

L'article 15 de la *Charte canadienne* et les distributions trop limitées : la revanche d'Aristote (redux, vf)

Charles-Maxime Panaccio

Volume 52, numéro hors-série, 2022

Hommage posthume au professeur émérite Alain-François Bisson

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1111025ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1111025ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Panaccio, C.-M. (2022). L'article 15 de la *Charte canadienne* et les distributions trop limitées : la revanche d'Aristote (redux, vf). *Revue générale de droit*, 52, 29–78. <https://doi.org/10.7202/1111025ar>

Résumé de l'article

L'auteur de ce texte s'adonne d'abord à quelques réminiscences concernant le regretté professeur Alain-François Bisson. L'auteur y rappelle notamment un article qu'il avait publié, sous forme de dialogue platonique entre un juriste expérimenté et son jeune collègue, au sujet de l'usage parfois douteux que font les juges de la Cour suprême du Canada des propos des philosophes et, plus particulièrement, du traitement fâcheux réservé à Aristote dans la discussion de la notion d'égalité dans Andrews (1989). Continuant dans le sillon du professeur Bisson, l'auteur soutient que le rejet par la Cour suprême d'une interprétation de l'article 15 de la Charte canadienne fondée sur l'existence d'une situation similaire est à la fois ironique et erroné. Ironique, parce que depuis l'arrêt Andrews (1989) jusqu'à Québec c A (2013), dans toutes les affaires où les demandeurs ont eu gain de cause, la Cour a utilisé une telle approche. Elle n'a pas appliqué la version légaliste de cette approche, discréditée à juste titre, mais plutôt une version morale substantielle, qui exige que les personnes obtiennent des avantages juridiques égaux lorsqu'un tel résultat est prescrit par le raisonnement moral. L'auteur avance aussi que cette doctrine du droit à l'égalité et à la non-discrimination (baptisée « doctrine des distributions trop limitées ») est attrayante, moralement et dans la pratique, et correspond au rôle de la magistrature en tant que gardienne d'une « culture de justification » en droit public canadien. En fait, il se peut fort bien que ce soit là la doctrine prééminente de l'« égalité réelle » en vertu de l'article 15(1), et de ne pas la reconnaître comme telle a été source de nombreuses errances.

Dans un premier temps, l'auteur explique les éléments de la doctrine des distributions trop limitées et montre qu'elle est inhérente à la jurisprudence relative à l'article 15. Il traite ensuite de son adéquation en tant que doctrine judiciaire. Enfin, il examine ses répercussions interprétatives quant à la notion de « motifs analogues de discrimination » et quant au rôle de l'article premier. Les plus récentes décisions de la Cour suprême sur l'article 15 (Alliance (2018), Fraser (2020) et Sharma (2022)) et leur signification en lien avec la doctrine des distributions trop étroites sont discutées dans une coda.

L'article 15 de la *Charte canadienne* et les distributions trop limitées : la revanche d'Aristote (redux, vf)

CHARLES-MAXIME PANACCIO*

RÉSUMÉ

L'auteur de ce texte s'adonne d'abord à quelques réminiscences concernant le regretté professeur Alain-François Bisson. L'auteur y rappelle notamment un article qu'il avait publié, sous forme de dialogue platonique entre un juriste expérimenté et son jeune collègue, au sujet de l'usage parfois douteux que font les juges de la Cour suprême du Canada des propos des philosophes et, plus particulièrement, du traitement fâcheux réservé à Aristote dans la discussion de la notion d'égalité dans Andrews (1989). Continuant dans le sillon du professeur Bisson, l'auteur soutient que le rejet par la Cour suprême d'une interprétation de l'article 15 de la Charte canadienne fondée sur l'existence d'une situation similaire est à la fois ironique et erroné. Ironique, parce que depuis l'arrêt Andrews (1989) jusqu'à Québec c A (2013), dans toutes les affaires où les demandeurs ont eu gain de cause, la Cour a utilisé une telle approche. Elle n'a pas appliqué la version légaliste de cette approche, discréditée à juste titre, mais plutôt une version morale substantielle, qui exige que les personnes obtiennent des avantages juridiques égaux lorsqu'un tel résultat est prescrit par le raisonnement moral. L'auteur avance aussi que cette doctrine du droit à l'égalité et à la non-discrimination (baptisée « doctrine des distributions trop limitées ») est attrayante, moralement et dans la pratique, et correspond au rôle de la magistrature en tant que gardienne d'une « culture de justification » en droit public canadien. En fait, il se peut fort bien que ce soit là la doctrine prééminente de l'« égalité réelle » en vertu de l'article 15(1), et de ne pas la reconnaître comme telle a été source de nombreuses errances.

Dans un premier temps, l'auteur explique les éléments de la doctrine des distributions trop limitées et montre qu'elle est inhérente à la jurisprudence relative à l'article 15. Il traite ensuite de son adéquation en tant que doctrine judiciaire. Enfin, il examine ses

* Professeur agrégé, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

répercussions interprétatives quant à la notion de « motifs analogues de discrimination » et quant au rôle de l'article premier. Les plus récentes décisions de la Cour suprême sur l'article 15 (Alliance (2018), Fraser (2020) et Sharma (2022)) et leur signification en lien avec la doctrine des distributions trop étroites sont discutées dans une coda.

MOTS-CLÉS :

Droit constitutionnel, droits constitutionnels, égalité, discrimination, contrôle judiciaire, proportionnalité, culture de justification, raisonnement juridique, Canada.

ABSTRACT

This paper begins with a few reminiscences about the much-missed Professor Alain-François Bisson. In particular, it recalls an article the author had published, in the form of a Platonic dialogue between an older professor and his younger colleague, in which the first questioned the sometimes-dubious uses of philosophers made by the Supreme Court of Canada and, more particularly, the shabby treatment offered to Aristotle in the discussion of the idea of equality in Andrews (1989). Following in Professor Bisson's wake, the author argues that the Supreme Court's rejection of a similarly-situated approach to section 15(1) is ironic as well as mistaken. It is ironic because from Andrews (1989) to Quebec v A (2013), in every successful section 15(1) case, the Court has in fact been using such an approach. Not its rightly discredited legalistic version, of course, but a substantive, moral version, which requires that persons get equal legal benefits when this is compelled by moral reasoning. It is further argued that this doctrine of equality and non-discrimination (which is called "distributive underinclusiveness") is attractive, morally and practically, and fits the judiciary's role as the guardian of a "culture of justification" in Canadian public law. Indeed, it may well be the preeminent doctrine of "substantive equality" under section 15(1), and the failure to acknowledge it has been a source of many wanderings.

The paper begins by explaining the elements of distributive underinclusiveness and showing its immanence in the section 15(1) case law. It then addresses its fitness as a judicial doctrine. Finally, it discusses its interpretive implications as to the notion of "analogous grounds of discrimination" and to the role of section 1. The Supreme Court's most recent decisions on section 15 (Alliance (2018), Fraser (2020) and Sharma (2022)) and their significance for the doctrine of distributive underinclusiveness are discussed in a coda.

KEYWORDS:

Constitutional law, constitutional rights, equality, discrimination, judicial review, proportionality, culture of justification, legal reasoning, Canada.

SOMMAIRE

Prologue : « Bisson », « Panaccio » et Aristote 31

Introduction. 41

I. *Andrews* et l'identité-similarité : perspectives formelles et morales 42

II. L'inégalité et la discrimination comme distribution trop limitée 42

 A. Qu'est-ce que la doctrine des distributions trop limitées? 42

 B. Raison et morale 46

 C. Les distributions trop limitées, la justice distributive et l'égalitarisme 49

 D. Les distributions trop limitées et la jurisprudence concernant le paragraphe 15(1) 51

 1. Le contexte argumentatif 51

 2. Quelques indices linguistiques et applications récentes de notre doctrine par la Cour suprême 53

 3. Échapper à l'éternel retour 58

III. Les attraits de la doctrine des distributions trop limitées : la raison distributive, le contrôle judiciaire de conformité avec les droits constitutionnels et la primauté du droit. 59

IV. Conséquences en matière d'interprétation 61

 A. Motifs analogues 61

 B. La relation avec l'article premier. 64

Conclusion 66

Coda (à propos de la jurisprudence récente sur l'article 15) 67

 A. Aperçu des décisions récentes (*Alliance, Fraser* et *Sharma*): « maximalistes » c « minimalistes ». 68

 B. Discussion : de causalité et, surtout, d'obligations positives. 74

PROLOGUE : « BISSON », « PANACCIO » ET ARISTOTE

J'ai rencontré Alain-François Bisson pour la première fois peu après mes débuts comme professeur adjoint à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa en juillet 2006. Je ne le connaissais évidemment pas, même si j'avais sans doute vu passer son nom ici ou là au cours de ma formation juridique. Nous avons commencé à fraterniser davantage lorsqu'en tant que nouveau professeur, j'ai été inscrit dans un programme de mentorat mis sur pied par l'université. On m'avait alors fait parvenir une liste de collègues expérimentés, parmi lesquels je devais choisir mon « mentor ». Ne connaissant toujours pas très bien mes collègues, j'ai jeté un coup d'œil à la liste et me suis dit que cet

Alain-François Bisson, déjà professeur émérite, n'avait pas l'air trop mal. Nous avons été mis en contact et nous sommes rencontrés une première fois. À mon grand soulagement, il a tout de suite établi qu'une relation mentor-mentoré (comme l'amitié), ne peut être artificiellement suscitée. Donc, tout en étant plutôt favorablement disposés à l'idée, nous allions voir où cela nous mènerait. Le reste, comme disent les anglophones, appartient à l'histoire (pas vraiment).

Nous avons continué à nous croiser à la faculté, même parfois socialement, et mon estime pour lui n'a fait qu'augmenter. Tranquillement, une solide relation, à la fois amicale et professionnelle, s'est établie. Je ne dirais pas que le professeur Bisson est devenu mon « mentor » dans le sens ordinaire du mot. En fait, je ne crois pas qu'il se serait senti particulièrement à l'aise dans le rôle formel de celui qui prodigue des conseils au jeune collègue. « *Alain-François Bisson : coach de vie* » ne pourrait être qu'une fabuleuse prémisse pour une comédie de situation.

Au cours de l'année 2010, les principaux acteurs du groupe Juriglobe¹ (le professeur Bisson, le regretté doyen Louis Perret et le professeur Jabeur Fathally) m'ont demandé de participer à un nouveau projet de classification des systèmes constitutionnels du monde. J'ai accepté, sans du tout prendre la mesure du travail qui nous attendait. Pendant les sept ou huit années suivantes, nous nous sommes régulièrement rencontrés tous les quatre dans le bureau de « Fathally » (comme l'appelait le professeur Bisson)² afin de faire avancer le projet. Aussi est-ce pendant ces années que j'ai pu apprendre à connaître encore davantage « Bisson » (comme l'appelaient ses contemporains).

Ces rencontres commençaient habituellement vers 10 h–10 h 30 le matin, bien qu'il se soit agi d'une sorte de plage d'arrivée et non d'une heure fixe. Bien sûr, nous travaillions sur le projet des systèmes constitutionnels — à preuve, il est terminé —, mais la discussion se portait aussi invariablement sur bien d'autres sujets : la politique québécoise, canadienne, américaine ou française; la carrière universitaire; des anecdotes facultaires des générations précédentes; la philosophie du droit et la philosophie en général; les années de M Bisson à Québec comme

1. « Groupe de recherche sur les systèmes juridiques dans le monde », en ligne : <www.juriglobe.ca>.

2. J'ai pour ma part fini par préférer « Jabby », possiblement à cause d'une fréquentation de vestiaires de hockey depuis la plus tendre enfance. À part ce penchant pour les surnoms, veuillez s'il vous plaît ne pas tirer de conclusions hâtives à mon égard.

haut fonctionnaire aux affaires législatives; les juges, et bien d'autres choses. La discussion pouvait s'animer un peu, mais demeurerait invariablement cordiale, ce qui n'étonnera pas ceux qui connaissent les protagonistes. Surtout, nous nous amusons beaucoup, au point où à un certain moment, Fathally a cru prudent de placer sur la porte de son bureau une affiche qui précisait qu'il n'était pas responsable de ce que disaient ses invités. Je le comprends, vu l'air du temps, et les sujets un peu, disons *variés*, que nous abordions.

Lors de ces années de fréquentation plus intense, M Bisson est devenu quelque chose comme un ami. Pas que nous nous voyions tellement socialement. Il avait ses collègues et amis, qui le connaissaient depuis beaucoup plus longtemps que moi. Et une génération nous séparait en âge. Néanmoins, comme je l'ai mentionné à un membre de sa famille peu après son décès, j'échangeais avec lui comme avec mes plus vieux amis d'enfance. Il était en effet une de ces rares personnes dont l'esprit est si bien calibré, à tous les égards, qu'il s'élève presque totalement au-dessus des différences d'âge et d'expérience.

Les dernières années nous ont fait subir leur lot d'épreuves, lui, moi, comme tout le monde. J'ai pu le voir une dernière fois à son domicile pendant l'été 2022. Nous avons discuté, à peu près comme d'habitude. Physiquement, il était affaibli, mais son esprit semblait intact. Sa mémoire, absolument extraordinaire, m'a paru inchangée. Je l'ai donc laissé en éprouvant un certain optimisme. Mais il nous a quittés peu après. Je m'y étais aussi un peu préparé.

