IV, *id.*, 1975, p. 266, 301, 302; C.J. FRIEDRICH, *supra*, note 8, p. 317; Aux États-Unis, voir: P.G. POLYVIU, *supra*, note 5, p. 4; R. DWORKIN, *supra*, note 8, p. 203 (« the liberal conception of equality is a principle of political organization that is required by justice »); T. NAGEL, « The Meaning of Equality », (1979) *Wash U.L.Q.* 25, 31; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harv U.P., 1971. Évidemment, c'est sur la question controversée de l'action positive que le lien entre égalité et justice a fait couler le plus d'encre. Voir par ex.: M. ROSENFELD, *supra*, note 10; J.H. ELY, « The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination », 41 *U. Chi. L. Rev.* 723 (1974); L. TRIBE, « Perspectives on *Bakke*: Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice? » 92 *Harv. L. Rev.* 864 (1979); R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harv. U.P., 1977, chap. 9; A. GOLDMAN, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, P.U.P., 1979.

17. P.G. POLYVIU, *supra*, note 5, p. 11.

18. E. GRIFFIN-COLLART, *supra*, note 7, p. 368.

remonte aux écrits d'Aristote. Ce dernier avait déjà formulé l'idée qu'une loi demeure conforme aux idées de justice et d'égalité lorsqu'elle traite également des individus placés dans une situation semblable et inégalement ceux dont la situation diffère¹⁹. C'est ainsi que John Rawls, dans sa fameuse « théorie de justice », a décomposé la proposition aristotélicienne en deux principes complémentaires, savoir celui de la liberté et celui de la différence. En vertu du principe de liberté, « chaque personne doit avoir un droit égal à la plus grande liberté fondamentale compatible avec une liberté semblable pour tous »²⁰; selon le second, « les inégalités sociales et économiques doivent être arrangées de telle sorte qu'elles soient pour le plus grand profit des plus désavantagés »²¹. En conséquence, l'égalité doit se traduire par l'identité de traitement, comme principe général, lorsque rien ne permet de distinguer, c'est-à-dire lorsque seule compte la dignité inhérente à chacun, comme dans le cas du droit de vote; elle se concrétise par la différence de traitement si cela peut se faire au profit de tous, en particulier des moins bien nantis de la société, lorsque la situation concrète des individus doit être considérée, comme dans le cas d'une loi fiscale fixant les taux d'imposition selon la capacité de payer de chacun. Considéré trop radical en régime libéral²², le deuxième principe de justice de Rawls sera toutefois nuancé par les tribunaux de telle sorte qu'une différence de traitement sera jugée respectueuse du principe d'égalité, même si elle ne s'avère pas toujours bénéfique pour les plus défavorisés, lorsqu'elle est fondée sur des considérations rationnelles, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas établie arbitrairement et, partant, injustement pour ces derniers²³.

Mais le principe de différence de Rawls se situe davantage dans l'évolution que le concept d'égalité a connu dans la seconde moitié du

19. ARISTOTE, *Politique*, t. 2, Livre III, 9, Paris, Les Belles Lettres, 1971, 1280a : « [...] la justice, c'est l'égalité [...] pour des égaux; l'inégalité aussi semble être juste et l'est en effet, non pas pour tous, mais seulement pour des individus inégaux » (p. 70).

20. J. RAWLS, *supra*, note 16, p. 60 : « [...] each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others ».

21. *Id.*, p. 83 : « Social and economic inequalities are to be arranged so that they are [...] to the greatest benefit of the least advantaged [...] ».

22. P.A. FREUND, « The Philosophy of Equality », (1979) *Wash. U.L.Q.* 11-23; T. NAGEL, *supra*, note 16, p. 27-31; F.M. WILHOIT, *supra*, note 6, p. 47.

23. Pour constater l'acceptation universelle, en Occident tout au moins, de l'interdiction de l'arbitraire comme principe d'égalité fondé sur la justice, voir pour la France et les pays européens : L. FAVOREU, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France », dans A. de MESTRAL et al. (éd.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, 289-323; aux États-Unis, voir L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola (N.-Y.), Foundation Press, 1978, chap. 16; en droit international, voir M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 97-132.

20^e siècle, soit avec l'avènement de l'État-providence. Graduellement, on commence à admettre qu'un principe d'égalité qui se limite à interdire les distinctions arbitraires n'est qu'un principe juridique purement formel, car il n'aboutit en aucune façon au maximum de liberté et d'épanouissement pour tous que recherche le libéralisme. En effet, lorsque la loi reconnaît « également » à tous le même droit à l'éducation à condition que tous se soumettent au paiement des mêmes frais d'inscription élevés, que respecte-t-elle de l'égalité, sinon une forme extérieure et factice ? Que vaut ensuite l'« égale » reconnaissance de la liberté d'expression pour ceux qui n'ont pas les moyens d'exercer effectivement leur droit à l'éducation ? Une évidence paradoxale s'impose donc : l'égalité purement juridique conduit elle-même en certains cas à accentuer davantage les inégalités de fait, comme le rappelle avec beaucoup de sagacité le professeur Rivero :

D'ailleurs le jeu de la liberté qui permet à chacun, à partir des mêmes droits, de parvenir à des situations de fait différentes, proscriit toute aspiration à une égalité concrète. [...] Aussi se dessine une société libérale, individualiste et concurrentielle, où chacun joue sa chance, à partir de la base des mêmes droits.²⁴

Afin d'éviter un tel résultat, le principe très formel de l'égalité purement juridique sera donc supplanté par celui de l'égalité réelle et concrète, c'est-à-dire « l'égalité effective dans la jouissance des droits »²⁵. Si l'égalité n'est pas qu'un leurre, elle doit permettre, voire forcer le législateur à lever les obstacles qui désavantagent injustement certains individus ou groupes d'individus et qui les empêchent de jouir concrètement des mêmes droits, services et avantages que la loi ou la société peut offrir. En d'autres termes, la loi doit permettre à tous d'avoir les mêmes chances d'être libres et autonomes, elle doit, comme disent les Américains, promouvoir une véritable « equality of opportunity »²⁶. Ainsi, les gouvernements, de plus en plus interventionnistes,

24. J. RIVERO, *supra*, note 9, p. 60, 61.

25. Les expressions « égalité juridique » et « égalité effective dans la jouissance des droits » sont empruntées à P. CARIGNAN, *supra*, note 15, qui en fait un exposé très éclairant aux p. 509-513. Ces expressions rendent bien leurs équivalents de langue anglaise, soit *formal legal equality* et *substantial equality*. Voir aussi J. RIVERO, *supra*, note 15, p. 349-351 qui oppose, dans le même ordre d'idées, « l'égalité juridique » ou « l'égalité par la généralité » à l'égalité « concrète » ou « réelle ». Constatant que le droit public français juxtapose ces deux visions de l'égalité, Rivero y apporte cette explication restée classique : « La première [...] prévaut lorsque c'est l'Homme abstrait qui est en cause ; la seconde s'affirme lorsque l'administration se trouve en présence de l'homme situé, producteur, chef de famille, habitant de tel secteur urbain, etc. » (p. 351).

26. Sur cette notion complexe, voir : J.H. SCHAAR, « Equality of Opportunity and Beyond », dans PENNOCK et CHAPMAN (éd.), *Equality, Nomos IX* (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy), New-York, Atherton Press, 1967, p. 228-249.

adoptent des mesures sociales en faveur des groupes défavorisés afin de diminuer les disparités et de favoriser l'égalité des conditions : on construit des logements à loyer modique, on met sur pied divers services sociaux, on démocratise l'instruction publique en la rendant accessible à tous gratuitement et en accordant des bourses à ceux qui, quoique moins fortunés, désirent poursuivre des études supérieures, etc. C'est dans ce contexte qu'est d'ailleurs adopté en 1966 le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁷. Les tribunaux emboîtent ensuite le pas dans la même direction. Le droit à l'avocat reconnu également à tous ne valant rien pour ceux qui n'ont pas les moyens d'y avoir recours, l'égalité concrète et réelle requiert de l'État qu'il fournisse à tout inculpé un avocat²⁸. Le droit à l'instruction étant futile pour les enfants d'immigrants qui ignorent tout de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé, l'égalité effective en éducation n'exige rien de moins de l'État qu'il élimine cet obstacle en leur fournissant les outils qui leur permettent d'abord de maîtriser la langue d'enseignement²⁹. La liberté de religion étant illusoire pour l'employé de religion juive de qui l'employeur demande la présence sur les lieux de travail le samedi, la véritable égalité des chances implique que l'employeur doive tenir compte de ces particularités religieuses et faire des efforts raisonnables pour accommoder cet employé³⁰.

27. Comme on le sait, ce Pacte est entré en vigueur le 19 août 1976 pour le Canada. Voir dans le *Code des droits et libertés*, textes réunis par A. MOREL, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1985, p. 257-264.

28. *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *Williams v. Illinois*, 399 U.S. 235 (1970).

29. *Lau v. Nichols*, 414 U.S. 563, 566 (1974): « Under these state-imposed standards there is no equality of treatment merely by providing students with the same facilities, textbooks, teachers and curriculum; for students who do not understand English are effectively foreclosed from any meaningful education ».

30. En matière de discrimination religieuse, le législateur fédéral a toutefois dû intervenir aux États-Unis pour corriger une jurisprudence trop conservatrice, d'où l'adoption en 1972 de l'a. 701 (j) du *Civil Rights Act* libellé comme suit : « The term "religion" includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accomodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business ». Sur l'interprétation judiciaire de cette clause, voir D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative », (1980) 10 *R.D.U.S.* 381, 529. Il existe des clauses semblables à l'art. 701 (j) du *Civil Rights Act* dans certains codes antidiscriminatoires statutaires au Canada. Depuis que la Cour suprême du Canada a explicitement reconnu dans *O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 555, que « [...] le droit de l'employé [à la non-discrimination] exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables », il est clair que l'adoption de ce genre de disposition est devenue inutile dans le cadre de ces lois.

Parallèlement, on admet à compter de 1971, c'est-à-dire du très important arrêt *Griggs*³¹ aux États-Unis, qu'une mesure viole l'égalité lorsque sans le vouloir comme tel, elle pénalise dans les faits des groupes défavorisés ou les prive de ses bénéfices. Comment prétendre en effet qu'il y a égalité des chances si une mesure, par le biais de critères aussi inoffensifs de prime abord que la possession d'un diplôme ou encore d'une certaine force physique (à condition que ces critères soient sans rapport avec la bonne exécution d'un travail), a pour conséquence pratique d'exclure systématiquement presque tous les noirs (selon le premier critère) ou presque toutes les femmes (selon le second)? L'égalité, si elle doit signifier quelque chose, doit donc pouvoir se constater dans les résultats ou les effets sur un groupe donné d'une politique autant que dans ses bonnes intentions³².

L'étape suivante, dans l'évolution du concept d'égalité, découle logiquement de la précédente: on ne peut tendre vers l'égalité réelle que si des mesures sont prises pour corriger les déséquilibres observés aux dépens des groupes minoritaires dans certains secteurs névralgiques comme l'emploi, l'éducation et les services. Résultats tangibles des politiques établies par la majorité, ces discriminations, qui ont pour effet concret d'exclure de ces secteurs la quasi-totalité des membres de certains groupes, ne peuvent être combattues autrement que par des contre-mesures de traitement préférentiel (ou d'« action positive ») car, précisément, elles sont le produit inconscient des préjugés collectifs dont tout système est imprégné (d'où le label « discrimination systémique »)³³. Une importante controverse subsiste sur la question des « quotas », mais le principe même du traitement préférentiel pour les groupes victimes de discrimination paraît de plus en plus accepté³⁴. Car, comme

31. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 1971.

32. A.W. BLUMROSEN, « Strangers in Paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the Concept of Employment Discrimination », 71 *Mich. L. Rev.*, 59 (1972-73). La Cour suprême des États-Unis a toutefois rejeté l'application de la théorie de l'effet discriminatoire non intentionnel dans l'arrêt *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976), pour ce qui est du 14^e amendement, limitant le champ d'application de ce critère d'égalité aux lois antidiscriminatoires comme le *Civil Rights Act* fédéral. Au Canada, le principe de l'égalité jugée à l'aune des résultats concrets d'une politique, ou encore celui de la discrimination par ses seuls effets (sans égard à l'intention ou à la mauvaise foi), a également été reçu dans le cadre des codes statutaires sur les droits de la personne. Voir *O'Malley*, *supra*, note 30, p. 551.

33. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *La discrimination*, Cahier 1, 1980, p. 23: « Cette façon d'aborder la discrimination tient compte du fait que l'"inconscient collectif" d'une société désire l'exclusion de certains groupes sans même que les membres de cette société ne se rendent compte individuellement de cette volonté d'exclusion ». Sur toute cette question du traitement préférentiel, appelée « action positive » ou « programmes d'accès à l'égalité », voir les références déjà citées en note 16.

34. Comme chacun le sait, la Cour suprême des États-Unis a en effet jugé dans le célèbre arrêt *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) qu'une politique de

l'écrit fort justement Dworkin, l'égalité ne signifie pas simplement le droit d'être traité *également*, c'est-à-dire de la même façon, mais encore davantage le droit d'être traité *en égal*, c'est-à-dire avec le même respect et la même considération, ce qui peut nécessiter des mesures de redressements destinées à réduire les inégalités ou à égaliser les conditions des uns et des autres de manière à parvenir à procurer aux individus une égalité réelle et concrète³⁵.

préférence établie en faveur de certaines minorités ethniques et raciales et mise en œuvre par le biais d'un nombre prédéterminé de places («quota») réservées aux membres de ces minorités dans une Faculté de médecine contrevenant au principe d'égalité individuelle du 14^e amendement. Ce qu'on connaît moins cependant, c'est que le juge Powell, qui a rendu le jugement décisif de compromis entre les huit autres juges divisés en deux clans opposés sur cette question, a reconnu la validité des programmes de préférence dans la mesure où aucun quota n'était fixé à l'avance. Ainsi, pour la majorité de la Cour, qui cita du reste en exemple l'Université Harvard, il est légitime pour une université de chercher à former un groupe d'étudiants composé de diverses origines ethniques et raciales et elle peut poursuivre cette politique si elle élimine la politique des quotas qui a pour conséquence ultime d'exclure un candidat uniquement en raison du fait qu'il ne fait pas partie du groupe racial ou ethnique dont on veut favoriser l'accès (voir les notes de J. Powell, p. 315-319). Quoiqu'il en soit, moins d'un an plus tard, la même cour a jugé parfaitement conforme au *Civil Rights Act* fédéral la politique de préférence d'un employeur à l'effet de réserver 50 % des nouveaux emplois aux personnes de race noire, affirmant cette fois qu'un tel quota «[...] does not unnecessarily trammel the interests of the white employees»: *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193, 208 (1979). Pourtant cette loi ne contenait aucune disposition autorisant expressément l'implantation de tels programmes. Sur ces affaires *Bakke* et *Weber*, outre les références citées, *supra*, note 16, voir: W.S. TARNOPOLSKY, «Les droits à l'égalité», dans G.A. BEAUDOIN, W.S. TARNOPOLSKY, (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 499, 533-551. Par ailleurs, la situation semble également incertaine en France. Le Conseil constitutionnel qui, depuis 1973, exerce un véritable contrôle de constitutionnalité sur le contenu de la législation de l'Assemblée nationale fondé sur le principe d'égalité, a expressément condamné une mesure législative qui, pour favoriser la participation des femmes à la politique municipale, stipulait que les listes de candidatures à ces élections ne pourraient comporter plus de 75 % de candidats du même sexe. Voir la décision du Conseil constitutionnel français du 18 nov. 1982: *Quotas par sexe*, (1982) Recueil des décisions du Conseil const. 66 (déc. 82-146 DC). Comme aux États-Unis, c'est surtout la question du quota, appliqué de surcroît ici au domaine névralgique des droits démocratiques de vote et d'éligibilité, qui a fait hésiter le Conseil. Il n'est pas évident qu'une mesure de préférence aurait subi le même sort si elle avait pris une autre forme que le quota. Voir R. PELLOUX, «Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français», (1982) 98 *R.D.P.* 909. Au Canada, le concept d'«action positive» a fait l'objet d'un consensus tardif mais réel puisque non seulement il est explicitement légitimé par le par. 15(2) de la Charte canadienne, mais il l'est également dans la plupart des Codes statutaires depuis lors. Voir *infra*, note 75.

35. R. DWORKIN, *supra*, note 8, p. 190: «We must distinguish between two different principles that take equality to be a political ideal. The first requires that the government treat all those in its charge *as equals*, that is, as entitled to its equal concern and respect [...] The second principle requires that the government treat all those in its charge *equally* [...] The first principle is more fundamental because [...] the first is constitutive and the second derivative.

Ainsi, en cette deuxième moitié du 20^e siècle et plus particulièrement à compter des années soixante, on passe de l'égalité *dans* la loi à l'égalité *par* la loi³⁶. Ce nouveau transfert conceptuel s'explique à nouveau par le choix des valeurs qui sous-tendent l'égalité. Une plus grande justice sociale, qu'on la présente sous sa facette « justice distributive » (en vertu de laquelle l'État doit donner à chacun selon ses besoins) ou sous sa facette « justice compensatoire » (selon laquelle l'État doit adopter des mesures permettant d'éliminer les obstacles injustes qui empêchent les individus de se placer dans la grande course de la vie à la même ligne de départ), est de plus en plus invoquée par les libéraux à titre de fondement de l'égalité³⁷. « La valeur recherchée », affirme Perelman, c'est « l'établissement d'un équilibre harmonieux et pacifique entre les éléments du corps social de la communauté nationale ou internationale, que de trop grandes disparités risquent d'ébranler »³⁸. En d'autres termes, le choix des valeurs dicte un changement de perspective majeur dans la tradition de pensée libérale individualiste : l'égalité ne doit plus être envisagée uniquement en fonction des individus, mais également en tenant compte des groupes dont ils font partie et que la loi ou la société a négligés, voire dominés et humiliés par le passé³⁹. Il n'y a pas d'égalité sur le marché du travail pour

Sometimes treating people equally is the only way to treat them as equals; but sometimes not». À noter que cet auteur avait déjà développé cette idée dans son ouvrage précédent *Taking Rights Seriously*, *supra*, note 16.

36. Cette expression doctrinale commode est empruntée à L. FAVOREU, note 23, p. 297.

37. Selon P.G. POLYVIOU, note 5, p. 19, trois critères de justice autorisent des traitements différents, à savoir les besoins, le mérite et la compensation. Comme l'explique J. NAGEL, note 16, p. 26, 27, tous s'entendent aux États-Unis, que l'on soit de l'école de pensée conservatrice, libérale ou sociale-démocrate, sur la nécessité de la redistribution des avantages économiques pour répondre de manière adéquate à l'impératif de l'égalité des chances. Il n'existe qu'une différence de degré, non de nature, entre ces écoles de pensée. Quant aux libéraux, voici comment ils résument leur pensée : « The second position in the spectrum is the standard middle-of-the-road liberal position, according to which it is the business of society to guarantee both the protection of equal rights and equality of opportunity. To provide equality of opportunity it is necessary to compensate in some way for the unequal starting points that people occupy, both socially and economically. In order that everyone has a fair chance, it is thought necessary to provide a certain degree of support for free medical care, free higher education, etc., in addition to the protection of basic equal rights. So the liberal position favors equal rights, equality of opportunity, and a social minimum of some sort » (p. 27). Sur les notions de justice distributive et compensatoire, voir les références déjà citées à la note 16.