J'aurai eu le privilège d'avoir Alain-François Bisson comme collègue pendant plus de 15 ans. Profondément érudit mais sans aucune prétention, taquin, tolérant, mais ne craignant pas d'émettre et de défendre ses opinions, il fera dorénavant partie, avec quelques autres, de ceux à qui je pense lorsque, devant une situation plus épineuse, je me demande « qu'aurait fait x? » « Qu'aurait fait M Bisson? » Au bout du compte, il sera, de la meilleure des façons — c'est-à-dire malgré lui —, devenu coach de vie.

Pour ce numéro de la *Revue générale de droit* lui rendant hommage, j'ai traduit et mis à jour un texte déjà publié en version anglaise en 2018 dans la *Revue nationale de droit constitutionnel*³. Le texte porte sur

3. Charles-Maxime Panaccio, « Section 15 and Distributive Underinclusiveness: Aristotle's Revenge » (2018) 38:125 NJCL. Je souhaite d'ailleurs exprimer toute ma reconnaissance au rédacteur en chef de la *Revue*, le professeur Errol Mendes, et aux autres administrateurs, de m'avoir permis de publier la présente traduction à la mémoire et en l'honneur du professeur Bisson. Le

l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, donc sur le droit à l'égalité et à la non-discrimination, et plus particulièrement sur le rejet supposé par la Cour suprême du Canada de la formule d'Aristote selon laquelle la justice distributive consiste à traiter de manière similaire ceux qui sont similairement situés, et ceux qui ne le sont pas, de manière différente. La thèse que je défendais (et que je défends encore) est qu'il s'agit là d'un pseudo-rejet puisque, entre *Andrews c Law Society of British Columbia*⁵ et *Québec (PG) c A*⁶, la Cour suprême a essentiellement appliqué, tout en le niant officiellement, la formule d'Aristote. La Cour a par ailleurs récemment rendu trois décisions concernant le paragraphe 15(1). Je discute de ces développements dans la *Coda*. Je suggère que le spectre d'Aristote hante toujours la Cour — du moins l'approche que je qualifie de « minimaliste ». Ensuite, je soutiens que les débats au sein de la Cour se réduisent à la question de l'imposition à l'État d'une obligation positive d'améliorer la position de groupes défavorisés. Enfin, je suggère que le principal problème qui afflige la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité et de discrimination est qu'elle s'entête à préserver une sorte de monisme (« l'égalité réelle ») dans son approche, alors qu'elle aurait avantage à distinguer une pluralité de doctrines et à appliquer l'une ou l'autre (ou plusieurs d'entre elles) lorsque le contexte le demande.

J'ai souvent discuté de ce texte avec le professeur Bisson, qui l'avait lu et (demandez à Fathally) en avait dit du bien. J'aurais difficilement pu tomber sur un meilleur interlocuteur sur le sujet : il avait enseigné la philosophie du droit tout au long de sa carrière, et non seulement avait-il une connaissance encyclopédique des auteurs anciens et plus récents, mais, comme il me l'avait mentionné, le contenu de son cours consistait essentiellement en un examen détaillé de l'ouvrage le plus connu d'Aristote, *L'éthique à Nicomaque*. Par surcroît, il avait publié

texte avait d'abord été présenté lors d'un symposium sur l'article 15 de la *Charte canadienne*, *infra* note 4, organisé par le Centre on Public Policy and Law de l'Université York et tenu à la Faculté de droit Osgoode Hall le 13 mai 2016. Je tiens à remercier chaleureusement Richard Haigh pour l'organisation de cette activité et pour les commentaires très utiles qu'il a formulés sur des versions précédentes du texte. Je souhaite aussi remercier Grant Hoole, mes collègues du Groupe de droit public de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et ceux de la Section canadienne de l'Association internationale de philosophie du droit et de philosophie sociale (IVR) pour leurs multiples suggestions et encouragements.

4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, [*Charte canadienne* ou *Charte*].

5. 1989 CSC 2 [*Andrews*].

6. 2013 CSC 5 [*Québec c A* ou *Éric c Lola*].

dans la *Revue générale de droit* en 1998 un texte intitulé « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges »⁷, dans lequel, je ne m'en rends compte pleinement qu'aujourd'hui, il a exposé une thèse fondamentalement identique à la mienne concernant *Andrews*, l'égalité et Aristote. Il l'avait cependant fait de manière beaucoup plus divertissante et efficace, à l'aide d'un dialogue platonique subtil entre un jeune professeur (*Primus* et son collègue plus expérimenté *Secundus*). La conversation porte sur l'usage abusif que font les juges de la Cour suprême des propos des philosophes et autres penseurs. Je crois qu'il vaut la peine d'en reproduire un extrait non négligeable ici, afin de lui donner un nouveau souffle. Seule la partie qui concerne le sujet du présent texte sur l'égalité est reproduite, mais sa lecture complète est fortement recommandée :

(Un salon des professeurs, non loin de la rue Wellington)

Primus (inceptor fere etiam juvenilis) — Ah! bonjour, cher collègue!

Secundus (inceptor non venerabilis) — Ah! bonjour...

Primus — Vous me paraissez bien songeur... sombre même.

Secundus — Sombre? Non, pas vraiment. Songeur, sûrement; un peu, beaucoup, agacé peut-être. Pauvre civiliste perdu dans ces temps constitutionnels, je suis, ainsi que toute la doctrine, agrippé à la jurisprudence comme un naufragé à sa bouée, c'est Jestaz qui vient d'avoir cette image.

Primus — Oui, et la bouée est poussée par des courants incertains; nous mènera-t-elle jamais vraiment au port? Mais à qui s'en prendre? La construction théorique est une voie austère; le commentaire législatif demande de réelles connaissances, de la clairvoyance et de l'audace intellectuelle; il est bien plus confortable de gloser à la petite semaine sur la jurisprudence; et cela donne le frisson pratique. [...].

Secundus — Quoi qu'il en soit, naufragés ou prédateurs, nous ne saurions ignorer ces grands débats jurisprudentiels qui sont susceptibles d'influencer nos disciplines respectives. Alors, j'ai profité de notre dernier congé pour lire ce que la rumeur publique ou professionnelle désignait comme les grands arrêts de l'année écoulée.

7. Alain-François Bisson, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges » (1989) 20:3 RGD 391.

Primus — Et qu'est-ce qui vous a causé tant d'agacement dans cette lecture?

Secundus — La Cour suprême cite de la doctrine...

Primus — Et qu'y a-t-il de mal à cela? Ne devriez-vous pas vous réjouir de cette réconciliation de la jurisprudence et de la doctrine et des encouragements que notre actuel juge en chef a prodigués à celle-ci dans ses discours de Toronto et d'Edmonton? Et ne vous est-il pas arrivé d'être cité?

Secundus — Oh! si peu...

Primus — Oui, mais tout de même, quelle gratification...

Secundus — Je n'ai pas vu que cela fût bien essentiel à la démonstration, et cela rallonge des décisions déjà passablement longuettes en général. Sauf autorité exceptionnelle, il me semble que la doctrine ne devrait pas encombrer la motivation des jugements. J'ai tiré plus de satisfaction lorsque au détour d'un argument, il m'a semblé que, dans des jugements de tribunaux de juridiction inférieure, quelque chose de mes écrits était passé, sans que je fusse cité, dans le raisonnement des juges ou la formulation de leurs motifs.

Primus — Je ne sais trop comment interpréter ce que vous dites [...].

Secundus — Je n'aime pas la confusion des genres, c'est tout.

Primus — Je ne vois toujours pas là un motif suffisant d'agacement.

Secundus — À votre aise, mais la Cour suprême ne fait pas que citer de la doctrine juridique; elle persiste à citer aussi les philosophes et, tenez, dans l'arrêt *Andrews*, elle cite, ou plutôt un juge cite, avec l'approbation tacite de tous ses collègues, Aristote...

Primus — Le prince des philosophes...

Secundus — ... et je ne sais ce que je dois condamner le plus : le fait qu'elle le cite ou la façon dont elle le cite...

Primus — Ah oui? Moi, je trouve ça bien, que la Cour suprême se soit décidée à citer Aristote ou d'autres philosophes. Bien et, somme toute, naturel : pénétrer à la Cour suprême, c'est entrer dans le temple de la philosophie. Il n'est même pas

nécessaire d'y pénétrer, il suffit d'en gravir les marches et déjà la philosophie, comme disent nos contemporains, nous interpelle. Avez-vous remarqué les statues? À votre droite, Justitia; à votre gauche, Veritas... [...]. Mais je vous ai détourné d'Aristote avec mes histoires de statues...

Secundus — Aucunement, vous savez bien au contraire que ce que vous venez de dire de l'épée lui aurait probablement convenu. C'est d'ailleurs sur la question de l'égalité que la Cour suprême, puisqu'il s'agit de l'affaire *Andrews*, cite Aristote...

Primus — Bien sûr, *L'Éthique à Nicomaque*... S'il faut citer, on ne saurait trouver ouvrage mieux approprié, me semble-t-il... en tout cas, comme point de départ...

Secundus — On pourrait en douter, à voir le traitement que la Cour suprême lui fait subir.

Primus — ...?

Secundus — Entreprenant, non sans raison, de critiquer les excès ou les insuffisances, comme on voudra, du critère de la situation analogue, la Cour suprême voit dans celui-ci une reformulation du principe aristotélicien de l'égalité formelle, selon lequel, et elle cite, les égaux doivent être traités également et les inégaux inégalement à proportion de leur inégalité.

Primus — C'est une proposition fort raisonnable et dont la contre-épreuve, en quelque sorte, se trouve dans l'article 15(2) de la *Charte canadienne*...

Secundus — Raisonnable et même increvable, sauf à discuter bien entendu de la pertinence des critères de catégorisation, question préalable qui n'entame pas la vérité générale de la proposition.

Primus — Pour moi, qui ne fais pas partie de ce que la Cour suprême appelle très étrangement une minorité discrète et isolée, je n'envisagerais pas, à diplômes équivalents et à publications et expérience inégales, de prétendre toucher le même salaire que vous.

Secundus — Je vous vois dans les meilleures dispositions.

Primus — Oh! C'est que j'ai le nécessaire, et de bons espoirs d'avancement; et, comment dire, je ne me sens pas trop mal dans ma peau. Sauf chez les esprits naturellement jaloux

ou corrompus par quelque vision doctrinaire de l'existence, le sentiment d'inégalité ne vient qu'avec le malheur moral ou matériel.

Secundus — Autrement dit, vous vous sentez respectable et respecté...

Primus — Oui, mais vous ne m'avez toujours pas dit en quoi Aristote aurait été maltraité.

Secundus — C'est que, dans la version originale anglaise de l'arrêt, il y a donc cette citation de trois lignes, que je viens de retraduire libéralement en français, et à l'appui de sa citation, la Cour suprême se réfère au fameux passage 1131a de *L'Éthique*, dans la traduction de Ross. Or, de deux choses l'une : ou bien la référence est fausse, ou bien la citation est fausse. Mais je crois bien que c'est la citation qui est fausse. Aristote ne s'est jamais exprimé de cette façon...

Primus — C'est peut-être la traduction de Ross qui est fautive...

Secundus — Oh! Non! Elle est plutôt scrupuleuse envers l'original et d'ailleurs proche en tous points de la traduction française de Voilquin, que l'on retrouve dans la version française de l'arrêt...

Primus — Donc la Cour suprême a cité de seconde main...

Secundus — De millième main, vous voulez dire...

Primus — Et c'est ce qui explique alors — le point m'avait intrigué — que la citation anglaise d'Aristote est de trois lignes, alors que la citation française est de dix lignes.

Secundus — En effet, le traducteur de la Cour suprême a fait ses devoirs et il a été bien en peine de trouver dans aucune traduction autorisée d'Aristote la citation qu'il avait à traduire.

Primus — Alors, il aurait dû faire une traduction maison.

Secundus — Ah! C'est une autre question. Respectueux, il a reproduit ce qui, dans la traduction française du passage 1131a, lui paraissait correspondre en gros à l'idée exprimée dans la prétendue citation de la traduction de Ross. Et il faut bien reconnaître que l'idée est dans le passage, que ce soit en grec ou en traduction.

Primus — Alors, ce n'est pas bien grave. Inexactitude n'est pas trahison, Dieu merci pour nous tous!

Secundus — Attendez! Je n'ai pas fini. Ayant donc cité à peu près Aristote, la Cour suprême poursuit en disant que le critère ainsi formulé, appliqué au pied de la lettre, pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Les Juifs étaient en effet tous traités de façon analogue.

Primus — Et ce n'est pas vrai?

Secundus — Si, sauf que si on se donne la peine d'aller voir le passage de *L'Éthique* qui suit immédiatement celui auquel la Cour suprême se réfère, on s'aperçoit que, loin de se satisfaire de la formulation du principe d'égalité formelle qu'on lui impute, Aristote le subordonne au fait qu'il faut d'abord s'entendre sur le mérite de chacun. On ne s'accorde pas, dit-il, sur la nature de ce mérite. Là en effet est la difficulté, et il aurait été étonnant qu'il ne l'ait pas vue, compte tenu, bien sûr, des mentalités de son temps. Et si, élargissant l'enquête philosophique, on va lire cette fois le passage 1282b de *La Politique d'Aristote*, celui des joueurs de flûte, on y trouvera bien de l'eau à apporter au moulin des théories de la Cour suprême sur les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles. Alors...

Primus — Alors quoi? Que craignez-vous pour la mémoire d'Aristote? Si deux millénaires de gloses n'ont pu ternir complètement sa pensée, un *dictum* égaré de la Cour suprême du Canada le pourra-t-il?