38. C. PERELMAN, *supra*, note 12, p. 325.

39. O. HANDLIN, *supra*, note 14, p. 48 : « The Constitution and the statutes had taken cognizance only of persons. The rulings after 1965 treated groups, which therefore had to be defined ». Cette observation est particulièrement juste pour ce qui est de la jurisprudence portant sur des cas de discrimination définie comme « suspecte », comme la race et l'origine ethnique ou « quasi suspecte » comme le sexe. Le contrôle judiciaire plus rigoureux appliqué dans ces cas a justement été justifié par la Cour suprême des États-Unis en fonction de l'impact d'une

les femmes ou les Noirs par exemple, considérés comme groupes, si les règles du jeu, ouvertes et neutres à première vue, continuent à les confiner massivement aux emplois moins valorisés socialement et, par conséquent, moins bien rémunérés⁴⁰.

En outre, on découvre de plus en plus la fausse contradiction que les tribunaux et les auteurs ont souvent établie entre les notions de liberté et d'égalité, afin de justifier, dans une société libérale, la primauté de la première sur la seconde. Comme le dit un auteur, «[...] l'égalité n'existe qu'entre hommes libres, et à l'inverse la liberté implique l'égalité»⁴¹. À quoi bon, en effet, prétendre que nous vivons dans une société libre et démocratique si, au nom de la liberté, on permet aux uns d'empêcher les autres d'exercer leur propre liberté d'accès aux droits, biens et services disponibles dans la communauté? L'égalité n'est rien d'autre en réalité que le droit de jouir concrètement des mêmes libertés que les autres, quelle que soit la condition particulière d'une personne ou du groupe à travers lequel la société la voit et l'évalue⁴². En ce sens, Dworkin a raison d'affirmer que «[...] the liberal conception of equality is the nerve of liberalism»⁴³, car plus les individus et

mesure discriminatoire sur un groupe identifié. Voir O. FISS, «Groups and the Equal Protection Clause», dans COHEN, NAGER et SCANLON (éd.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, P.U.P. 1977, 84, p. 100-102.

40. La doctrine noire et la doctrine féministe sont celles qui ont le plus contribué à articuler la notion d'égalité orientée sur la prise en considération du statut économique et social du groupe auquel un individu appartient. Voir par ex.: O. FISS, *id.*; J.H. ELY, *supra*, note 16; L.C. THURLOW, «A Theory of Groups and Economic Redistribution», (1979) 9 *Phil. and Public Affairs* 25; C. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women: A Case Study of Sex Discrimination*, New Haven, Yale 1979; K.A. LALEY, «Feminist Theories of (In) Equality», dans MARTIN et MAHONEY (éd.), *Equality and Political Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 71; J.M. VICKERS, «Equality-Seeking in a Cold Climate» dans L. SMITH et al. (éd.), *Righting the Balance: Canada's New Equality Rights*, Saskatoon, C.H.R.R., 1986, p. 3-24. En jurisprudence américaine, cette nouvelle perspective a justifié la création de catégories de discrimination dites «suspectes», (voir note 39), la reconnaissance de la discrimination *de facto*, c'est-à-dire de la discrimination par effet discriminatoire non intentionnel sur un groupe donné (*supra*, notes 31, 32), ainsi que l'acceptation sans réserve de l'action positive dans le secteur privé de l'emploi régi par le *Civil Rights Act* fédéral (*supra*, note 34).
41. H. BUCH, «La notion d'égalité dans les principes généraux du droit», dans *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971, 196, p. 211.
42. Sur la conciliation entre les notions d'égalité et de liberté, voir F.M. WILHOIT, *supra*, note 6, p. 53; A. GUTMANN, *Liberal Equality*, New York, Cambridge U. Press, 1980; R. DWORKIN, *supra*, note 8, p. 181 s.; J. RAWLS, *supra*, note 16, chap. 2, 4. Pour ce dernier, le droit à la liberté doit être situé légèrement au-dessus du droit à l'égalité (p. 61). Il insiste toutefois, au chap. 2, sur le fait que l'égalité qui découle du «principe de différence», est une composante aussi fondamentale que la liberté dans un système ordonné de justice.
43. *Supra*, note 8, p. 183.

les groupes bénéficient d'une égale liberté, plus nous nous rapprochons de l'objectif initial du libéralisme : procurer le bonheur, l'autonomie et l'épanouissement personnel à chaque être humain ⁴⁴.

Ainsi donc, fondé à la fois sur l'idée de justice sociale et sur le postulat de l'existence d'une dignité intrinsèque à chaque être humain, le principe d'égalité a connu une évolution aussi prodigieuse que féconde au cours des deux derniers siècles. En fait, il s'est littéralement hissé au sommet des valeurs des sociétés occidentales dites libres et démocratiques. Passant tout d'abord de l'égalité procédurale *devant* la loi à l'égalité purement juridique *dans* la loi, dans une perspective exclusivement individualiste, on aboutit à l'égalité dans la jouissance effective des droits et à l'égalité *par* la loi dans une perspective sociale et collective. La juxtaposition des valeurs de dignité inhérente à chacun et de justice sociale oblige en effet à tenir compte non seulement de la situation des individus mais aussi de celle des groupes sociaux auxquels ils appartiennent.

Où se situe, dans cette évolution occidentale, la norme d'égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés* ? Si le constituant a expressément montré ses couleurs avec le par. 15(2) concernant les programmes d'action positive, qu'en est-il en ce qui concerne le par. 15(1) et l'article 28 ?

2. Les valeurs et intérêts protégés par les articles 15 et 28

Un examen attentif du texte des articles 15 et 28, du contexte qui leur a donné naissance ainsi que des objectifs plus larges de la Charte canadienne nous apprend que le constituant a fait des choix qui le situent à la fine pointe de l'évolution des idées en matière d'égalité. La Charte canadienne poursuit en effet un double objectif par ses articles 15 et 28 : 1° assurer le respect de la dignité propre à chaque être humain dans la perspective purement juridique et individualiste de la pensée libérale traditionnelle ; 2° promouvoir la dignité humaine et la justice sociale pour ceux qui font partie de certains groupes plus particulièrement exposés aux préjugés sociaux par la voie d'une conception réelle et effective de l'égalité.

44. W. FRIEDMANN, *supra*, note 6, p. 388 : « Les idées de liberté individuelle et d'égalité sont en corrélation, et toutes deux doivent être comprises dans un sens dynamique et non dans un sens statique. La liberté signifie ouvrir la voie au plein développement de la personnalité, et l'égalité signifie l'égalité d'occasion pour tous de participer à un tel développement [...] ».

2.1. La perspective individualiste fondée sur l'égalité naturelle et la dignité inhérente de tout être humain

Examinons d'abord les versions française et anglaise de la première partie du par. 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 [...]

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law [...]

Un premier objectif constitutionnel ressort très nettement de ce texte. Il est manifeste qu'on vise à protéger essentiellement l'individu, tous les individus, quels qu'ils soient, en proclamant qu'ils sont tous juridiquement sur un pied d'égalité. La version française parle en effet de « tous » et de « personne » tandis que la version anglaise indique d'entrée de jeu que l'égalité est reconnue au profit de « every individual ». La préoccupation du constituant en matière d'égalité est donc d'abord centrée sur la personne humaine comme bénéficiaire individuelle de l'égalité⁴⁵. En somme, cette formulation de l'égalité s'inscrit dans la philosophie libérale traditionnelle qui repose sur le postulat que tout être humain possède par nature une dignité et une valeur propres. Or selon cette philosophie, on le sait, tous doivent être traités également, c'est-à-dire de la même façon, par la loi et l'administration de manière à assurer l'égalité en droits. Et si la loi doit faire des distinctions et priver certaines personnes des droits généralement accordés aux autres, elle ne saurait le faire que si ces distinctions sont justifiées dans l'intérêt commun et général. Le respect dû à chaque être humain comme la justice la plus élémentaire, vue sur un plan individuel, qui constituent les deux piliers de l'égalité juridique, interdisent en effet les différences de traitement arbitraires.

Il importe ici de souligner que la protection de l'article 15 ne se limite pas uniquement au domaine des droits et libertés déjà garantis par la Charte, comme c'est le cas de l'article 14 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴⁶ ou de l'article 10 de la *Charte des*

45. P. BLACHE, « Affirmative Action: To Equality Through Inequalities? » dans J.M. WEILLER & R.M. ELLIOT (éd.), *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 165, 180, note 55.

46. M. BOSSUYT, *supra*, note 23, p. 67 s. Le texte de l'a. 14 se lit comme suit : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

droits et libertés de la personne du Québec⁴⁷. L'article 15 a une portée beaucoup plus large : garantir l'égalité juridique en général. En d'autres termes, toutes les lois, sans exception, qu'elles touchent ou non à un droit ou à une liberté déjà enchâssés, doivent respecter le droit à l'égalité de chaque individu. L'égalité constitutionnelle ne joue donc pas seulement à l'égard par exemple d'une loi électorale traitant du droit de vote reconnu à l'article 3 de la Charte canadienne ; elle s'applique tout autant à une loi fiscale établissant diverses catégories de contribuables.

Par ailleurs, en identifiant les législateurs canadiens en tant que « débiteurs » de l'obligation d'égalité, la première moitié du par. 15(1) a un second objet qui a conduit à la quadruple formulation d'égalité qu'on y retrouve. Cette formulation marque, à l'évidence, le désir pressant du constituant de rompre définitivement avec la jurisprudence assez décevante à laquelle avait donné lieu la clause d'égalité devant la loi de la *Déclaration canadienne des droits*⁴⁸ en Cour suprême du Canada au cours des dix années qui ont immédiatement précédé l'adoption de la Charte. En ce sens, la première moitié du par. 15(1) a un objet réparateur⁴⁹ : corriger les très sérieuses lacunes d'un passé considéré du reste comme immuable par cette même Cour aujourd'hui⁵⁰.

Ainsi, après avoir affirmé dans *Drybones* que l'égalité selon l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* signifiait l'«equality under the law»⁵¹, c'est-à-dire *dans* la loi elle-même, la Cour suprême a ensuite effectué

47. L.R.Q., c. C-12, M. CARON, «Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés», (1985) 45 *R. du B.* 345, 372; N. DUPLÉ, «Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise», (1984) 25 *C. de D.* 801, 828; P. CARIGNAN, *supra*, note 15, p. 527; D. PROULX, *supra*, note 30, p. 480 s. L'a. 10 de la Charte québécoise débute en effet par ces termes : «Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne [...]» Souligné par nous.

48. S.R.C. 1970, App. III, al. 1b).

49. *McKinney v. University of Guelph*, (1988) 24 O.A.C. 241, 264 : «Section 15(1) proclaims equality rights in ringing terms. [...] It was carefully drafted to overcome the deficiencies in the comparable provision in the *Canadian Bill of rights* [...]». En doctrine, voir : W.S. TARNOPOLSKY, *supra*, note 34, p. 514-532; M. GOLD, «A Principled Approach to Equality Rights : A Preliminary Inquiry», (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 131, 135.

50. La Cour suprême a en effet eu l'occasion, très récemment, de confirmer sa jurisprudence très conservatrice sur la clause d'égalité de la *Déclaration canadienne des droits*, précisant avec soin qu'il était trop tard aujourd'hui pour en changer : *Beauregard c. P.G. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, 85-91 (j. Dickson pour la majorité) et *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461, j. LeDain pour la Cour. L'opinion minoritaire de McIntyre (appuyée par Dickson) dans *Mackay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370 à laquelle la doctrine aimait référer est donc définitivement écartée.

51. *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, 297 : «[...] I think that s. 1(b) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another *under the law* [...]» (j. Ritchie). (Les italiques sont de nous).

un revirement plutôt déconcertant dans *Lavell*⁵². Dans cette affaire en effet, l'égalité protégée par la Déclaration était strictement confinée à l'égalité dans l'administration de la justice et dans l'application de la loi, par opposition à l'égalité dans le contenu même de la loi. En d'autres termes, le législateur fédéral souverain était exempté de respecter la norme d'égalité et pouvait librement créer entre Indiens et Indiennes un régime d'accès aux droits d'occupation et de propriété sur les réserves qui soit totalement défavorable aux secondes. Comme la Déclaration n'était qu'un document déclaratoire de droits existants sans statut constitutionnel et que l'al. 1b) se contentait de garantir l'égalité *devant* la loi, il ne pouvait s'agir, dans la conception britannique traditionnelle strictement procédurale adoptée par la Cour, que de l'application uniforme de la loi par le juge et l'administrateur placés «devant» elle. Quant à la jurisprudence américaine en sens contraire, elle était alors jugée impertinente vu les différences de texte («égale protection de la loi» aux États-Unis) et de contexte (législatif au Canada, constitutionnel aux États-Unis)⁵³.

La première moitié du par. 15(1) a donc pour objet de contrer cette jurisprudence en reprenant les termes mêmes qu'avait utilisés le juge Ritchie pour la Cour suprême dans *Drybones* et *Lavell*. En effet la version anglaise, précise que «every individual is equal before and under the law [...]». L'objectif du constituant de viser non seulement les administrateurs mais également les législateurs est donc très net lorsqu'on tient compte du contexte d'adoption de l'article 15⁵⁴. Cet objectif ressort d'ailleurs on ne peut plus clairement du texte français : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous [...]»

Par ailleurs, en édictant explicitement le «[...] droit à la même protection [...] de la loi [...]» («the right to the equal protection of the law [...]»), le constituant réfère bien entendu au texte du 14^e amendement de la Constitution américaine, afin de modifier l'attitude passée de la Cour suprême qui opposait une fin de non-recevoir à toute argumentation fondée sur cette Constitution ou sur sa jurisprudence. Quant au «[...] droit [...] au même bénéfice de la loi [...]» («[...] equal benefit of the law [...]»), il est évident qu'il a été placé pour écarter le type de raisonnement qu'avait tenu la Cour suprême dans l'affaire *Bliss*⁵⁵ en 1979. Dans cette décision, on en était arrivé à

52. *P.G. Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, 1365, 1366 (J. Ritchie).

53. *Ibid.*

54. «“Before the law” refers to the administration of justice [...] “under the law” refers to the content of the law»: *Regina v. Le Gallant*, (1986) 33 D.L.R. (4th) 444, 453 (C.A.C.-B.). Dans le même sens, voir : *Re Andrews and Law Society of B.C.*, *supra*, note 3, p. 604, 605 ; *Re McDonald and the Queen*, *id.*, p. 453.

55. *Bliss c. P.G. Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

la conclusion que la loi sur l'assurance-chômage ne créait pas d'inégalité à l'égard des femmes enceintes en leur refusant toute prestation issue du régime général, parce que cette loi ne pénalisait pas directement un groupe de personnes ni ne créait d'incapacités légales comme dans *Drybones*, *Lavell* ou *Burnshine*⁵⁶. Selon la cour, la loi créait plutôt des avantages pour le groupe des femmes enceintes, en prévoyant un régime spécial de prestations-grossesse, et déterminait simplement les conditions d'admissibilité (comprenant ici l'exclusion du régime ordinaire) selon des priorités politiques et administratives. Le « [...] droit [...] au même bénéfice de la loi [...] » exprime ainsi la volonté du constituant de protéger les justiciables contre l'exclusion injustifiée des lois accordant certains bénéfices ou avantages sociaux⁵⁷. Il se trouve donc à situer la norme d'égalité dans le contexte contemporain de l'État pourvoyeur de services.

Ainsi donc, l'objet de la première moitié du par. 15(1) est double. Il s'agit d'une part de promouvoir l'égalité individuelle des chances d'épanouissement dans la tradition de pensée libérale, c'est-à-dire par le biais de l'égalité purement juridique. Celle-ci consiste à interdire les distinctions arbitraires puisque de telles distinctions sont contraires tant à l'égalité de dignité de chaque être humain qu'à la plus élémentaire justice. D'autre part, le par. 15(1) vise à mettre fin aux hésitations judiciaires qui ont prévalu au sujet de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* en s'assurant que les législateurs seront tenus de respecter cette norme, quelle que soit la forme ou le domaine d'une loi particulière. En revanche, la protection de ce paragraphe étant clairement axée sur la personne humaine, comme cela ressort de l'expression « every individual » de la version anglaise, laquelle contraste nettement avec le terme « chacun » d'acception plus large généralement utilisé dans la Charte, il semble que l'article 15 n'ait pas pour but de protéger les intérêts des gouvernements (ou de la Couronne) ni ceux des personnes morales⁵⁸.

56. *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693.

57. En ce sens : *Re Andrews...*, *supra*, note 3, p. 605 ; *Zutphen Brothers v. Dywidag Systems*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 433, 448, (C.A.N.-É).

58. La jurisprudence est en effet presque unanime à exclure les personnes morales et la Couronne de la protection de l'a. 15. Voir : *R. v. Stoddart*, (1988), 37 C.C.C. (3d) 351, 360-363 dans lequel le juge Tarnopolsky réfère à l'ensemble des décisions sur cette question. Dans le même sens, voir en doctrine : R. ELLIOT, « Interpreting the Charter — Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) 16 *U.B.C.L. Rev.* 11, 38, (Charter Edition). En sens contraire, voir *Zutphen Brothers*, *id.*, et en doctrine : G.D. CHIPEUR, « Section 15 of the Charter Protects People and Corporations — Equally », 11 *C.B.L.J.* 304, 315 (1986).

2.2. La perspective collective fondée sur l'inégalité de fait et la justice sociale

Si le constituant avait voulu limiter la portée de l'article 15 au cadre traditionnel de l'égalité individuelle, tout en s'assurant que les distinctions arbitraires soient prohibées à l'égard de tous tant dans la loi que dans son application, il lui eût suffi de mettre un point final au par. 1 après les mots «[...] au même bénéfice de la loi [...]» ou même après les mots «[...] indépendamment de toute discrimination [...]»⁵⁹.

Mais tel n'a pas été son choix. Le texte du par. 15(1) ajoute en effet que les droits à l'égalité sont reconnus

[...] 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.

et dans sa version anglaise :

[...] without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Pourquoi donc avoir ajouté à l'égalité déjà garantie par quatre formulations différentes et reconnue indépendamment de toute discrimination, une liste contenant certains types particuliers de discrimination? Quel est donc l'objet de cette énumération? Quels intérêts vise-t-elle à protéger?