Secundus — Je crains seulement qu'ayant lu l'arrêt *Andrews*, on ne s'arrête là et qu'on ne soit porté à en accepter l'amalgame : Aristote = Hitler, comme en d'autres débats certains disent : bourgeois = flic.

Primus — C'est présumer que personne ne lit Aristote. Et puis il me semble que c'est une mauvaise querelle et que vous tombez vous-même dans l'amalgame. Car enfin, la Cour suprême n'a pas dit qu'Aristote était Hitler!

Secundus — Admettons que je suis allé trop loin. Disons simplement que je trouve la Cour suprême un peu prompte à conclure de sa connaissance — ou de sa citation — incomplète des écrits d'Aristote à leur insuffisance.

Primus — À lire rapidement l'arrêt *Andrews*, il m'aurait de toute façon semblé que la Cour suprême s'en prend moins à Aristote lui-même qu'à son principe de l'égalité formelle tel qu'il se traduit dans le critère de la situation analogue et, notamment, chez Tussman et tenBroek.

Secundus — Les avez-vous lus? Ces messieurs ne se réfèrent pas expressément à Aristote sur le point précis et, d'ailleurs, ils m'ont paru plutôt critiques à l'endroit du critère.

Primus — Diable! Les juristes américains ne seraient-ils pas mieux traités que les philosophes grecs? Mais je crois que vous montez en épingle un cas isolé...

Secundus — Un cas isolé? Je ne sais pas, je n'ai pas vérifié toutes les références et citations philosophiques de la Cour suprême.

Primus — Ah! Vous voyez bien que vous non plus vous n'êtes pas constamment sérieux dans vos recherches...

Secundus — Mais je pense surtout qu'on ne devrait pas citer...

Primus — C'est une obsession...

Secundus — ... qu'on ne devrait pas citer les philosophes. Il n'y a rien de profitable à leur faire jouer les utilités rhétoriques, comme dans l'arrêt *Andrews* ou encore comme dans l'arrêt *Opération Dismantle*, où Adler, Rawls et Dworkin sont appelés en renfort, pour donner du lustre à des banalités. [...] ⁸.

Si je souscris évidemment (on pourra le constater en lisant ce qui suit) à la discussion concernant *Andrews*, l'égalité et Aristote, je suis également d'accord avec le propos général, selon lequel les juges de la Cour suprême : (1) produisent des jugements qui sont inutilement longs, et (2) font souvent un usage erroné ou superficiel des propos des philosophes par mesure rhétorique, afin d'habiller des raisonnements qui leur appartiennent et qu'ils devraient assumer en tant que décideurs.

8. *Ibid* aux pp 391–96.

INTRODUCTION

Dans l'arrêt *Andrews*, la Cour suprême a rejeté avec éclat une approche qui consisterait à traiter de manière identique les personnes qui sont dans une situation identique, jugeant cette manière de faire trop formelle⁹. Cette aversion à l'égard du « formalisme » est devenue une sorte d'article de foi dans l'interprétation du paragraphe 15(1) de la *Charte*. Le présent texte propose qu'un tel dédain pour ce genre d'approche est assez profondément ironique, tout en étant mal avisé. Ironique parce que, depuis *Andrews* et jusqu'à *Fraser c Canada (PG)*¹⁰, dans toutes les poursuites fondées sur le paragraphe 15(1) qui ont réussi, la Cour a en fait appliqué une démarche qui appelle à traiter de manière similaire les personnes qui présentent certaines similarités. Il ne s'agit évidemment pas d'une version légaliste et formelle de l'égalité, qui exigerait bêtement que l'on applique les règles de droit existantes de manière constante et impartiale. Plutôt, il s'agit de l'idée selon laquelle les personnes devraient recevoir un traitement identique lorsque la moralité (ou la raison morale) l'exige. C'est là une notion pleinement « substantive » ou « réelle » d'égalité, qui découle d'une moralité réelle.

Je souhaite donc ici suggérer que cette doctrine d'égalité réelle (que j'appellerai doctrine des « distributions à portée trop étroite ») doit être reconnue et préservée, à la fois pour des raisons morales et pour des raisons plus pragmatiques. En effet, elle constitue un outil important du rôle du judiciaire dans la préservation de ce qu'on a appelé une « culture de justification » en droit public¹¹. Elle pourrait en fait bien être la doctrine d'égalité réelle la plus importante aux fins de l'application du paragraphe 15(1). C'est pourquoi son rejet (du moins en apparence) par la Cour suprême du Canada depuis plus de 30 ans constitue une espèce d'égarement fondamental.

Après avoir rapidement précisé (dans la première partie) où s'est exprimée à l'origine la doctrine des distributions trop limitées dans *Andrews*, je vais ensuite (dans la deuxième partie) expliquer son contenu et sa structure, et mettre en lumière son omniprésence dans la jurisprudence. Dans la troisième partie, j'essaierai d'expliquer en quoi cette doctrine est une doctrine judiciaire digne d'être préservée dans

9. *Andrews*, *supra* note 5 aux pp 166–69.

10. 2020 CSC 28.

11. Voir les références mentionnées à la note 56.

l'application du paragraphe 15(1). Enfin, dans la quatrième partie, je discuterai de certaines de ses conséquences interprétatives inévitables, notamment à l'égard de la notion de « motifs analogues de discrimination » et quant au rôle de l'article premier.

I. ANDREWS ET L'IDENTITÉ-SIMILARITÉ : PERSPECTIVES FORMELLES ET MORALES

Dans *Andrews*, même s'il avait apparemment rejeté ce que j'appellerai à partir de maintenant une approche « identité-similarité » pour le paragraphe 15(1), le juge McIntyre a aussi déclaré :

Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre [notre soulignement]¹².

Cela évoque clairement une approche identité-similarité substantive. Autrement dit, une approche identité-similarité (légaliste) était rejetée, alors qu'une autre (« substantielle », morale) était plus discrètement préservée. Dans la prochaine section, j'essaierai d'élucider les assises plus abstraites et générales de cette approche, que j'appelle la « doctrine des distributions trop limitées ».

II. L'INÉGALITÉ ET LA DISCRIMINATION COMME DISTRIBUTION TROP LIMITÉE

A. Qu'est-ce que la doctrine des distributions trop limitées?

La doctrine des distributions trop limitées s'applique à l'allocation de bénéfices par des règles juridiques. Elle exige que la loi, lorsqu'elle concerne l'allocation d'un bénéfice, le fasse en conformité avec la raison morale. Elle doit ainsi conférer un bénéfice à ceux à qui elle le refuse lorsqu'il serait moralement injustifié de ne pas le faire. En

12. *Andrews*, *supra* note 5 à la p 165.

d'autres mots, la doctrine prescrit que la loi alloue des bénéfices « identiques » ou « égaux » lorsque la raison morale l'exige. Et la notion de discrimination dans un tel contexte fait référence à l'échec rationnel et moral de la loi qui ne l'a pas fait. La doctrine des distributions trop limitées peut donc être décrite comme une doctrine d'égalité (les personnes devraient être traitées également lorsqu'elles devraient l'être) ou comme une doctrine de discrimination (les personnes ne devraient pas se voir allouer des bénéfices différents lorsque cela est injustifié).

Le droit utilise ou crée des catégories. Il va souvent *délibérément* en utiliser afin de déterminer qui aura accès ou non à un bénéfice donné. On pourrait ainsi utiliser des critères de race, de couleur de peau, de genre, d'habileté, de religion, d'orientation sexuelle, d'âge, etc. Par exemple, la loi pourrait exclure les personnes d'origine juive de la fonction publique, empêcher les femmes de voter ou interdire aux personnes autochtones d'être en état d'ébriété à l'extérieur des réserves¹³. De telles lois semblent évidemment troublantes. Et le problème moral qui nous intéresse particulièrement présentement est l'irrationalité, l'absence de justification (morale), du défaut d'accorder un bénéfice (la possibilité d'occuper un emploi de fonctionnaire, le vote, la liberté de consommer de l'alcool dans divers lieux publics). Ces lois pourraient bien également poser d'autres problèmes moraux; elles paraissent, par exemple, *exprimer* une inégalité quant au statut moral fondamental¹⁴. Quoi qu'il en soit, elles comportent un défaut moralement injustifié d'accorder un bénéfice, et c'est ce à quoi je fais référence quand je parle d'une distribution trop étroite qui constitue une forme d'inégalité « substantive » et de discrimination en vertu du paragraphe 15(1)¹⁵.

Qu'elle le fasse délibérément ou non, la loi fait partie intégrante de l'allocation catégorielle de toutes sortes de bénéfices. À nos fins, nous pouvons définir un bénéfice comme étant quelque état de fait que l'on considère comme étant intrinsèquement ou indirectement bon et donc comme participant aux intérêts et au bien-être des individus. Cela peut prendre la forme de possibilités, de libertés, d'argent, d'accès

13. Voir *The Queen c Drybones*, [1970] SCR 282.

14. Voir les parties II-B, II-C et la conclusion.

15. Nowak et Rotunda suggèrent d'ailleurs qu'une loi est à la source d'une distribution trop étroite de bénéfices (*underinclusive*) « *when it fails to extend a benefit to those "similarly situated" to the beneficiaries* » (John E Nowak et Ronald D Rotunda, *Principles of Constitutional Law*, 4^e éd, St-Paul (Minn), West Academic Publishing, 2010 à la p 386). Je dois encore préciser ce que l'on doit entendre par « situation similaire », et c'est ce que je tente de faire dans la présente section.

à un régime juridique, etc. Or, prenons un bénéfice *générique* quelconque et imaginons que la loi le distribue selon des critères liés au genre, à la race, à la couleur de peau, à la religion, à l'âge, à l'orientation sexuelle, ou à la santé physique ou mentale. En l'absence de précisions supplémentaires, il y a de très fortes chances que cette situation soit moralement injustifiable.

Pourquoi? D'abord, les éthiques humanistes et les moralités politiques démocratiques tiennent pour acquis que toutes les personnes ont un statut moral égal, ou que tous les citoyens ont un statut civique égal. Autrement dit, toutes les personnes, tous les citoyens, sont membres à parts égales de la communauté morale et devraient voir leurs intérêts être comptés également et de manière impartiale¹⁶. Il s'agit simplement là d'une présupposition fondamentale des éthiques humanistes, qui génère une pression générale dans la direction d'un traitement égal (et contre un traitement inégal) dans l'allocation de bénéfices aux personnes ou citoyens. Peu importe son genre, sa race, sa couleur, son orientation sexuelle, son âge, ou ses capacités physiques ou cognitives, toute personne est une personne, tout citoyen est un citoyen, et ses intérêts devraient compter également.

Ensuite, en règle générale, ces critères de distinction n'ont aucun lien avec des raisons *positives* de distinguer entre les personnes dans la distribution de bénéfices : ils ne correspondent pas à de véritables différences en termes d'habiletés, de besoins, de mérite ou de statut. Cela génère une pression supplémentaire en faveur d'un traitement identique. On peut donc mettre de l'avant la proposition générale selon laquelle les allocations de bénéfices faites sur la base de motifs de discrimination typiquement énumérés dans les lois ont tendance à être moralement injustifiées. C'est-à-dire que les motifs énumérés ont tendance à n'avoir aucune pertinence distributive.

La proposition est générale, mais elle n'est évidemment pas absolue : les distributions de bénéfices fondées sur des motifs typiquement énumérés ne seront pas moralement justifiées *dans la plupart des situations imaginables*. Mais certaines distributions fondées sur l'âge,

16. Les exigences d'impartialité et d'égal respect / égale considération ont souvent été considérées comme étant des quasi-synonymes par les philosophes de la morale. Voir par ex Stanley I Benn et Richard S Peters, *Social Principles and the Democratic State*, 1^{re} éd, Londres, George Allen & Unwin, 1959 aux pp 110 et 116–17; Stanley I Benn, « Egalitarianism and the Equal Consideration of Interest » dans Hugo A Bedau, dir, *Justice and Equality*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall, 1971, 152 à la p 158; Richard M Hare, *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*, Oxford, Oxford Academic Books, 1981 aux pp 154 et 157.

le genre ou la race *peuvent très bien l'être*. C'est peut-être particulièrement évident en ce qui concerne l'âge, qui est régulièrement utilisé par des lois comme indicateur approximatif de certaines capacités cognitives, physiques ou émotionnelles. Il est assez rare que des gens s'opposent à l'idée qu'il devrait y avoir un âge minimal pour voter, présenter sa candidature à un poste de représentant politique, avoir des relations sexuelles ou consommer de l'alcool ou des drogues licites. Le déclin général de certaines capacités qui accompagne le vieillissement peut aussi constituer une bonne raison de rendre la licéité de certaines activités, comme la conduite d'une voiture ou le pilotage d'avions, conditionnelle à la réussite de tests cognitifs pertinents¹⁷. L'âge peut aussi offrir une approximation fiable de différences de besoins. Par exemple, il pourrait être justifié de donner davantage d'aide financière aux conjoints survivants plus vieux si des statistiques montrent qu'ils en ont généralement davantage besoin que les conjoints survivants plus jeunes¹⁸.

Un historique d'injustice ayant causé un déséquilibre dans la distribution de ressources peut aussi offrir de bonnes raisons de traiter les individus de certaines origines ethniques ou de certains genres différemment dans l'allocation de bénéfices. C'est là une façon d'expliquer et de justifier le paragraphe 15(2) de la *Charte*, qui protège les programmes « amélioratifs » au soutien d'individus ou de groupes désavantagés. On peut donc paraphraser tout l'article 15 comme affirmant que, *en règle générale*, dans la distribution de bénéfices, les distinctions faites sur la base des critères énumérés sont moralement injustifiées (para 15(1)), mais peuvent, *dans certaines circonstances*, être justifiées, notamment lorsque leur objectif est d'améliorer ou de corriger la situation de ceux qui ont été injustement désavantagés dans le passé (para 15(2)).