59. Les tribunaux se sont crus obligés jusqu'à présent d'établir une distinction entre les notions d'égalité et de non-discrimination du par. 15(1). Faisant équivaloir la première à l'interdiction de toute distinction, c'est-à-dire au droit à un traitement identique ou uniforme pour tous et en toute circonstance, cette norme est devenue non opérationnelle pour des raisons pratiques évidentes : comme toutes les lois, ou presque, font des distinctions, l'a. 15 viendrait bloquer le processus législatif même si, bien entendu, le gouvernement pouvait à chaque fois plaider l'a. 1 pour tenter de justifier sa loi devant les tribunaux. Par conséquent, ce sont les mots «indépendamment de toute discrimination», affirme-t-on, qui constituent l'élément-clé du par. 15(1) puisque le terme discrimination a toujours eu en droit une acception négative (de traitement défavorable ou arbitraire selon le cas) qui permet de limiter la portée du par. 15(1) de manière plus réaliste. Voir par ex. : *Re Andrews...*, *supra*, note 3, p. 608 ; *Regina v. Century 21...*, *supra*, note 3, p. 672-674 ; *P.G. Québec c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732, 1736 (C.A.) ; *A.G. Nfld. v. Nfld. and Labrador Housing Corp.*, C.A. T.-N., 19 févr. 1987, p. 17-18. *Reference Re Family Benefits Act*, (1987) 75 N.S.R. (2d) 338, 351 (C.A.N.-É.) ; *Headley c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1987] 2 C.F. 235, 238 (J. Pratte), 242, 243 (J. MacGuigan), (C.A.).

Cette distinction est en vérité artificielle puisque le droit à l'égalité en général, c'est-à-dire dans et devant toute loi, a toujours signifié, comme nous l'avons vu, l'interdiction des distinctions arbitraires, tout comme l'interdiction générale de toute discrimination, et pour les mêmes raisons d'ordre pratique. À preuve, la jurisprudence sur le 14^e amendement de la Constitution américaine (norme générale d'égalité protection des lois) et sur l'a. 14 de la

La tentation est forte, lorsqu'on se base sur le seul texte du par. 15(1), sur sa seule construction grammaticale, de conclure que la deuxième partie ne fait que répéter les droits à l'égalité individuelle ou qu'elle sert seulement à « illustrer » le sens de ces droits en les exprimant sous forme de traitements discriminatoires prohibés. Grammatically, les deux membres de phrase sont interreliés et ne semblent former qu'un seul et même droit puisqu'on y reconnaît en somme que tous ont droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination⁶⁰. Une analyse aussi succincte de l'article 15 ne saurait toutefois suffire à livrer l'objet véritable de l'énumération des motifs de discrimination qu'on trouve à cet article.

Tout d'abord, on sait au départ que la Charte doit recevoir une interprétation généreuse. Une telle approche s'oppose, par définition, à la position jurisprudentielle dominante⁶¹ qui revient à dire que le constituant a ajouté ces mots inutilement, c'est-à-dire sans vouloir ajouter de sens à la norme dans laquelle il les a insérés. Il faut plutôt chercher dans le contexte, passé comme présent, les raisons pouvant justifier la présence des motifs de discrimination énumérés à l'article 15.

Ainsi, nous l'avons vu, le contexte jurisprudentiel antérieur à la Charte a constitué le leitmotiv principal de la rédaction byzantine et unique de l'article 15⁶². Or il en est exactement de même pour l'ajout de l'énumération de motifs discriminatoires bien que, curieusement, cela semble avoir complètement échappé jusqu'ici tant à la doctrine qu'à la jurisprudence. Encore une fois le constituant a voulu manifestement contrer une jurisprudence conservatrice de la Cour suprême sur la *Déclaration canadienne des droits* en 1960. En

Convention de sauvegarde des droits de l'homme... (*supra*, note 46) (norme d'interdiction de toute discrimination) qui arrive essentiellement aux mêmes conclusions. Voir à ce sujet *supra*, note 23. Il est clair, dès lors, qu'à moins d'indication législative contraire, l'égalité et la discrimination constituent les facettes opposées d'un même concept de base.

60. Sur les diverses lectures possibles du par. 15(1), voir : J. WOEHRLING, « L'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la langue », (1985) 30 *R. de D. McGill* 266 ; D. PROULX, « L'inextricable égalité constitutionnelle », dans G.-A. BEAUDOIN (éd.), *La Cour suprême du Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 273-278.

61. À part quelques décisions isolées, comme celle du juge Strayer dans *Smith, Sline and French Laboratories Ltd c. P.G. Canada*, [1986] 1 C.F. 274, 318 ou celle du juge MacGuigan dans *Headly*, *supra*, note 59 où on a tenté de donner un sens à l'énumération du par. 15(1), l'ensemble des tribunaux refusent en effet de reconnaître quelque sens que ce soit à cette dernière. En rattachant les mots « indépendamment de toute discrimination » à l'égalité dans et devant la loi et en faisant jouer à ces mots le rôle-clé de ce par. 15(1), soit celui de relativiser la notion d'égalité, les tribunaux en ont tous rapidement conclu, implicitement ou explicitement, que l'énumération ne pouvait rien ajouter de plus au sens de ce paragraphe. Voir les arrêts cités à la note 59.

62. *Supra*, note 49 et texte correspondant.

l'espèce, le raisonnement juridique que l'ajout de l'énumération de motifs discriminatoires devait neutraliser, c'était celui de la « majorité » de la Cour exprimée par le juge Ritchie dans l'affaire *Lavell*⁶³. Pour plus de clarté, rappelons ici le texte pertinent de la Déclaration qu'avait alors à interpréter la Cour :

1. 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 :
 - a) [...]
 - b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ;

Comme ils ont eu plus d'une fois l'occasion de le faire pendant une dizaine d'années, les juges Ritchie et Laskin ont croisé le fer dans *Lavell* à propos de l'interprétation à donner à la Déclaration. En l'espèce, la Cour avait à se prononcer sur le sens à donner à l'énumération des cinq motifs de discrimination incorporés au paragraphe introductif de l'article 1. En effet, madame Lavell invoquait que, comme la *Loi sur les Indiens* établissait une discrimination en raison du sexe, elle devait être déclarée inopérante pour ce seul motif. Il n'y avait donc pas lieu, selon elle, d'examiner la question de savoir si l'un des droits énoncés aux al. a) à f) de l'article 1 avait été enfreint⁶⁴, notamment l'égalité devant la loi qui donnait ouverture soit à une interprétation procédurale étroite à l'anglaise, soit à la possibilité d'admettre des classifications raisonnables à l'américaine.

Pour le juge Ritchie, une telle interprétation qui donnait au paragraphe introductif de l'article 1 une existence indépendante en créant une norme antidiscriminatoire supplémentaire aux six autres énoncées aux al. a) à f) ne pouvait être soutenue. Selon lui, on ne pouvait voir dans les termes « [...] quels que soient sa race, [...] » que fleurs de rhétorique parce que, d'une part, ces mots n'étaient pas situés parmi les droits de fond énoncés aux alinéas a) à f) mais bien dans un paragraphe introductif et que, d'autre part, la version française ne parlait pas de « discrimination » en tant que telle⁶⁵. À l'inverse, Laskin estimait dans sa dissidence que les termes du paragraphe introductif apportait une protection juridique supplémentaire et distincte des alinéas a) à f). Selon lui, les mots « [...] without discrimination by reason of race [...] » de

63. En réalité, les motifs du juge Ritchie n'ont pas emporté l'adhésion de la majorité, mais de quatre juges sur huit seulement, le juge Pigeon se rangeant aux conclusions du juge Ritchie pour des raisons tout à fait différentes. Voir : D. PROULX, *supra*, note 30, p. 400-402, note 62.

64. *P.G. Canada c. Lavell*, *supra*, note 52, p. 1363.

65. *Id.*, 1362-1364.

la version anglaise suffisaient à faire ressortir une intention législative claire de proscrire tout spécialement les formes de discrimination qu'on y avait énumérées. L'al. 1b) de la Déclaration devait donc s'interpréter comme « [...] "the right of the individual to equality before the law and the protection of the law without discrimination by reason of race [...]" »⁶⁶.

Or lorsqu'on examine attentivement le texte des versions anglaise et française du par. 15(1) de la Charte, on est forcé de constater qu'il a été rédigé de manière à ne laisser aucun doute sur son intention par rapport aux opinions discordantes émises par Ritchie et Laskin dans *Lavell*. D'une part, les mots vagues « [...] quels que soient sa race, [...] », utilisés en français dans la Déclaration ont été éliminés pour les remplacer par les mots « [...] indépendamment de toute discrimination [...] » et pour les faire coller exactement à l'expression anglaise « [...] without discrimination [...] » extraite mot pour mot de la Déclaration. De plus pour marquer davantage sa volonté de s'attaquer spécifiquement à la discrimination envers certains groupes sociaux, le constituant affirme qu'il veut assurer l'égalité en bannissant « [...] notamment [l]es discriminations fondées sur la race, [...] », texte qui correspond également en tout point à la version anglaise (« [...] in particular, without discrimination based on race, [...] »). L'utilisation et la répétition du mot « discrimination » en anglais comme en français ne saurait ici être le fruit du hasard. En effet, dans la législation fédérale existante, à savoir la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁶⁷, le mot anglais *discrimination* a été rendu en français par l'expression « distinction illicite ». Comme le texte de la Charte a été préparé par le gouvernement fédéral, l'identité absolue des textes français et anglais quant au mot « discrimination » étonne d'autant plus qu'elle contraste très fortement avec la distance que la version française a indéniablement prise par rapport aux termes de la version anglaise dans la première moitié du par. 15(1). Ce qui nous amène à une conclusion, inévitable : le constituant a voulu, comme le juge Laskin dans *Lavell*, utiliser des « termes décisifs » qui ajoutent une « protection supplémentaire » à celle qui précède et qu'on trouve exprimée sous forme de principes plus généraux d'égalité individuelle⁶⁸.

66. *Id.*, 1387.

67. S.C. 1976-77, c. 33, a. 3s.

68. C'est en interprétant le jugement du juge Laskin rendu dans *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, 896, 897 où celui-ci disait que « [...] the prohibited discrimination is an additional lever to which federal legislation must respond », que les juges Ritchie et Laskin ont divergé d'opinion dans l'affaire *Lavell*. Fidèle à l'opinion qu'il avait exprimée dans *Curr*, Laskin conclut alors comme suit dans *Lavell*, *supra*, note 53, p. 1387 : « I do not think it is possible to leap over the telling words [les termes décisifs] of s. 1 "without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex", in order to explain away any such discrimination by invoking the words "equality before the law" in clause (b) [...] ».

D'autre part, loin de faire partie d'un paragraphe introductif qu'on pourrait confondre avec un préambule comme l'a fait le juge Ritchie dans *Lavell*, l'énumération de certains motifs de discrimination fait partie du corps des normes de fond sur l'égalité au sein même du par. 15(1). La structure choisie dans ce paragraphe respecte donc très exactement celle que le juge Laskin avait utilisée pour soutenir que l'interdiction de certains types de discrimination constituait une protection supplémentaire à celle de la clause d'égalité dans la Déclaration. Il avait conclu, au risque de nous répéter, que l'al. 1b) devait se lire comme étant «[...] "the right of the individual to equality before the law and the protection of the law without discrimination by reason of race, [...]" »⁶⁹.

Par conséquent, le choix des termes utilisés dans la seconde moitié du par. 15(1) ainsi que la structure de cette disposition, lorsque mis en regard du contexte jurisprudentiel canadien existant au moment de la rédaction de la Charte, indiquent hors de tout doute l'objectif du constituant : loin de vouloir faire œuvre de littérateur, loin d'ajouter aux principes d'égalité des termes inutiles, ce qui ne servirait absolument à rien, le constituant a précisé par l'ajout de l'énumération de certains motifs de discrimination qu'il voulait protéger plus efficacement les individus qui, du fait de leur appartenance à certains groupes sociaux en raison de caractéristiques comme la race ou le sexe, se trouvent davantage exposés aux préjugés et, partant, à l'injustice et à l'arbitraire.

Le contexte social et économique jumelé aux termes des articles 15 et 28 font également ressortir le véritable objet de protection accrue des membres de certains groupes sociaux. En effet quel contexte socio-économique prévalait au Canada avant 1982 et prévaut toujours aujourd'hui ? C'est bien sûr celui d'une structure politique et économique dominée par une majorité blanche, anglo-saxonne et protestante (dans les provinces anglaises) ou française et catholique (au Québec)⁷⁰, cette majorité étant composée principalement d'hommes, généralement en pleine santé physique et mentale, et dans la force de l'âge. En pareil contexte, l'ajout par le constituant d'une énumération de

69. *Ibid.*

70. Pour ce qui est du Québec, la situation est plus complexe en réalité. D'après la plus récente étude sur le sujet, si les francophones du sexe masculin s'y trouvent en position dominante, tant au point de vue de leur nombre que du pouvoir qu'ils détiennent en politique provinciale, le pouvoir économique leur échappe toujours, bien qu'ils aient fait du rattrapage, depuis l'adoption des lois 22 et 101 assurant la protection de la langue française, aux dépens des anglophones. Voir F. VAILLANCOURT, *Langue et disparité de statut économique au Québec*, Publ. du Québec, 1988, 230, (étude commandée par le Conseil de la langue française).

certain motifs de discrimination ne peut raisonnablement correspondre qu'à un objectif précis : apporter aux individus qui font partie de groupes défavorisés ou exclus par la société une protection supplémentaire. Ainsi, lorsqu'en proclamant des droits à l'égalité, la Charte ajoute que ces derniers doivent être garantis indépendamment de toute discrimination fondée par exemple sur la race, ce ne saurait être, vu son but réparateur⁷¹, à la race blanche dominante qu'elle veut apporter une aide additionnelle, mais plutôt aux membres de groupes dont les droits sont ou ont trop souvent été bafoués. On pense alors aux Autochtones, aux Asiatiques ou aux Noirs par exemple. Ce sont ces groupes défavorisés et eux seuls qui sont victimes des préjugés et des stéréotypes de la majorité blanche, lesquels conduisent à leur exclusion systématique du pouvoir politique et économique, monopolisé par la majorité depuis des siècles.

Cet objectif ressort très nettement d'ailleurs de la formulation des deux derniers motifs énumérés, savoir les déficiences mentales et physiques. Le par. 15(1) ne parle pas ici de la « condition » mentale ou physique, mais bien de la « déficience » mentale ou physique. C'est donc à ceux et celles pour qui la condition physique ou mentale crée un obstacle en raison des préjugés sociaux, lesquels ont pour effet de les exclure du pouvoir politique ou économique, que l'énumération de l'article 15 s'adresse et cherche à apporter un remède additionnel. Dans cette perspective, l'interdiction explicite de la discrimination fondée sur l'âge ne peut non plus avoir n'importe quel but : il s'agit de la protection de ceux et celles pour qui cette caractéristique constitue un désavantage, un handicap en raison des préjugés sociaux. Il ne peut alors s'agir que des gens plus âgés, trop souvent évincés arbitrairement du milieu du travail sous prétexte d'un soit-disant besoin de dynamisme ou d'idées nouvelles. Ainsi, en interdisant spécifiquement la discrimination fondée sur l'âge, le par. 15(1) qui, comme l'ensemble de la Charte, ne s'applique qu'aux parlements et aux gouvernements⁷², ne peut certes pas avoir eu pour objet de protéger plus particulièrement les enfants mineurs. Les nombreuses mesures législatives qui les touchent sont en effet le plus souvent de nature protectrice parce fondées sur une donnée objective : le manque de maturité de l'enfant.

71. Nous avons vu, en effet, que le par. 15(1) a été formulé de manière à remédier aux lacunes et faiblesses de la *Déclaration canadienne des droits* qui consistaient d'une part à réduire le sens de l'égalité devant la loi à une norme purement procédurale d'application égale de la loi par les tribunaux et l'Administration publique et, d'autre part, à priver de toute portée l'énumération des cinq motifs discriminatoires contenue au par. introductif de l'a. 1 de la Déclaration.

72. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Lorsque lu avec le par. 15(2) qui parle spécifiquement de « [...] la situation d'individus ou groupe défavorisés [...] », l'objet de la seconde moitié du par. 15(1) devient encore plus limpide. Bien que le par. 15(2) poursuive un objectif particulier qui consiste à reconnaître la légalité des programmes de redressement dits « d'action positive », ce paragraphe ne formule pas une norme d'égalité totalement distincte du premier paragraphe. En référant d'entrée de jeu au par. (1) (« Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire [...] »), le par. (2) révèle bien son objet : il s'agit de lever toute ambiguïté sur le sens à donner à l'égalité décrite au par. (1)⁷³. Le par. (2) n'est donc rien d'autre qu'une règle d'interprétation large et libérale du par. (1), visant à éliminer les doutes provoqués tant en jurisprudence américaine⁷⁴ que canadienne⁷⁵ quant à la possibilité pour une norme d'égalité d'inclure dans ses sens et objet le traitement préférentiel de groupes défavorisés. Le par. 15(2) étant une précision sur le sens large à donner au par. 15(1), il aide également à

73. *Reference Re Family Benefits Act*, *supra*, note 59, 352, 355 ; *Re Rebic and the Queen*, (1986) 28 C.C.C. (3d) 154, 166. Voir aussi W.S. TARNOPOLSKY, *supra*, note 34, p. 551 ; *id.*, « The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983), 61 *R. du B. can.* 242, 257 ; P. BLACHE, *supra*, note 45, p. 178, 179.

74. *Supra*, note 34.

75. Au moment de l'entrée en vigueur de la Charte en 1982, la jurisprudence canadienne était effectivement plutôt ambiguë sur cette question. La plupart des codes antidiscriminatoires provinciaux étant formulés de manière à interdire tant les exclusions que les préférences fondées sur certains motifs illicites énumérés exhaustivement d'une part et pratiquées dans certains secteurs d'activité identifiés (emploi, logement, services) d'autre part, on doutait fortement qu'un programme d'action positive puisse s'insérer dans un corset aussi serré, sans disposition législative expresse. Voir *Bloedel v. University of Calgary*, [1980] 1 C.H.R.R. D/25 où un programme d'accès préférentiel pour les autochtones conçu par l'Université de Calgary a été jugé contraire à l'*Individual Rights Protection Act*. S.A. 1972, c. 2 de l'Alberta. Par ailleurs, la question de la légalité des programmes d'« action positive », qui avait été soumise à l'attention de la Cour suprême dans *Athabasca Tribal Council c. Amoco Canada*, [1981] 1 R.C.S. 699, n'avait alors été abordée avec approbation que par quatre des neuf juges participant à la décision (voir notes du j. Ritchie), les cinq autres réservant expressément leur opinion sur le sujet (voir notes du j. Lamer). Cette question a ensuite été reposée aux tribunaux en 1984 (donc avant l'entrée en vigueur de l'a. 15 de la Charte en 1985) à propos d'une décision d'un tribunal des droits de la personne créé en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra*, note 67. Cette décision (*Action Travail des Femmes v. C.N.* [1984] 5 C.H.R.R. D/2327), qui appliquait une disposition de la loi l'autorisant expressément à agir ainsi (voir a. 41 (2) a)) ordonna au C.N. d'embaucher 13% de femmes parmi les préposés à l'entretien des wagons. Bien qu'expressément autorisée par la loi, cette mesure fut quand même jugée illégale par la Cour d'appel fédérale : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1985] 1 C.F. 96. Cette décision fut toutefois infirmée par la Cour suprême récemment dans [1987] 1 R.C.S. 1114. C'est dire à quel point le par. 15(2) de la Charte s'imposait !

comprendre l'objet de l'énumération des motifs de discrimination prohibé du par. (1) : avant tout, il s'agit de mieux protéger les individus et groupes défavorisés par les préjugés sociaux (par. (1)), cette protection ne devant pas exclure la possibilité de lois ou programmes préférentiels destinés à rétablir l'équilibre entre la majorité et ces diverses minorités (par. (2)).