Comment peut-on justifier le fait de s'appuyer sur les motifs énumérés de discrimination pour développer une doctrine générale de justification morale dans la distribution de bénéfices (la doctrine des distributions trop limitées)? Par un raisonnement abductif et probabiliste. Nous partons de l'idée que les motifs énumérés de discrimination sont généralement dénués de pertinence pour l'allocation de bénéfices : les allocations faites sur de telles bases sont, en règle générale,

17. Voir Frederick Schauer, « Eighty-Year-Old Pilots and Twelve-Year-Old Voters » dans Frederick Schauer, dir, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Belknap Press, 2003, c 4.

18. Voir *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1999 CSC 675 [Law].

injustifiées. Les motifs énumérés peuvent ainsi être considérés comme étant des « non-raisons » ou comme des « principes négatifs d'attribution de droits »¹⁹. À partir de cela, nous inférons une prohibition plus générale à l'encontre de toutes les distinctions moralement injustifiées (à l'encontre des « discriminations » ou des inégalités injustifiées) dans l'allocation de bénéfices. Nous comprenons donc l'expression « même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination », du paragraphe 15(1), comme voulant dire « même bénéfice sans irrationalité morale ». En somme, il s'agit simplement là d'une application du principe d'interprétation *ejusdem generis*, le *generis* étant « les distributions moralement injustifiées ».

B. Raison et morale

J'ai expliqué comment le paragraphe 15(1) pouvait être conçu comme énonçant une prohibition générale à l'égard des distributions irrationnelles de bénéfices par la loi. Je vais maintenant tenter d'en dire un peu plus sur la raison morale et le raisonnement moral. La raison et la morale sont des notions fondamentales, souvent tenues pour acquises et, comme l'égalité et la discrimination, elles tendent à pouvoir être expliquées de plus d'une manière²⁰. On peut néanmoins en donner des aperçus généraux nous permettant de nous orienter. La raison et le raisonnement évoquent la délibération, la pondération et le respect de certaines règles ou certains principes dans la recherche de ce qui est vrai, juste ou justifié. Ces notions comportent aussi souvent la possibilité d'offrir un compte-rendu, une « articulation

19. « *Principles which state (or confer) rights will be called principles of entitlement [...]. Principles of entitlement can be either positive or negative. The general form of the positive principles is: (1) All Fs are entitled to G. The general form of the negative ones is: (2) Being or not being an F is irrelevant to one's entitlement to G.* ».

Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986 à la p 218 [Raz, *The Morality of Freedom*].

Les distinctions faites sur la base de motifs énumérés ont parfois été conçues comme déclenchant une présomption d'irrationalité ou de discrimination. Sur la notion de présomption d'égalité, voir Stefan Gosepath, « Equality » dans Edward N Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, en ligne : <www.plato.stanford.edu/entries/equality/>; Hugo A Bedau, « Radical Egalitarianism » dans Hugo A Bedau, dir, *supra* note 16 aux pp 168 et 173–74; Benn, *supra* note 16 à la p 155; Benn et Peters, *supra* note 16 à la p 111.

20. Pour un utile aperçu des différents sens de « rationalité », voir Steven Lukes, « Some Problems About Rationality » dans Bryan R Wilson, dir, *Rationality*, New York, Harper & Row, 1971 aux pp 194 et 207–08.

perspicace » de ce processus²¹. On peut donc les assimiler à la « réflexion conduite de manière responsable » ou à l'« aspiration d'arriver à des réponses bien fondées à des questions bien définies »²².

On a souvent distingué, et on distingue en fait encore souvent, le raisonnement théorique du raisonnement pratique. Le raisonnement théorique vise à déterminer ce que l'on devrait *croire*, alors que le raisonnement pratique vise à déterminer ce que l'on devrait *faire*. Le raisonnement moral se conçoit ainsi comme une sorte de raisonnement pratique concernant ce que l'on devrait faire moralement parlant²³. On peut donc appréhender le raisonnement moral comme consistant à réfléchir de manière responsable sur ce que l'on devrait moralement faire, afin de pouvoir justifier le plus possible nos conclusions.

Une question méthodologique récurrente qui s'est posée en éthique est celle du caractère approprié de méthodes plus typiquement scientifiques pour le raisonnement pratique (et donc moral). Je n'ai malheureusement pas les moyens de m'engager très loin sur un tel thème, mais puisque nous nous situons clairement au sein d'une branche de l'éthique appliquée (les doctrines appropriées aux décisions judiciaires), il m'apparaît sage d'au moins tenter de trouver une conception du raisonnement moral qui puisse être utilisée dans la résolution de véritables problèmes pratiques.

Je suis donc les traces d'Aristote et accepte, sans grand argument j'en conviens, que le raisonnement moral ne peut pas prendre complètement pour modèle le raisonnement théorique : il ne peut notamment pas être aussi formel, aussi déductif et aussi abstrait. D'autre part, les règles et principes utilisés au sein du raisonnement moral (parfois appelés « raisons ») doivent être conçus comme étant valides en général et dans la plupart des cas, et comme imposant des conclusions *prima facie*, *pro tanto*, ou « défaisables ». Ces règles et principes laissent donc une certaine place à la pondération, à l'évaluation de la force des raisons dans les cas particuliers²⁴. Par ailleurs, même si la

21. Charles Taylor, « Rationality » dans Charles Taylor, dir, *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical*, vol 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, 134 à la p 137.

22. Henry Richardson, « Defining Moral Reasoning » dans Zalta, *supra* note 19.

23. *Ibid.*

24. Aristotle, « The Nicomachean Ethics » dans Jonathan Barnes, dir, *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation*, vol 2, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1998. Voir aussi Stephen Toulmin, *The Place Of Reason in Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950; Albert R Jonsen et Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1990 aux pp 63–74; David Wiggins, *Ethics: Twelve Lectures*

balance et la pondération évoquent des calculs quantitatifs, et donc des valeurs commensurables de part et d'autre, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit là de métaphores. Encore ici, il me semble judicieux de garder en tête les imperfections du paysage moral, caractérisé par le pluralisme, l'incommensurabilité et les conflits de valeurs, et par conséquent exigeant presque constamment l'exercice du jugement dans les cas particuliers.

Bref, ce genre de conception du raisonnement moral s'apparente aux méthodes dites « casuistiques » et à une certaine idée du « raisonnement de *common law* »²⁵. Il ne s'agit pas d'une conception aussi systématique ou abstraite que celle de *théories* morales (la « justice comme équité » de Rawls est un exemple canonique de ce type de théorie)²⁶, mais cela m'apparaît approprié : de telles théories, justement à cause de leur niveau de généralité et d'abstraction (sans compter l'intensité de leur idéalisme), ne sont pas particulièrement aptes à être appliquées à de véritables conditions de prise de décisions législatives ou judiciaires.

Bien qu'elle s'éloigne du raisonnement théorique et des théories morales, cette version du raisonnement moral revendique son statut rationnel (évidemment) et une certaine objectivité quant à ses conclusions. Les raisons morales dont il est question ici sont ce que les philosophes appellent des raisons justificatives (*justificatory*), soit des raisons qui justifient une action²⁷. Or, les raisons justificatives prétendent à l'objectivité : elles supposent la possibilité de distinguer objectivement entre des décisions qui sont moralement préférables, rationnelles et des décisions irrationnelles. Il s'agit donc d'une conception du raisonnement moral qui exclut les thèses sceptiques, irrationnalistes, subjectivistes ou nihilistes à propos de la délibération morale.

on the *Philosophy of Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 2006 aux pp 270–79, 293 et 296; David Wiggins, « Deliberation and Practical Reason » dans Joseph Raz, dir, *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978, 144.

25. Jonsen et Toulmin, *supra* note 24 à la p 330.

26. John Rawls, *A Theory of Justice*, éd rév, Cambridge, Belknap Press, 1999.

27. Voir Maria Alvarez, « Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation » dans Zalta, *supra* note 19. Certains considèrent qu'une action immorale comporte nécessairement une forme d'irrationalité. Par exemple, une telle thèse est mise de l'avant par Kurt Baier, *The Moral Point of View*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1958. Voir aussi Joseph Raz, « Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason » dans Joseph Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 67.

Les raisons justificatives sont souvent contrastées avec les raisons « motivatrices » et « explicatives » — des faits ou des états d'esprit (croyances, intentions, attitudes, objectifs) qui servent à *expliquer* l'action (par exemple, l'adoption de règles de droit)²⁸. Certaines raisons motivatrices/explicatives pourraient bien être pertinentes pour d'autres doctrines d'égalité substantive associées au paragraphe 15(1) de la *Charte*, par exemple, celles qui mettent l'accent sur la signification *expressive* des règles de droit et le statut moral fondamental des personnes. Ainsi, même si je n'ai pas l'occasion de développer une telle doctrine ici, je crois qu'il devrait y avoir atteinte au paragraphe 15(1) lorsque l'État s'est comporté d'une manière qui exprime une attitude de mépris à l'égard du statut moral fondamental ou de la dignité de membres de certains groupes²⁹. Quoi qu'il en soit, la doctrine des distributions trop limitées ne comporte que des raisons justificatives, et non des raisons motivatrices/explicatives.

C. Les distributions trop limitées, la justice distributive et l'égalitarisme

La doctrine des distributions trop limitées a assez peu à voir avec les théories générales et idéales de la justice distributive qui peuplent le même univers abstrait que la « justice comme équité » de Rawls³⁰. Néanmoins, comme elle examine la raisonnable moralité des distributions de bénéfices de la loi³¹, on peut assez facilement comprendre pourquoi les garanties constitutionnelles d'égalité, interprétées comme

28. *Alvarez, supra* note 27.

29. Voir par ex Elizabeth S Anderson et Richard H Pildes, « Expressive Theories of Law: A General Re-Statement » (2000) 148 U Pa L Rev 1503; Patrick S Shin, « The Substantive Principle of Equal Treatment » (2009) 15:2 Leg Theory 149; Deborah Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, Cambridge, Harvard University Press, 2008; Deborah Hellman, « Equality and Unconstitutional Discrimination » dans Deborah Hellman et Sophia Moreau, dir, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 51 à la p 71.

30. Voir par ex Rawls, *supra* note 26; Ronald M Dworkin, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2002; Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Belknap Press, 2009; Gerald A Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice and Other Essays in Political Philosophy*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2011; Gerald A Cohen, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2008 [Cohen, *Rescuing Justice and Equality*]. Sen et Cohen reconnaissent cependant le fossé entre la théorie « transcendentale » et la pratique : voir Sen, *ibid* aux pp 12–15 et c 4; Cohen, *ibid* aux pp 323–30.

31. Bernard Williams a lui aussi perçu un lien entre la rationalité distributive et l'égalité : Bernard Williams, *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2006, 97 à la p 106.

comprenant une telle doctrine générale, ont souvent été intuitivement associées aux célèbres discussions d'Aristote sur la justice dans les *Politiques* et *L'éthique à Nicomaque*³².

On notera aussi que la doctrine des distributions trop limitées n'est pas égalitariste dans quelque sens strict que ce soit³³. Elle exige une égalité ou un traitement similaire dans la distribution de bénéfices, non pas afin de satisfaire à l'égalité en tant que principe moral indépendant et fondamental, mais plutôt parce que le traitement est requis par la raison morale. La doctrine n'est donc pas du tout touchée par les critiques bien connues du principe d'égalité comme étant « vide », moralement marginal ou indésirable³⁴. Cela inclut l'objection dite du « nivellement par le bas » (*levelling-down objection*), qui soulève qu'une implication indésirable de l'égalitarisme strict peut parfois requérir que les personnes mieux situées soient tirées vers le bas, afin de favoriser l'égalité³⁵. En effet, notre doctrine exige seulement que les personnes soient placées en meilleure position, jamais pire. Les demandeurs réclament les mêmes bénéfices que d'autres parce que c'est ce que requiert la raison morale; jamais que d'autres les joignent dans une situation moins enviable.

Cela dit, il faut reconnaître le risque que, à la suite d'un recours constitutionnel qui a réussi, le gouvernement décide de se retirer complètement d'un domaine donné et ainsi désavantage tout le monde également. Cela découle de la structure de la doctrine des distributions trop limitées, qui suppose l'existence d'une action positive de distribution par la loi. Puisque les institutions créatrices de règles juridiques n'ont souvent qu'un nombre limité d'obligations constitutionnelles leur imposant de distribuer des bénéfices particuliers, elles peuvent le plus souvent impunément décider d'arrêter leurs distributions dans un domaine donné. Il faut cependant garder en tête qu'une telle décision pourrait bien porter atteinte à une autre doctrine d'égalité

32. Aristotle, *Politics* dans Barnes, dir, *supra* note 24, aux pp 2035–36; *Nicomachean Ethics* dans *ibid.*

33. Comme exemple d'une perspective similaire, voir Denise Réaume, « Dignity, Equality and Comparison » dans Hellman et Moreau, dir, *supra* note 29.

34. Peter Westen, « The Empty Idea of Equality » (1982) 95 Harv L Rev 537; Christopher J Peters, « Equality Revisited » (1997) 110 Harv L Rev 1210. Sur l'égalitarisme, strict et moins strict, voir Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* note 19 aux pp 142, 217–33 et 240–44.

35. Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* note 19 aux pp 226 et 234–35; Derek Parfit, « Equality and Priority » (1997) 10 Ratio 202.

« substantive », qui s'attache à l'examen de la signification expressive de l'action gouvernementale relativement au statut moral fondamental des personnes³⁶.

D. Les distributions trop limitées et la jurisprudence concernant le paragraphe 15(1)

La doctrine des distributions trop limitées demande si la loi devrait ou non étendre certains bénéfices à d'autres personnes. Elle met l'accent sur une allocation inégale de bénéfices et sa justification morale. Autrement dit, elle met en scène un débat moral autour de cette allocation³⁷.

1. *Le contexte argumentatif*

Nous avons vu que le principe général d'impartialité — ou d'égal respect et considération pour toutes les personnes / tous les citoyens — génère une pression très générale en faveur d'une distribution égale des bénéfices. Il ne faut cependant pas oublier les autres raisons distributives pertinentes plus particulières, comme la capacité, les besoins, les relations particulières, l'appartenance à une communauté, la nécessité de coordonner l'action commune, la commodité administrative, etc. : ces raisons sont souvent pertinentes dans l'évaluation de l'allocation de bénéfices et doivent donc être prises en considération, selon les circonstances. En fait, toutes les raisons moralement pertinentes à l'allocation de bénéfices par des règles juridiques doivent être prises en compte. Il ne faut toutefois pas imaginer qu'il existe un nombre infini, ou même très élevé de ces raisons, puisque, comme l'avait noté le philosophe britannique Bernard Williams, « [...] *there is only a limited number of reasons for which [a benefit] could be regarded as a [benefit], and a limited number of purposes which [a benefit] could rationally be said to serve* »³⁸. Quoi qu'il en soit, vu la multiplicité de contextes et de bénéfices possibles, il vaut probablement mieux ne pas limiter d'emblée la liste des raisons potentiellement pertinentes.

36. Voir Anderson et Pildes, *supra* note 29; Hellman, *supra* note 29; Shin, *supra* note 29.

37. Réaume, *supra* note 33, adopte une perspective similaire, mais y ajoute une analyse en termes de dignité, qui me semble déplacée. À mon avis, l'égalité de dignité de tous doit être pré-supposée, mais ne devrait pas expressément déterminer l'analyse en matière de distribution trop étroite.

38. Williams, *supra* note 31 à la p 108.

Dans les affaires portant sur le paragraphe 15(1), les parties demanderesse vont plaider que la droite raison morale exige que la loi leur confère les mêmes bénéfices qu'à d'autres. Et puisqu'il s'agit d'un débat de rationalité morale, si la partie demanderesse montre que des raisons ou principes pertinents à la distribution du bénéfice (par exemple, certains besoins ou capacités, la nature particulière d'une relation) s'appliquent à elle aussi, sa position est renforcée. Car elle suggère alors qu'au moins dans une certaine mesure, elle est, moralement parlant, similaire à ceux à qui on a distribué le bénéfice. D'autres raisons, plus pesantes, pourraient néanmoins finir par justifier une allocation inégale du bénéfice, au bout du compte. Ce sont ces raisons qui seront mises de l'avant par le gouvernement au soutien de la constitutionnalité de ses règles.

Dans certaines affaires, il sera assez évident que le raisonnement moral requiert la distribution plus large d'un bénéfice (revenons aux exemples mentionnés au début de la partie II-A). Mais dans d'autres, ce sera beaucoup plus controversé. Encore une fois, la question est celle de la justification d'une distribution inégale d'un bénéfice donné, et par conséquent, toutes les raisons pour et contre l'extension du bénéfice doivent être considérées et pesées. Le contexte, qui inclut la nature du bénéfice, est évidemment crucial. En fait, la nature du bénéfice, les raisons distributives pertinentes et le poids de ces raisons sont des questions qui sont souvent entremêlées et qui peuvent être source de débat³⁹.

Pensons au mariage, ou au cadre juridique des relations conjugales (tel qu'il est généralement envisagé dans les systèmes juridiques contemporains), par exemple. Lorsque nous délibérons sur la question de savoir qui devrait avoir le droit de se marier (ou de bénéficier d'un régime conjugal), nous sommes naturellement amenés à réfléchir à la raison d'être du mariage ou d'une structure conjugale, et donc aux raisons qui les justifient. De nos jours, il est devenu difficile de justifier ces institutions en invoquant des notions métaphysiques selon lesquelles l'homme et la femme s'uniraient spécialement en tant « qu'un », dans leurs actes de procréation intentionnels, comme le suggèrent, par exemple, certains philosophes catholiques. Ces relations semblent plutôt se fonder sur l'amour et l'engagement réciproques

39. Williams, *supra* note 31; Herbert L A Hart, *The Concept of Law*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 160; John R Lucas, « Against Equality » dans Bedau, *supra* note 16, 138 aux pp 144–45, n 3.

entre deux adultes, qui entendent ou non avoir des enfants. Il semble donc injuste et irrationnel de ne pas les étendre aux couples de même sexe. Quoi qu'on puisse en penser, il s'agit là immanquablement d'un débat impliquant le raisonnement moral. Un débat similaire est d'ailleurs survenu à propos de l'extension de bénéfices matrimoniaux aux conjoints de fait : devraient-ils être traités de la même façon que les couples mariés⁴⁰?

On peut aussi prendre pour exemple l'accès à l'emploi au sein de la fonction publique. Comment cet avantage devrait-il être distribué? Strictement sur la base de la compétence ou du mérite? Ou pourrait-il y avoir une certaine préférence (peut-être limitée) pour les citoyens? Et l'accès à la pratique du droit? La Cour suprême a confirmé la constitutionnalité d'un régime juridique qui conférerait un certain avantage aux citoyens en lien avec l'embauche au sein de la fonction publique, tout en invalidant un autre qui excluait les non-citoyens de la profession d'avocat⁴¹. Ainsi, selon les circonstances, la citoyenneté peut constituer ou non un motif justifiant l'allocation inégale de bénéfices. En fait, la citoyenneté est source de controverse en tant que critère de distribution parce qu'elle est en tension avec l'humanisme universel qui sous-tend une bonne partie de notre réflexion morale.

2. Quelques indices linguistiques et applications récentes de notre doctrine par la Cour suprême

À partir du moment où nous prenons conscience des indices linguistiques de sa présence — « bénéfices et fardeaux », « pertinence », « raison », « similarité/identité », « besoins », « capacités », « compétence », « mérite », « circonstances/contexte », « injuste », « irrationnel », « arbitraire » —, il s'avère que la doctrine des distributions trop limitées est *partout* au sein de la jurisprudence sur le paragraphe 15(1)⁴².

40. Voir *Miron c Trudel*, 1995 CSC 97 [*Miron*]; *Nouvelle-Écosse (PG) c Walsh*, 2002 CSC 83 [*Walsh*]; *Québec c A*, *supra* note 6.

41. Un traitement préférentiel accordé aux citoyens dans l'accès à la fonction publique est constitutionnel; voir *Lavoie c Canada*, 2002 CSC 23 [*Lavoie*]; voir *Andrews*, *supra* note 5 : l'exclusion des non-citoyens du Barreau n'est pas constitutionnelle. Notons cependant la présence de fortes opinions dissidentes dans les deux affaires.

42. Voir *Andrews*, *supra* note 5 à la p 165 (le juge MacIntyre), 193 et 196–97 (le juge LaForest); *Brooks c Canada Safeway Ltd*, 1989 CSC 96 aux pp 1237–38, (juge en chef Dickson rédigeant pour la majorité) : il s'agit d'une affaire qui met en cause une loi anti-discrimination, mais on applique néanmoins la doctrine des distributions trop limitées; *R c Hess*; *R c Nguyen*, 1990 CSC 89 aux pp 928–29 (la juge Wilson pour la majorité); *McKinney c Université de Guelph*, 1990 CSC 60 à la

Elle n'ose pas prononcer son nom, peut-être par crainte d'être accusée de « formalisme », mais il demeure que dans toutes les demandes plaçant le paragraphe 15(1) qui ont réussi (jusqu'à *Québec (PG) c Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*⁴³), la Cour suprême l'a — plus ou moins expressément — appliquée : elle s'est demandé si des distributions de bénéfices ou de fardeaux par la loi étaient justifiées par la prépondérance des raisons pertinentes. Autrement dit, elle s'est demandé quelles raisons étaient pertinentes à la distribution et si ces raisons avaient été soupesées correctement.

Cette hypothèse est confirmée par un examen plus précis du langage utilisé à différents endroits dans deux décisions portant sur le paragraphe 15(1), rendues au début des années 2010, *Withler* et *Québec c A* (l'affaire *Éric c Lola*). *Withler* concernait des prestations supplémentaires de décès pour conjoints survivants, dont le montant diminuait en fonction de l'âge (plus le conjoint survivant était âgé, moins le montant était élevé)⁴⁴. Or, jetons un coup d'œil au passage suivant de la décision unanime de la Cour, rédigée conjointement par la juge en chef McLachlin et la juge Abella :

p 297 (le juge LaForest rédigeant pour la majorité sur cette question); *Rodriguez c Colombie-Britannique (PG)*, 1993 CSC 75 [Rodriguez] à la p 557 (le juge en chef Lamer étant dissident); *Miron*, *supra* note 40 aux para 51, 60 et 67–69 (la juge McLachlin rédigeant l'opinion minoritaire); *Egan c Canada*, 1995 CSC 98 à la p 584 (le juge Cory, rédigeant pour les juges minoritaires); *Eldridge c Colombie-Britannique (PG)*, 1997 CSC 327 aux para 59 et 71 (le juge LaForest rédigeant pour toute la Cour); *Vriend c Alberta*, 1998 CSC 816 aux para 84 et 98 (le juge Cory pour la Cour) [*Vriend*]; *Law*, *supra* note 18 aux para 53, 69–70 et 72 (le juge Iacobucci pour la Cour); *M c H*, 1999 CSC 686 aux para 156–57, 227, 240 et 249 (le juge Gonthier étant dissident); *Lovelace c Ontario*, 2000 CSC 37 aux para 7 et 75 (le juge Iacobucci pour la Cour); *Gosselin c Québec (PG)*, 2002 CSC 84 aux para 61 (la juge en chef McLachlin rédigeant l'opinion majoritaire), 203, 225–26 (le juge Bastarache rédigeant une opinion dissidente) et 404 (le juge LeBel, dissident); *Walsh*, *supra* note 40 aux para 35, 50 et 61 (le juge Bastarache rédigeant l'opinion majoritaire), 200–201, 203–204 (le juge Gonthier rédigeant une opinion souscrivant aux mêmes conclusions) et aux para 92 et 118 (la juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (PG)*, 2004 CSC 4 aux para 51, 58–59 et 62 (la juge en chef McLachlin rédigeant l'opinion majoritaire); *Hodge c Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65 aux para 1 et 24 (le juge Binnie rédigeant pour toute la Cour); *Auton (Tutrice à l'instance de) c Colombie-Britannique (PG)*, 2004 CSC 78 aux para 42 (la juge McLachlin rédigeant pour toute la Cour); *Withler c Canada (PG)*, 2011 CSC 12 aux para 39 et 67 (la juge en chef McLachlin et la juge Abella rédigeant l'opinion de la Cour) [*Withler*]; *Québec c A*, *supra* note 6 aux para 194 et 201 (le juge LeBel), 283–84, 297, 331 et 350 (la juge Abella, dissidente); *Première Nation de Kahkewistahaw c Taypotat*, 2015 CSC 30 au para 20 (la juge Abella pour toute la Cour) [*Taypotat*].

43. 2018 CSC 17 [*Alliance*].

44. *Withler*, *supra* note 42.

Lorsqu'il est question d'un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l'examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l'analyse requise par le par 15(1) porte en général sur l'objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l'intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. Le tribunal s'interrogera sur l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n'est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l'affectation des ressources et les objectifs particuliers d'intérêt public visés par le législateur [notre soulignement]⁴⁵.

[...]

L'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances [notre soulignement]⁴⁶.

L'« affectation des ressources », l'« avantage », les « raisons [l'objet, pourquoi?] au soutien de la distribution », la « pertinence », « l'opportunité générale des limites », la correspondance aux « besoins » et « circonstances », les « objectifs d'intérêt public » : voilà incontestablement le langage du raisonnement moral en contexte de distribution⁴⁷.

45. *Ibid* au para 67. Voir aussi les para 71 et 76.

46. *Ibid* au para 39.

47. Voir aussi *ibid* au para 76 : « Chaque élément du régime est harmonisé aux autres prestations et soupesé au regard de l'intérêt public ».

Dans *Québec c A*⁴⁸, la demanderesse a attaqué la constitutionnalité de l'exclusion des conjoints de fait du régime juridique applicable aux conjoints mariés en cas de séparation. Les juges Abella et LeBel ont tous les deux rédigé de longs motifs sur l'application du paragraphe 15(1). Contrairement au juge LeBel, la juge Abella a conclu à la présence d'une atteinte⁴⁹, mais ils ont tous les deux utilisé le langage de la doctrine des distributions trop limitées. Le juge LeBel a écrit :

Cependant, l'État peut traiter des individus ou des groupes différemment. Il est aussi acquis qu'il peut, par exemple, accorder des avantages ou imposer des désavantages selon les mérites et capacités des individus. En vertu du par 15(2), l'État peut aussi mettre en œuvre des programmes spécifiques destinés à aider des groupes défavorisés.

[...]