Les groupes visés par l'énumération du par. 15(1) constituent tous en effet des minorités, à une exception près : les femmes. On aurait bien tort cependant de tenter d'établir des distinctions à partir de ce constat puisque l'objet de l'article 15 ne saurait être limité à la protection des groupes minoritaires au seul plan numérique. Une interprétation cohérente et généreuse de l'énumération du par. 15(1) mène nécessairement à une conclusion : cette dernière protège les membres des groupes qui, peu importe leur nombre, sont défavorisés et exclus des structures politiques ou économiques en raison d'une caractéristique qui les rend indétectables et victimes de stéréotypes⁷⁶. En ce sens on ne saurait non plus se méprendre sur l'objet de l'article 28 : bien que rédigé en des termes tout à fait neutres (« [...] les droits et libertés [...] sont garantis également aux personnes des deux sexes »), c'est évidemment aux femmes, non aux hommes en position dominante dans notre société, qu'il cherche à procurer une plus grande égalité⁷⁷. Les hommes n'avaient nullement besoin d'une telle disposition et son enclassement n'est en aucune façon le fruit de leur initiative, comme chacun le sait, mais celui des principales intéressées.

Un élément de l'énumération qui ne doit en aucun cas être négligé lorsqu'on se penche sur son rôle ou son objet est le fait qu'elle débute par le mot « notamment ». Le par. 15(1) précise en effet que les droits à l'égalité sont

76. Le juge Brennan a bien exprimé cette réalité dans *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686, note 17 (1973) : « It is true, of course, that when viewed in the abstract, women do not constitute a small and powerless minority. Nevertheless, in part because of past discrimination, women are vastly underrepresented in the Nation's decisionmaking councils. There has never been a female President, nor a female member of this Court ».

77. Cette façon de considérer les a. 15 et 28, c'est-à-dire en fonction de leur objet réparateur, et qui conduit à une conception asymétrique de l'égalité accordant une protection constitutionnelle plus forte (et qui reste à définir) aux membres de certains groupes particulièrement exposés à la discrimination, est tout particulièrement soutenue au Canada par la doctrine féministe. Outre les références déjà citées à la note 40, voir l'excellent article de L. SMITH, « A New Paradigm for Equality Rights », dans L. SMITH et al. (éd.), *supra*, note 40, p. 353-407 ; C.A. MACKINNON, « Making Sex Equality Real », dans L. SMITH et al. (éd.), *id.*, 37-43 ; W. WILLIAMS, « Sex Discrimination Under the Charter : Some Problems of Theory », [1983] 4 C.H.R.R. C/83.1. Voir aussi W. BLACK, « Intent or Effects : Section 15 of the Charter of Rights and Freedoms », dans J.M. WEILLER & R.M. ELLIOT (éd.), *supra*, note 45, p. 120-164.

garantis «[...] indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race [...]». Le mot «notamment» est en effet capital car il indique clairement l'intention du constituant : par ce mot, ce dernier nous signale expressément qu'il veut s'attaquer non seulement aux distinctions arbitraires fondées sur les neuf motifs de discrimination énumérés, mais aussi à celles qui sont fondées entre autres sur ces motifs.

Par conséquent, dire que les groupes protégés par l'énumération correspondent uniquement et strictement aux neuf motifs qu'on y trouve, c'est forcément considérer l'énumération comme si elle était exhaustive. Or, l'inclusion par le constituant du mot notamment ne peut qu'interdire ce genre d'interprétation restrictive qui, par comparaison, convient cependant tout à fait par exemple à la *Déclaration canadienne des droits* de 1960. Le paragraphe introductif de l'article 1 de cette loi prévoit en effet que tout individu jouit des libertés fondamentales «[...] quels que soit sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe». Ainsi, comme le législateur fédéral se limite à pointer du doigt uniquement ces formes de discrimination, le juge en chef Laskin en a à bon droit conclu dans l'affaire *Lavell* que le législateur considère comme déraisonnable et discriminatoire toute catégorisation fondée sur l'un de ces cinq motifs⁷⁸. Comme cela ressort très nettement de l'affaire *Craton*, le raisonnement à adopter n'est pas différent lorsqu'il s'agit d'interpréter les codes antidiscriminatoires statutaires qui limitent tous leur interdiction de la discrimination à certains motifs limitativement énumérés⁷⁹. En pareil contexte, il est certain que, par l'ajout du mot notamment, le constituant nous invite à considérer l'énumération du par. 15(1) comme constituant une protection supplémentaire non seulement pour les groupes défavorisés identifiés par les neuf motifs énumérés, mais également pour ceux qui sont du même genre. Reste alors à déterminer quels groupes doivent être considérés comme

78. *Supra*, note 68.

79. *Winnipeg School Division N° 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150. Dans cette décision unanime, la Cour suprême a invalidé l'a. 50 de la *Public Schools Act* du Manitoba au seul motif qu'en conférant à un conseil scolaire le pouvoir de fixer un âge de retraite obligatoire pour ses enseignants, cet article se trouvait à porter atteinte au par. 6(1) du *Human Rights Act* de cette province, lequel interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge. Jamais la Cour ne s'est interrogée sur le caractère raisonnable ou non d'une telle atteinte. Cela s'explique par le fait qu'en énumérant exhaustivement les motifs de distinction qu'il juge illicites, donc discriminatoires, le législateur a clairement exprimé par avance quelles distinctions sont à ses yeux arbitraires ou déraisonnables (savoir celles fondées sur l'un des motifs énumérés) et lesquelles ne doivent pas être considérées comme telles (celles fondées sur tout autre motif). En ce sens, concernant l'a. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, voir : D. PROULX, *supra*, note 30, p. 547, 548 ; P. CARIGNAN, *supra*, note 15, p. 533-535. En sens contraire : P. BLACHE, « Les méandres du concept d'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne », (1986) 17 *R.D.U.S.* 85, 103-108.

étant essentiellement du même genre que ceux qui sont explicitement identifiés par les motifs énumérés. Les tribunaux connaissent déjà cet exercice, familiers qu'ils sont de la règle d'interprétation *ejusdem generis*.

Ainsi, lorsqu'on examine attentivement l'énumération de l'article 15, on constate d'abord qu'elle correspond à des *caractéristiques personnelles* qui rattachent un individu à un *groupe identifiable* et rendent cet individu et ce groupe davantage susceptible d'être victimes des préjugés de la majorité et, par voie de conséquence, de discrimination. Par ailleurs, l'énumération possède deux autres traits importants. Tout d'abord avec les motifs de race, de couleur, d'origine ethnique ou nationale, d'âge, de sexe et de déficiences, elle indique, sans prétendre à l'exhaustivité, que toute personne qui appartient à un groupe identifiable en raison d'une *caractéristique inhérente ou incontrôlable* susceptible de la rendre victime des préjugés passés ou présents est protégée par l'article 15 et, par le fait même, tout le groupe auquel elle appartient. Partant de ce premier trait commun aux huit motifs déjà mentionnés, il apparaît tout à fait logique et cohérent d'en déduire que les membres des groupes linguistiques ou homosexuels par exemple font partie du même genre de groupes que ceux que l'énumération non limitative veut spécialement protéger. D'une part, on ne peut en effet changer ni de langue maternelle ni d'orientation sexuelle; d'autre part, la possession de telles caractéristiques personnelles associe leurs titulaires à des groupes identifiables particulièrement victimes des préjugés de la majorité.

En second lieu, avec le motif de la religion, le constituant nous signale que lorsque l'exercice d'un *choix fondamental* rattache un individu à un groupe social susceptible d'être victime des préjugés de la majorité, cet individu et le groupe auquel il a librement choisi d'appartenir doivent recevoir la protection particulière de l'énumération du par. 15(1). Deux critères faciles à manier permettent de déterminer le caractère fondamental d'un choix. Le premier, subjectif, pourrait être celui de l'incidence du choix d'une personne dans l'orientation de sa vie personnelle ou pour la société. En ce sens, le choix pour un homme de porter une moustache ou de s'habiller d'une certaine manière devrait être considéré comme un choix mineur par comparaison au choix d'une religion, à moins de constituer des manifestations essentielles d'un choix fondamental. Pensons ici aux membres de la religion sikh dont le port du turban et de la barbe constitue une obligation religieuse.

Un second critère, objectif, pourrait s'avérer fort utile dans la qualification d'un choix aux fins de l'article 15. Il s'agit tout simplement de vérifier quelles sont les valeurs déjà juridiquement consacrées fondamentales par les gouvernements canadiens à travers la Charte elle-même, les principes de common law qui, d'ailleurs, sont expressément sauvegardés par la Charte à son

article 26, les documents et traités internationaux sur les droits et libertés que le Canada a ratifiés ainsi que, possiblement, les valeurs généralement reconnues dans la législation des autres sociétés libres et démocratiques. Ainsi il ne fait aucun doute que les convictions politiques non partagées par le Pouvoir devraient être mises sur le même pied que la religion en vertu du second critère, puisque la Charte reconnaît à ses articles 1, 2 et 3 que les convictions politiques personnelles constituent un choix fondamental : il s'agit d'un droit démocratique essentiel, pour ne pas dire d'un devoir de citoyen responsable, auquel les législateurs canadiens ne peuvent même pas déroger par le biais de l'article 33. De même, la grossesse devrait être traitée comme un choix fondamental puisque, au plan strictement personnel (1^{er} critère subjectif), avoir ou non des enfants est un choix majeur dans la vie d'un individu, voire pour une société, et que d'autre part le droit de fonder une famille est expressément reconnu à l'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et à l'article 23 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, deux documents que le Canada reconnaît (2^e critère objectif).