Dans la grille d'analyse que je recommande ici, la deuxième façon d'établir l'inégalité réelle — soit la discrimination — consiste à « démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe » [...]. Une mesure de cette nature sera discriminatoire parce qu'elle est fondée sur des caractéristiques ou situations personnelles étrangères aux besoins, capacités ou mérites de la personne [...]. Ainsi, les mesures législatives qui reposent sur une caractérisation inexacte d'un individu ou d'un groupe sur la base de motifs inadmissibles selon le par 15(1) deviennent elles-mêmes arbitraires [...] [notre soulignement]⁵⁰.

La juge Abella écrivait quant à elle :

Au Québec, les conjoints mariés ou unis civilement qui, selon le cas, divorcent ou se séparent disposent de certaines mesures de protection juridiques.

48. *Supra* note 6.

49. Trois autres juges ont souscrit aux motifs du juge LeBel. La juge en chef McLachlin s'est accordée avec la juge Abella sur la question de l'atteinte, mais a conclu que le régime et ses distinctions étaient justifiés au sens de l'article premier. La juge Deschamps, rédigeant au nom de deux autres juges, était aussi d'accord avec la juge Abella sur la question de l'atteinte, concluant par ailleurs que si l'exclusion des obligations de *support mutuel* ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier, l'exclusion des obligations *patrimoniales* pouvait l'être. Autrement dit, elle a distingué les aspects plus personnels des aspects plus économiques de la conjugalité.

50. *Québec c A*, *supra* note 6 aux para 194 et 201.

[...]

Bien des conjoints de fait [...] présentent les caractéristiques qui ont entraîné l'établissement de ces garanties. Ils forment des relations de longue durée; ils se partagent les tâches ménagères et il s'établit entre eux une grande interdépendance; et, fait crucial, le conjoint financièrement dépendant — et par conséquent vulnérable — subit, au moment de la dissolution de l'union, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement. Pourtant, au Québec, ces conjoints de fait dépendants ne peuvent se prévaloir d'aucune des mesures de protection d'ordre économique ouvertes à ces personnes.

[...]

Il fait peu de doute que certaines unions de fait sont fonctionnellement similaires aux unions formellement reconnues.

[...]

[...]Le droit au soutien alimentaire n'était pas créé par le mariage comme tel, mais par les « besoins raisonnables » du conjoint vulnérable.

[...]

Les arrêts *Kapp* et *Withler* nous fournissent une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue [notre soulignement]⁵¹.

Encore ici — mes excuses pour ces longues citations, mais il m'apparaissait important de « montrer » et non d'uniquement affirmer —, c'est avec l'usage de termes comme « avantages et désavantages », « mérite », « capacités » et « besoins », « similarité » et « arbitraire » qu'on retrouve les marques indubitables du raisonnement moral distributif.

On notera aussi que, tel qu'illustré par les motifs du juge LeBel, lorsque la Cour mentionne l'objectif d'éviter l'usage de *stéréotypes*, elle a en fait souvent en tête quelque chose comme notre doctrine des distributions trop limitées. En effet, un stéréotype, dans le sens péjoratif, qui est pertinent à l'interprétation du paragraphe 15(1) est une généralisation aux connotations négatives. Or, une distribution trop

51. *Ibid* aux para 283–84, 297, 331 et 350.

étroite de la loi comporte aussi quelque chose de négatif (elle est irrationnelle ou arbitraire), ainsi qu'une généralisation due à l'application de règles. Il y a donc une très grande affinité entre la notion de stéréotype et notre doctrine⁵². Cela explique assez bien, je crois, pourquoi le juge LeBel les amalgame dans sa discussion.

3. *Échapper à l'éternel retour*

Il y a maintenant presque 30 ans, le professeur David Beatty avait critiqué de manière assez virulente la jurisprudence existante de la Cour suprême sur le paragraphe 15(1). Il disait alors :

*With an indifference that was scandalous, the Court paid no heed to those who explained why the similarly situated test is impossible to avoid. Like a mantra, almost every time anyone reflected philosophically on the idea of equality [...] the similarly situated test would be denounced and discredited [...]. The lamentable fact is that no one on the Court really understands the formal concept (analytical framework) of equality and how it is supposed to work [...]. No one on the Court has ever made any effort to redress the logical and conceptual errors that the commentators identified in Andrews*⁵³.

Cette critique tient malheureusement encore la route, du moins en bonne partie. La Cour (et bien des auteurs) rejette rituellement toute méthode qui déploierait les notions d'identité ou de similarité, pour ensuite appliquer la doctrine des distributions trop limitées, sans paraître relever que celle-ci s'érige sur l'identité/similarité. Cela peut offrir certains avantages rhétoriques intéressants. Face aux attentes utopiques projetées sur le paragraphe 15(1), la Cour peut continuer à affirmer qu'elle est toujours en quête d'une notion d'égalité réelle qui serait supérieure — plus progressiste — que la bonne vieille et ennuyeuse doctrine des distributions trop limitées. Simultanément, elle peut discrètement appliquer cette même doctrine, qui demeure cruciale pour les raisonnements judiciaires concernant le droit à

52. Cependant, des distributions arbitraires n'ont pas besoin d'avoir été motivées par des opinions ou jugements fondés sur des stéréotypes. Elles ont pu survenir par accident, en quelque sorte, comme lorsque le Parlement a décriminalisé le suicide, mais pas le suicide assisté. Voir *Rodriguez*, *supra* note 42.

53. David M Beatty, «The Canadian Conception of Equality» (1996) 46 UTLJ 349 aux pp 353 et 372-73.

l'égalité et à la non-discrimination⁵⁴. Bref, il y a là un genre de tour de passe-passe qui fait persister une situation nébuleuse. L'« égalité réelle » est devenue un Godot constitutionnel : nous attendons et attendons encore qu'elle arrive finalement... mais la cruelle ironie est que nous l'avons côtoyée depuis le début, sous la forme de la doctrine des distributions trop limitées : « *Finally, the door opens ... and it opens outward: we've been inside what we wanted all along. Das ist komisch* »⁵⁵.

D'un point de vue explicatif, cette doctrine offre donc, à mon avis, l'interprétation la plus convaincante de la jurisprudence sur le paragraphe 15(1). Dans la section qui suit, je vais tenter d'établir qu'il s'agit d'une doctrine constitutionnelle d'égalité et de non-discrimination qui est, en pratique, inévitable.

III. LES ATTRAITS DE LA DOCTRINE DES DISTRIBUTIONS TROP LIMITÉES : LA RAISON DISTRIBUTIVE, LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONFORMITÉ AVEC LES DROITS CONSTITUTIONNELS ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT

La doctrine paraît avoir une force d'attraction particulièrement intense. Nous avons déjà constaté qu'elle s'accorde avec le langage du paragraphe 15(1), car sa transgression peut manifestement être conçue comme constituant une atteinte au droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination. Mais ce n'est pas là la seule source de son attrait. Elle est également *simple* et institutionnellement appropriée — à tout le moins pour ceux qui, comme moi, s'inquiètent un peu des limites de la légitimité des interventions judiciaires à l'égard de décisions législatives prises par des institutions représentatives —, car elle ne s'applique seulement qu'une fois que la distribution d'un bénéfice repose sur des règles de droit. Autrement dit, son application est conditionnelle à l'existence préalable d'une action créatrice de règles. Finalement, et

54. On trouve un exemple révélateur d'une telle façon de procéder dans les motifs concordants du juge LaForest sur le paragraphe 15(1) dans *Andrews, supra* note 5 aux pp 193–97. Il affirme qu'il applique la notion plus progressiste d'égalité réelle, inspirée par les lois anti-discrimination, et décrit l'idée d'égalité associée à l'équité comme étant « de dernier recours », mais finit en fait par appliquer la seconde.

55. David Foster Wallace, « Laughing With Kafka », *Harper's Magazine* (juillet 1998), vol 297, 23 à la p 27.

c'est peut-être là l'élément le plus crucial, elle s'harmonise avec une conception limitée mais substantive de la primauté du droit, avec laquelle les juges tendent à se sentir légitimement à l'aise. Une telle conception, parfois appelée « culture de justification » ou « raison institutionnalisée », est humaniste, essentiellement libérale et démocratique, et fondée sur des principes de fond sans être attachée à des moralités politiques trop particulières⁵⁶. En fait, une telle version de la primauté du droit ressemble à bien des égards à la notion souple de rationalité morale discutée dans la première section.

La mise en œuvre judiciaire des droits constitutionnels peut par ailleurs être vue comme constituant un élément de cette version de la primauté du droit, conférant au judiciaire la tâche d'assurer une réflexion morale responsable à l'égard d'un ensemble de questions. Les dispositions de droits constitutionnels peuvent ainsi être conçues comme établissant des « contextes déclencheurs » qui, lorsqu'ils sont décelés, entraînent un processus judiciaire d'argumentation et de délibération morale au sujet de l'action publique. Un tel processus est déclenché lorsqu'il est établi que certains intérêts individuels (diverses libertés, la sécurité, la vie, etc.) sont mis en péril par l'action publique ou (en matière d'égalité et de discrimination) lorsqu'il est suggéré qu'un bénéfice quelconque distribué par la loi devrait l'être plus largement⁵⁷.

56. David Dyzenhaus et Trevor R S Allan, entre autres, ont énoncé et défendu une telle conception de la primauté du droit : David Dyzenhaus, « Proportionality and Deference in a Culture of Justification » dans Grant Huscroft, Bradley W Miller et Grégoire Webber, dir, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 234; David Dyzenhaus et Mike Taggart, « Reasoned Decisions in Legal Theory » dans Douglas E Edlin, dir, *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 134 aux pp 156–57; David Dyzenhaus, « Form and Substance in the Rule of Law » dans Christopher Forsyth, dir, *Judicial Review and the Constitution*, Londres, Hart, 2000, 141; David Dyzenhaus, « Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture » (1998) 14 S Afr J Hum Rts 11; Trevor R S Allan, « Equal Justice and Due Process of Law » dans Trevor R S Allan, dir, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001 au c 7; Trevor R S Allan, « The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism » (1999) 115 LQR 221; Trevor R S Allan, « Freedom, Equality, Legality » dans James R Silkenat, James E Hickey Jr et Peter D Barenboim, dir, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Berlin, Springer, 2014, 155; Trevor R S Allan, « Democracy, Legality, and Proportionality » dans Huscroft, Miller et Webber, *ibid*, 205; Trevor R S Allan, « Constitutional Rights and the Rule of Law » dans Matthias Klatt, dir, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 132; Trevor R S Allan, « Fairness, Equality, Rationality: Constitutional Theory and Judicial Review » dans Christopher Forsyth et Ivan Hare, dir, *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays in Honour of Sir William Wade QC*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 15.

57. Certains forums du Commonwealth ont aussi appliqué une doctrine anti-discrimination très similaire à la législation dite « secondaire » (les règlements). Cette doctrine fait partie du droit administratif général (voir *Kruse v Johnson*, [1988] 2 QB 91 aux pp 99–100; *Montréal c Arcade Amusements Inc*, 1985 CSC 97 aux pp 404 et s; *Forget c Québec (PG)*, 1988 CSC 51 aux para 30–31;

Les processus de raisonnement utilisés en application du paragraphe 15(1), d'une part, et des autres dispositions de la *Charte* conférant des droits, d'autre part, sont donc similaires à bien des égards, mais offrent des *perspectives* distinctes. Ils requièrent tous une justification morale, mais dans le premier cas, l'évaluation est déclenchée par le fait que la distribution inégale d'un bénéfice repose sur la loi, alors que dans le second, elle l'est par le fait qu'une action étatique porte atteinte à des intérêts individuels particuliers. Ainsi, dans le premier cas, contrairement au second, la perspective est distributive, tout comme les principes moraux ou les raisons morales. Et dans certains cas, les deux perspectives peuvent être appliquées. Par exemple, la privation du droit de vote imposée aux prisonniers peut être contestée à la fois sur la base de l'article 3 (le droit de vote) et du paragraphe 15(1)⁵⁸. Cette idée de « perspectives » de raisonnement en matière de droits constitutionnels est d'ailleurs similaire à celle de « modèles », suggérée par Laurence Tribe (*ways of looking at constitutional issues generally*), et à celle de « schémas moraux » mise de l'avant par Matthew Adler (*different ways in which moral reason obtains to change [...] rules*)⁵⁹.

IV. CONSÉQUENCES EN MATIÈRE D'INTERPRÉTATION

Une fois la doctrine des distributions trop limitées acceptée pour le paragraphe 15(1), deux sujets appellent plus particulièrement à discussion : (1) la notion de motifs analogues de discrimination, et (2) la relation entre la doctrine et l'article premier.

A. Motifs analogues

En vertu de notre doctrine, *toutes* les distributions de bénéfices opérées par la loi — comportant toutes sortes de distinctions — qui sont moralement injustifiées constituent des atteintes au paragraphe 15(1). S'ensuit logiquement l'abandon, au moins dans ce contexte, de l'approche restrictive de la Cour suprême quant à la question des « motifs

R c Sharma, 1993 CSC 165 aux pp 667–68 [*Sharma*]; *Produits Shell Canada Ltée c Vancouver (Ville)*, 1994 CSC 115 aux pp 280–84; David J Mullan, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2001 aux pp 117–20).

58. Voir *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68.

59. Laurence H Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola (NY), The Foundation Press, 1978 à la p 992; Matthew D Adler, « Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law » (1998) 97 Mich L Rev 1 aux pp 95 et s.

analogues». Car n'importe quel motif de distinction invoqué dans une distribution injustifiée est un motif analogue, et puisqu'il existe un grand nombre de motifs de distribution injustifiée possibles, la conception restrictive perd sa pertinence (ce qui ne veut pas dire qu'elle ne pourrait pas avoir une place légitime au sein d'une doctrine distincte d'égalité et de non-discrimination).

Cela aurait pour effet d'étendre considérablement le domaine du paragraphe 15(1)⁶⁰, permettant son application dans des affaires comme *Rodriguez*⁶¹, *Dunmore c Ontario (PG)*⁶², *Baier c Alberta*⁶³, *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli*⁶⁴ et *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*⁶⁵. Dans *Dunmore*, par exemple, les tribunaux auraient eu à décider si l'exclusion des travailleurs agricoles du régime ontarien de relations de travail était moralement justifiée⁶⁶. Si l'on tient pour acquis que la conformité du droit avec la raison morale est une bonne chose, et que le contrôle judiciaire permet de maximiser cette conformité, alors cette extension du domaine d'application du paragraphe 15(1) devrait être la bienvenue.

La Cour suprême a régulièrement affirmé que la qualité commune pertinente des motifs énumérés de discrimination est qu'ils concernent des groupes vulnérables ou désavantagés. Cela a restreint la portée du paragraphe 15(1), ce qui a souvent été justifié par des considérations de légitimité institutionnelle et des craintes plus pragmatiques d'ouvrir tout grand les «écluses judiciaires»⁶⁷. Mais même en reconnaissant

60. Ce n'est pas là une suggestion originale de ma part: voir Dale Gibson, «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991) 29 Alta L R 772 aux pp 785 et 790–91; Dale Gibson, «Equality for Some» (1991) 40 UNBLR 2 aux pp 6–7; *Beatty, supra* note 53 aux pp 360–61 et 369. Hogg avait lui aussi noté que l'interprétation stricte des motifs analogues, formulée par la Cour, engendre une «*dramatic reduction in protection which it could provide*» (voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 1992 à la p 1170 (cité dans *Beatty, supra* note 53, n 18)).

61. *Supra* note 42.

62. 2001 CSC 94 [*Dunmore*].

63. 2007 CSC 31.

64. 1992 CSC 87.

65. 2007 CSC 9.

66. Dans une veine très similaire, voir Brian Langille, «The Freedom of Association Mess: How We Got Into It and How We Can Get Out of It» (2009) 54 McGill LJ 177; Brian Langille, «The Trilogy Is a Foreign Country, They Do Things Differently There» (2014) 45 Ott LR 285, particulièrement aux pp 289–300; Brian Langille et Benjamin J Oliphant, «The Legal Structure of Freedom of Association» (2014) 40:1 Queen's LJ 40 249, particulièrement aux pp 284–85.

67. Les raisons de la Cour au soutien d'une telle restriction ne m'apparaissent pas convaincantes au bout du compte. Quoi qu'il en soit, elle a, au cours des années, invoqué des inquiétudes

qu'il est tout à fait légitime pour les tribunaux constitutionnels de tenir compte de considérations institutionnelles et pragmatiques, il s'agit là d'une façon complètement arbitraire de le faire : la question cruciale est celle de l'irrationalité distributive, mais dans certaines instances, on ne l'abordera pas parce qu'aucun groupe vulnérable ou désavantagé n'est touché. Et cela pour des raisons de légitimité institutionnelle⁶⁸... Il y a là une cascade de *non sequitur*. La notion de « motifs analogues » devrait toujours être orientée par les idées morales qui animent fondamentalement une doctrine de discrimination ou d'égalité. Pour celle des distributions trop limitées, cette idée est la raison distributive, et nous avons vu que cela suppose qu'il existe autant de motifs analogues potentiels que de possibles sources d'irrationalité distributive. Les considérations de légitimité institutionnelle devraient être évaluées, bien sûr, mais en tant que telles, et donc séparément⁶⁹. Quant à la crainte d'ouvrir les « vannes judiciaires » en élargissant la notion de motifs potentiels de discrimination, elle me semble très exagérée. Le nombre de causes pourrait peut-être augmenter au départ, mais selon toute vraisemblance, les choses se calmeraient assez rapidement⁷⁰. Il existe par ailleurs déjà des mécanismes procéduraux dans toutes les juridictions canadiennes qui permettent de limiter les poursuites farfelues.

quant à sa légitimité institutionnelle, la « banalisation de la garantie d'égalité » et « l'utilisation efficiente des ressources des tribunaux » ; voir par ex le juge LaForest dans *Andrews*, *supra* note 5 à la p 194, et les juges McLachlin (tel était son titre) et Bastarache dans *Corbière c Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 1999 CSC 687 au para 11.

68. Des arguments similaires ont été proposés par *Beatty*, *supra* note 53 à la p 369.

69. Les travaux de la professeure Aileen Kavanagh offrent une analyse particulièrement sophistiquée et équilibrée du rôle des tribunaux dans les matières constitutionnelles : voir par ex Aileen Kavanagh, « The Role of Courts in the Joint Enterprise of Governing » dans Nicholas W Barber, Richard Ekins et Paul Yowell, dir, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 139; Aileen Kavanagh, « Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory » (2010) 126 LQR 222; Aileen Kavanagh, « Judicial Restraint in the Pursuit of Justice » (2010) 60 UTLJ 23; Aileen Kavanagh, « Constitutional Review, the Courts and Democratic Scepticism » (2009) 62 Current Legal Problems 102; Aileen Kavanagh, « Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication » dans Grant Huscroft, dir, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 184.

70. *Beatty*, *supra* note 53, suggère la même chose, aux pp 368 et 370–72.

B. La relation avec l'article premier

Quel rôle la doctrine des distributions trop limitées laisse-t-elle à l'article premier? En fait, ou bien aucun, ou bien un rôle quasi exclusif. Elle s'intéresse à la justification morale de l'allocation de bénéfices. Cela suppose que l'action discriminatoire n'est pas seulement celle qui différencie, mais celle qui à la fois différencie *et est moralement injustifiée*. On retrouve ici un aspect de la conception de la discrimination favorisée par la Cour suprême : il doit y avoir davantage qu'une simple distinction (évidemment, à peu près tout le débat se trouve dans la nature de ce « davantage »). Mais si l'on veut préserver cet aspect de la discrimination, il faut alors que l'application de notre doctrine se fasse entièrement en vertu du paragraphe 15(1). La détermination de la distribution différentielle du bénéfice donné et l'analyse de la question de la justification doivent toutes deux se faire en vertu du paragraphe 15(1). Et puisqu'une fois engagée, la délibération sur la justification ne peut être tronquée, cela ne laisse aucun rôle à l'article premier. C'est à mon avis la voie que la Cour a essentiellement suivie depuis *Andrews*⁷¹. Soyons clairs : il est vrai que la Cour a expressément insisté pour que l'on garde les analyses du paragraphe 15(1) et de l'article premier nettement séparées; mais si nous voulons persister dans l'idée que la discrimination est par définition immorale, il me semble qu'il vaudrait mieux abandonner cette mascarade une fois pour toutes⁷². En fait, certains juges ont presque expressément reconnu l'impossibilité d'isoler l'analyse concernant l'« égalité réelle » de celle de la justification⁷³.

Une autre possibilité serait de traiter la détermination de la distribution différentielle du bénéfice en vertu du paragraphe 15(1) et la question de la justification en vertu de l'article premier⁷⁴. Mais cela voudrait alors dire que la discrimination ou « inégalité réelle » en vertu du paragraphe 15(1) serait associée strictement à la distribution d'un bénéfice, ce qui ne comporte pas la présence d'une situation

71. C'était aussi la méthode préférée par la juge McLachlin, alors à la Cour d'appel de l'Alberta, dans *Andrews v Law Society of British Columbia*, (1986) 27 DLR (4th) 600 à la p 610.

72. Voir *Beatty*, *supra* note 53 aux pp 363–66, pour des remarques allant dans le même sens (il suggère que toute l'analyse devrait se faire en vertu de l'article premier). Voir aussi Marc Gold, « Comment: *Andrews v Law Society of British Columbia* » (1989) 34 McGill LJ 1063 aux pp 1072–73, 1077 et 1079.

73. Par ex la juge Arbour dans *Lavoie*, *supra* note 41 aux para 92–93.

74. Cela ressemble à la « méthode Hogg », discutée et rejetée par le juge McIntyre dans *Andrews*, *supra* note 5 aux pp 178–79.

moralement condamnable. La question morale (l'absence de justification au soutien de la distribution) serait traitée en vertu de l'article premier. Cela viendrait peut-être apaiser les angoisses de ceux qui s'inquiètent au sujet des questions de fardeaux de « preuve » en matière de *Charte*, puisque selon le paragraphe 15(1), le fardeau reposerait sur la partie demanderesse, alors qu'il appartiendrait au gouvernement selon l'article premier.

Tout compte fait, il me semble que la première approche (tout faire en vertu du paragraphe 15(1)) constitue la meilleure option, entre autres parce qu'elle préserve l'idée selon laquelle l'inégalité réelle / la discrimination comporte nécessairement une situation immorale, idée qui a toujours été préconisée par la Cour suprême. D'autre part, je ne crois pas que les inquiétudes à l'égard des « fardeaux de preuve » devraient nous accabler outre mesure, puisque, pour le dire de manière un peu crasse, toute cette discussion autour des « fardeaux » est assez mal fondée : d'abord, ce ne sont pas vraiment des fardeaux de preuve qui sont en cause, mais, au mieux, quelque chose comme des fardeaux d'argumentation morale. En effet, nous ne sommes pas confrontés à des questions concernant l'existence de faits, que l'on aborderait *grosso modo* par des raisonnements de probabilités les concernant, mais plutôt à de pures questions d'évaluation des considérations morales en jeu, afin de conclure sur la question de la justification, tout bien considéré⁷⁵. Bien sûr, les faits sont d'une grande pertinence pour la question de la justification, mais dans le contexte de l'application de la *Charte*, les questions que nous discutons sont fondamentalement normatives : elles tournent autour de la justification morale des actions de l'État. Les questions de preuve sont distinctes, et la notion de fardeau de preuve n'y est pas à sa place. Pour revenir au paragraphe 15(1), toute la question de la justification peut être abordée dans l'analyse de l'égalité réelle / discrimination, sans que l'on perde quoi que ce soit d'important pour la prise de décision judiciaire ou autre.

75. Voir Giovanni Sartor, « Defeasibility in Legal Reasoning » dans Zenon Bankowski, Ian White et Ulrike Hahn, dir, *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995, 119 à la p 122; Charles-Maxime Panaccio, « In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication » (2011) 24 Can JL & Juris 109 à la p 121; The Right Honourable Beverley McLachlin, « Proportionality, Justification, Evidence and Deference: Perspectives From Canada » (17 janvier 2017) à la p 19, en ligne (pdf) : <www.hkcfa.hk/filemanager/speech/en/upload/144/Proportionality,%20Justification,%20Evidence%20and%20Deference%20-%20Perspectives%20from%20Canada.pdf>.

CONCLUSION

D'abord un aveu : j'ai choisi le titre de cet article, au moins un peu, pour sa valeur de provocation. Même si Aristote a été traité d'une manière assez épouvantable par les tribunaux canadiens depuis que ses réflexions ont été caricaturées dans *Andrews*, du peu que nous connaissons de sa vie et de sa personnalité, il ne paraît pas avoir été particulièrement vindicatif. De toute manière, le récit du paragraphe 15(1) et de la doctrine des distributions trop limitées n'en est pas un de vengeance, mais plutôt l'histoire plus bizarre d'une victoire immédiate mais complètement dissimulée (de nos jours, les jeunes diraient peut-être qu'il s'agit d'une sorte de *gaslighting* judiciaire...). La doctrine décrite à la section II est à bien des égards similaire à la discussion de la justice distributive qu'expose Aristote dans ses *Politiques*. Aussi, en tant que « père » de la raison pratique et architecte d'une conception contextuelle, pragmatique et souple du raisonnement pratique, il pourrait être considéré comme l'un des ancêtres ultimes de la culture de justification énoncée en vertu de la *Charte canadienne*.

La doctrine des distributions trop limitées vise les distributions irrationnelles des bénéfices de la loi. Il s'agit d'une doctrine substantive d'égalité et de discrimination, qui s'intéresse aux similarités et différences de situations. La Cour suprême du Canada l'a constamment mais subrepticement utilisée dans son application du paragraphe 15(1). On peut la considérer comme étant la perspective distributive de la « culture de justification » énoncée en vertu de la *Charte canadienne* et, plus généralement, en droit public canadien. Elle convient au rôle judiciaire et, appliquée d'une manière qui tient compte des considérations de légitimité institutionnelle, constitue un élément important du rôle de gardiens de la justification morale de l'action étatique des tribunaux. En somme, la doctrine des distributions trop limitées présente des vertus explicatives, substantives et institutionnelles indéniables.

Par contre, bien que j'aie suggéré que cette doctrine soit un élément central du paragraphe 15(1), cela ne veut pas dire qu'elle doit être la *seule* doctrine d'égalité réelle. Depuis *Andrews*, il semble que trois thèmes reviennent continuellement dans les décisions de la Cour suprême sur l'égalité : (1) la raison distributive; (2) l'égalité des personnes; et (3) la recherche d'égalité pour les groupes vulnérables ou désavantagés. J'ai ici tenté de faire jaillir un peu de lumière sur le thème de la raison distributive, mais la doctrine dont j'ai discuté n'est pas incompatible avec d'autres qui seraient plutôt centrées sur la

dignité ou l'amélioration du sort des plus vulnérables⁷⁶. Le véritable défi, il me semble, est de donner le plus de place possible, à l'intérieur des paramètres du paragraphe 15(1) et de l'article premier, à la mise en œuvre de doctrines bien justifiées d'égalité et de discrimination. La nécessité de reconnaître et d'exploiter au mieux les multiples facettes de l'égalité a, heureusement, été exprimée par des voix plus crédibles que la mienne. Je laisse donc le mot de la fin à Bernard Williams :

When one is faced with the spectacle of the various elements of equality pulling in these different directions, there is a strong temptation, if one does not abandon the idea altogether, to abandon some of its elements [...]. To succumb [...] would, I think, be a mistake [...] we should not throw one set of claims out the window but should rather seek, in each situation, the best way for eating and having as much cake as possible. It is an uncomfortable situation, but the discomfort is just that of genuine political thought. It is no greater with equality than with liberty, or any other noble and substantial political ideal⁷⁷.