Dire que l'interdiction de la discrimination du par. 15(1) est non limitative n'équivaut cependant pas à réduire la portée de tout ce paragraphe à l'interdiction des distinctions fondées uniquement sur les motifs énumérés et ceux du même genre, comme semble le prétendre par exemple le juge Hugessen dans *Smith, Kline and French Laboratories*⁸⁰. Une telle réduction de la portée et du sens du par. 15(1) ne saurait être retenue parce que, outre qu'elle soit fort peu généreuse, elle omet de tenir compte tant du texte de la première moitié du par. 15(1), qui reconnaît l'égalité devant et dans la loi *en général*, que de l'objet de l'énumération qui, comme nous l'avons démontré, est d'accorder une protection *supplémentaire* pour certains groupes sociaux défavorisés, non de remplacer ou de supplanter les droits à l'égalité devant et dans la loi qui demeurent et ne sauraient être laissés de côté.

Enfin, que l'objet de l'énumération du par. 15(1) soit d'établir un lien entre la protection des intérêts individuels (visés par la première moitié de ce paragraphe) et la prise en compte des intérêts collectifs de ceux qui font partie de certains groupes sociaux davantage exposés aux préjugés concorde avec les objectifs plus larges de la Charte que traduisent ses « dispositions générales ». En effet, l'article 27 qui vise la promotion du « [...] patrimoine multiculturel des Canadiens », l'article 29 celle des minorités scolaires confessionnelles et l'article 25 celle des peuples autochtones contredisent formellement la thèse selon laquelle la Charte ne serait en définitive qu'un « [...] un texte de conception classique où prédominent la primauté de l'individu et les acquis des révolutions

80. *Supra*, note 3, p. 368, 369.

libérales du siècle dernier»⁸¹. Bien qu'elle reconnaisse surtout des droits individuels, la Charte accorde ainsi indiscutablement des droits positifs à certains groupes en plus de préciser que son interprétation doit favoriser la « valorisation » des divers groupes culturels au Canada. C'est d'ailleurs en se fondant sur ces prémisses que la Cour d'appel de l'Ontario a admis la dimension collective des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, ce qui l'a amenée à déclarer que les francophones possèdent un droit constitutionnel à la gestion de leurs écoles, même si ce droit ne ressort pas expressément du texte de l'article 23⁸². Dans *Big M Drug Mart*, le juge Dickson affirmait pour la Cour suprême que « [...] le droit d'imposer l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens »⁸³, reconnaissant par là que l'exercice de la liberté individuelle de religion comporte une dimension collective importante. Puis, dans *Re Public Service Employee Relations Act*, bien que la majorité de la Cour ait refusé de reconnaître que la liberté d'association emportait le droit collectif d'un syndicat de faire la grève, le juge McIntyre concédait néanmoins ceci : « En considérant la situation constitutionnelle de la liberté d'association, il faut reconnaître [...] qu'elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs [...] »⁸⁴. Ainsi, s'il y a eu divergence de vue entre la majorité et les juges dissidents (Dickson et Wilson) dans cet arrêt, cette divergence ne portait pas sur la conclusion selon laquelle l'al. 2d) a pour objet de protéger des intérêts collectifs, mais uniquement sur les conséquences à tirer d'une telle conclusion.

Conclusion

Comme pour les libertés individuelles de religion et d'association, la protection des intérêts collectifs paraît indissociable du droit à l'égalité. Par l'énumération qu'il fait de certains motifs discriminatoires au par. 15(1), le constituant nous signale dans quels cas, selon lui, l'égalité des chances d'un individu dépend directement du statut du groupe auquel il appartient. Il nous rappelle en effet que la société entretient des préjugés à l'égard de certains groupes sociaux, lesquels compromettent toute possibilité d'égalité des chances pour les membres de ces groupes puisqu'ils se trouvent collectivement exclus

81. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le statut juridique de l'administration fédérale*, Doc. de travail 40, 1985, p. 44.

82. *Re Education Act (Ont.) and Minority Language Rights*, (1984) 10 D.L.R. (4th) 491.

83. *Supra*, note 1, p. 337, 338.

84. [1987] 1 R.C.S. 313, 397.

du pouvoir politique ou économique. Que les intérêts d'une femme, par exemple, soient liés à ceux des femmes en matière d'égalité, voilà la réalité évidente que l'énumération du par. 15(1) (et, *a fortiori*, celle du par. 15(2) ainsi que l'article 28) de la Charte a pour objet de reconnaître et dont il faudra tenir compte dans l'examen de toute mesure législative ou politique gouvernementale contestée en vertu de ce paragraphe. Cette façon d'envisager l'égalité, fondée sur les valeurs de justice sociale et d'équité pour les membres des groupes plus particulièrement exposés à la discrimination, englobe mais dépasse le fondement traditionnel de ce droit, savoir le respect dû à toute personne en raison de l'existence d'une dignité inhérente à sa nature humaine. Elle se situe, comme nous l'avons vu, dans le courant de pensée d'avant-garde des philosophes comme Rawls, Dworkin ou Perelman en plus d'être largement partagée par la doctrine canadienne⁸⁵. Comme l'écrivait à juste titre d'ailleurs le juge en chef Dickson dans *Re Public Service Employee Relations Act*, il s'agit de valeurs universelles inhérentes au domaine des droits de la personne :

Il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne [...].⁸⁶

Que ces valeurs de liberté, de dignité et de justice sociale soient épousées par le constituant canadien à l'égard des groupes défavorisés, cela ne saurait non plus faire de doute : les innombrables rapports que les divers gouvernements ont commandés depuis une dizaine d'années sur les minorités visibles, les femmes, les handicapés, les Autochtones ou les personnes âgées par exemple le démontrent. Lynn Smith fait à cet égard cette observation très juste :

Jill McCalla Vickers⁸⁸ has pointed out that the « equality projects » of the 1980s involve women, the aged, children, native people, and the disabled. In understanding the purpose of the equality provisions of the Charter, it is critically relevant to know that those particular equality projects were under way and were on the social and political agenda at the time the Charter was written.⁸⁹

Ainsi, pour ce qui est à tout le moins des groupes visés par l'énumération non limitative du par. 15(1), il est clair que les valeurs d'équité ou de justice

85. *Supra*, notes 40, 77 ; voir aussi COMMISSION DE RÉFORME..., *supra*, note 81, p. 53.

86. *Supra*, note 84, p. 348.

87. Pour un aperçu de certains de ces rapports, voir L. SMITH, *supra*, note 77, aux notes 108-113.

88. J.M. VICKERS, « Majority Equality Issues of the Eighties », (1983) 1 *Ann. Can. Droits de la personne* 47-72.

89. *Supra*, note 77, p. 358.

sociale, juxtaposées dans le cadre de ce droit individuel à celles de dignité et d'égalité pour tous, sous-tendent l'objectif d'une protection supplémentaire pour les groupes minoritaires défavorisés et doivent faire partie intégrante du concept canadien d'égalité véhiculé par ce paragraphe.

Or, comme on sait depuis longtemps que l'égalité purement juridique (c'est-à-dire l'interdiction des distinctions arbitraires) est impuissante à garantir une véritable égalité des chances pour ceux et celles qui font partie de groupes défavorisés, c'est-à-dire de groupes exclus du pouvoir économique ou politique en raison des préjugés sociaux, l'énumération du par. 15(1), comme l'article 28 du reste, ne peut que marquer le choix du constituant pour une conception réelle et concrète de l'égalité. Fondée sur la justice sociale autant que sur la dignité humaine, cette conception de l'égalité exige des gouvernements non seulement l'absence de distinctions arbitraires, mais aussi l'adoption de mesures destinées à éliminer les obstacles qui empêchent certaines catégories de personnes de jouir effectivement de leurs droits. L'égalité réelle et concrète véhiculée par l'énumération du par. 15(1) et par l'article 28 ne pourra toutefois faire partie du concept d'égalité constitutionnelle que si les tribunaux acceptent d'y intégrer au moins les trois éléments suivants : 1° la création d'une présomption frappant d'inconstitutionnalité toute mesure ayant pour objet ou pour effet de limiter la jouissance des droits d'un individu en raison d'un motif énuméré ou du même genre ; 2° l'exigence que l'égalité se vérifie dans les résultats d'une mesure, c'est-à-dire en fonction de ses effets globaux sur un groupe visé par l'énumération, indépendamment de l'absence d'intention législative discriminatoire ; 3° l'obligation de prévoir des mesures d'accommodement lorsqu'une politique qui fixe des critères uniformes a pour effet d'empêcher les membres d'un des groupes visés par l'énumération du par. 15(1) d'avoir un égal accès à un service public ou aux emplois dans le domaine public. Ces trois éléments d'une égalité concrète et réelle pour les membres des groupes davantage exposés aux préjugés et à la discrimination, auxquels il faut bien sûr ajouter les mesures d'action positive du par. 15(2), devront toutefois être articulés en tenant compte des difficultés propres au contexte constitutionnel canadien. Cette réflexion, menant à une définition opérationnelle du concept d'égalité véhiculé par les articles 15 et 28 et posant le problème délicat de l'arrimage entre ces dispositions et l'article premier de la Charte, fera d'ailleurs l'objet de notre prochain article.