CODA (À PROPOS DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR L'ARTICLE 15)

Il est entendu que l'interprétation du paragraphe 15(1) que la Cour suprême a faite de 1989 à 2022 a présenté de multiples visages. L'accent a été mis, à diverses époques, sur les « motifs analogues », les stéréotypes et les préjugés, la dignité humaine et, finalement, plus récemment, sur... je ne saurais dire quoi exactement — l'égalité réelle, et la « création » de distinctions désavantageuses qui perpétuent les désavantages, peut-être?⁷⁸ Quoi qu'il en soit, ces développements récents n'ont pas du tout permis de mettre fin aux débats d'application. En fait, sur le plan de la clarté, il me semble que la situation est pire qu'elle ne l'a jamais été : la Cour a bougé, mais elle n'a pas avancé. Pas seulement parce que les opinions judiciaires au sujet des droits à l'égalité et à la non-discrimination peuvent raisonnablement varier, mais aussi, notamment, parce qu'on force l'unité doctrinale alors qu'il faudrait accepter la pluralité.

76. Voir par ex Anderson et Pildes, *supra* note 29; Shin, *supra* note 29.

77. Williams, *supra* note 31 à la p 114; voir aussi Shin, « Is There a Unitary Concept of Discrimination? » dans Hellman et Moreau, *supra* note 29, 163.

78. Je fais ici référence aux arrêts suivants : *R c Kapp*, 2008 CSC 41; *Withler*, *supra* note 42; *Taypotat*, *supra* note 42; *Alliance*, *supra* note 43; *Fraser*, *supra* note 10; *Sharma*, *supra* note 57.

A. Aperçu des décisions récentes (*Alliance*, *Fraser* et *Sharma*): « maximalistes » c « minimalistes »

Depuis 10 ou 15 ans, tous les juges de la Cour s'entendent pour dire qu'il y a violation du paragraphe 15(1) lorsqu'une loi (1) crée, à première vue ou par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et (2) impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage préexistant (j'utiliserai dorénavant seulement « perpétuer », qui a le sens le plus large). L'application de ce test permet de débusquer à la fois les situations de discrimination directe et de discrimination « par suite d'un effet préjudiciable », qui surviennent « lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes défavorisés »⁷⁹. Comme on peut l'imaginer, cette entente de surface sur des généralités cache des dissensions absolument inconciliables sur des éléments plus fondamentaux. Aussi, dans les affaires les plus récentes, *Alliance*, *Fraser* et *Sharma*, la Cour s'est-elle assez acrimonieusement divisée sur ces éléments et, par voie de conséquence, sur le résultat.

Dans *Alliance*, la loi visée avait modifié le régime législatif québécois s'attaquant aux iniquités salariales à l'égard des femmes, remplaçant notamment une obligation continue pour les employeurs de maintenir l'équité salariale par un système d'évaluations quinquennales qui ne les obligeaient qu'à rectifier les salaires pour l'avenir. Dans *Fraser*, le contexte normatif en cause était plus complexe : la GRC avait mis en place un programme qui permettait à ses membres de partager les responsabilités d'un poste à temps plein et ainsi de travailler à temps partiel. La plupart des participants à ce programme étaient des femmes ayant des enfants, puisqu'il leur permettait de concilier obligations professionnelles et familiales. Par ailleurs, plus les membres de la GRC comptent d'années de service, plus leur salaire est élevé, et plus leurs prestations de retraite sont élevées. Or, alors que les membres à temps plein ayant pris un congé non payé pouvaient « racheter » des périodes de service comptant pour le calcul de la pension, ceux qui partageaient un poste n'y étaient pas autorisés. Enfin, dans *Sharma*, on a attaqué la constitutionnalité de modifications au *Code criminel*, qui avaient éliminé la possibilité de peines d'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions considérées comme

79. *Fraser*, *supra* note 10 aux para 30 et 47–49; *Sharma*, *supra* note 57 aux para 28–31 (les juges Brown et Rowe, pour la majorité) et 190–92 (la juge Karakatsanis, pour la minorité).

étant plus graves. La demanderesse plaidait que cela avait un effet disproportionné et discriminatoire sur les personnes autochtones.

Donc, dans *Alliance* et *Fraser*, les demanderesses avançaient que les mesures législatives violaient le droit à la non-discrimination des femmes, alors que dans *Sharma*, la demanderesse plaidait que c'était celui des personnes autochtones qui était atteint. Dans chacune de ces affaires, la Cour s'est divisée en des factions qu'on peut qualifier de « maximaliste » et de « minimaliste ». Certains juges sont invariablement restés dans le même camp : la juge Karakatsanis est toujours demeurée « maximaliste », alors que les juges Côté, Rowe et Brown sont constamment restés « minimalistes ». Cependant, s'étant joints au camp maximaliste dans *Alliance* et *Fraser*, le juge en chef Wagner et le juge Moldaver ont étonnamment rejoint les minimalistes dans *Sharma*, leur donnant ainsi une mince majorité⁸⁰.

Comme je l'ai mentionné, tous les juges adhèrent plus ou moins au même « test » général : (1) est-ce que la loi crée, à première vue ou par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? Si oui, (2) est-ce qu'elle impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de perpétuer le désavantage préexistant ? Ils l'appliquent cependant de manière différente.

Dans *Alliance*, la juge Abella, qui rédigeait pour une majorité de six⁸¹, a affirmé que l'objectif de la première étape est de faire en sorte que les personnes que le paragraphe 15(1) est censé protéger puissent l'être⁸². Cette étape ne devrait ainsi faire obstacle qu'aux demandes alléguant une distinction qui n'est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue. Il ne s'agirait donc pas de s'assurer que la loi « crée » ou cause une distinction, mais plutôt de vérifier que la partie demanderesse *allègue* une distinction sur la base d'un motif énuméré ou analogue. La juge Abella affirme néanmoins que la *Loi sur l'équité salariale* a pour objet de corriger les écarts salariaux défavorables des emplois à prédominance féminine, et donc que les mesures législatives, y compris les dispositions contestées, concernent les femmes. Elle conclut

80. Notons aussi que la composition de la Cour a passablement changé lors de cette période : pour le moment, les nouveaux juges Martin (pour les jugements *Fraser* et *Sharma*), Kasirer (pour les jugements *Fraser* et *Sharma*), et Jamal (pour le jugement *Sharma*) sont à placer chez les maximalistes.

81. La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon qui se sont joints à elle.

82. *Alliance*, *supra* note 43 au para 26.

par conséquent que les dispositions contestées *établissent* des distinctions fondées sur le sexe, tant à première vue que par leur effet⁸³. Les juges dissidents (Côté, Rowe et Brown) acceptent quant à eux que l'on doit d'abord examiner si la loi crée une distinction fondée sur un motif protégé, mais ajoutent que cela suppose qu'il doit aussi être montré que la loi a un effet désavantageux disproportionné sur les membres du groupe protégé. L'aspect préjudiciable doit donc être considéré dès la première étape, qui ne constitue pas une simple formalité servant de tamis.

Sur la seconde question, les juges majoritaires ont répondu que les modifications à la *Loi sur l'équité salariale* perpétuaient le désavantage préexistant, précisant que le problème n'était pas que les nouvelles dispositions différaient des dispositions antérieures, mais « qu'en elles-mêmes », elles perpétuaient le désavantage des femmes par rapport aux hommes. En particulier, la non-rétroactivité des ajustements salariaux pour les emplois à prépondérance féminine et les limites imposées aux salariés et syndicats à l'accès à l'information pertinente pour contester les décisions prises par les employeurs perpétuaient, par leurs effets et le message envoyé, le désavantage préexistant⁸⁴. Les juges minoritaires arrivent à la conclusion opposée : selon eux, les modifications ne perpétuent pas l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. Elles avaient plutôt pour but d'éradiquer les iniquités salariales et envoyaient le message que les employeurs ne doivent pas agir de mauvaise foi, de façon arbitraire ou discriminatoire. Aussi sont-elles bien adaptées aux besoins et caractéristiques des femmes, tout en étant « adaptées et pratiques pour les entreprises privées »⁸⁵. Ils ajoutent que s'il est interdit d'adopter des dispositions imposant à un groupe défavorisé un traitement moins favorable, lorsque la loi offre un avantage en comparaison avec la situation qui existerait sans son adoption, le législateur a davantage de marge de manœuvre⁸⁶.

Fraser et Sharma sont des affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les normes de la GRC qui encadraient le programme de partage de poste et le régime de pension de la GRC n'usaient pas en effet de la distinction homme/femme. Mais plus de

83. *Ibid* au para 29.

84. *Ibid* aux para 33–37.

85. *Ibid* aux para 99–102.

86. *Ibid* au para 112.

femmes se prévalaient de ce programme, qui ne permettait pas le « rachat » de périodes de service comptant pour la pension. De manière similaire, l'abandon de l'emprisonnement avec sursis pour certains actes criminels ne comporte pas à première vue une distinction entre autochtones et non-autochtones. Mais on alléguait que l'effet de ces normes était de *causer* des différences et de perpétuer des désavantages préexistants.

Dans *Fraser*, les juges majoritaires, dont les motifs sont rédigés par la juge Abella⁸⁷, ont conclu à une atteinte au paragraphe 15(1). À leur avis, le programme de partage de poste et le régime de pension de la GRC, qui se basent sur la réduction temporaire des heures de travail pour imposer des conséquences moins avantageuses en matière de pension, créent une distinction en ayant un effet disproportionné sur les femmes. Ils perpétuent également, et en quelque sorte par le fait même, un désavantage économique préexistant⁸⁸.

Les juges Brown et Rowe sont dissidents⁸⁹ et reviennent dans un premier temps sur la notion de « distinction ». Selon eux, un certain exercice de comparaison est un élément intrinsèque de la première étape, en ce qu'il faut nécessairement déterminer le fardeau qui est imposé ou le bénéfice qui est nié, ce qui nécessite de définir un groupe de comparaison. Dans cette affaire, les employés en partage de poste travaillant à temps partiel sont nécessairement comparés à ceux qui travaillaient à temps plein et prenaient des congés non payés. La distinction n'est pas établie en définissant un groupe qui se trouve dans une situation en tous points identique à celle du groupe demandeur sauf pour le motif énuméré. Il s'agit de s'adonner à une analyse contextuelle, tenant compte des divers aspects du régime et de la preuve disponible quant à la composition des effectifs de la GRC⁹⁰. Les juges Brown et Rowe comparent d'abord (de façon un peu surprenante) les membres à temps plein et ceux en partage de poste, en fonction de leurs bénéfices. Il y aurait là une distinction fondée sur le sexe puisque les seconds sont majoritairement des femmes et les premiers, des hommes⁹¹. Les juges comparent ensuite la situation des

87. Elle est accompagnée du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer.

88. *Fraser*, *supra* note 10 au para 113.

89. La juge Côté est aussi dissidente, mais rédige ses propres motifs.

90. *Fraser*, *supra* note 10 aux para 172–74 et 184.

91. *Ibid* au para 185.

membres en partage de poste et celle de ceux qui prennent des congés non payés et qui pouvaient « racheter » des périodes de service ouvrant droit à une pension. À leur avis, cette distinction n'est pas fondée sur le sexe parce que rien ne prouve que les membres qui prennent des congés non payés sont moins susceptibles d'être des femmes que les membres qui participent au programme de partage de poste⁹².

Mais puisque les juges diagnostiquent une distinction fondée sur le sexe, ils passent à la seconde étape. Ils établissent cependant que cette étape ne peut uniquement servir à vérifier si l'effet d'inégalité créé par la loi a des incidences sur un groupe historiquement défavorisé. Une loi peut « perpétuer » un désavantage important (en ne le combattant pas), sans qu'il y ait nécessairement discrimination. D'abord, les actes de l'État doivent avoir *contribué* à l'écart, ce qui suppose un lien de causalité. Ici, cette preuve n'a pas été faite, selon eux. Une preuve de disparité statistique et de désavantage subi par le groupe dans son ensemble ne peut suffire pour démontrer qu'une loi crée une distinction par son effet. Ensuite, ils insistent sur le fait que la discrimination comporte nécessairement un élément d'arbitraire, d'injustice et de faute, qui ne se réduit pas à l'existence d'un objet ou d'une intention discriminatoire. Cet élément a souvent été exprimé comme le fait « de ne pas répondre adéquatement aux capacités, à la situation et aux besoins des individus ». En l'occurrence, selon les juges Brown et Rowe, le calcul des prestations de retraite au prorata des heures de travail effectuées n'est pas discriminatoire (au sens d'acte arbitraire ou injuste). Il répond aux capacités et à la situation réelles des employés, tout en tenant compte des objectifs plus généraux associés à un programme de régime de retraite⁹³.

Dans *Sharma*, une majorité de juges, menée par les juges Brown et Rowe⁹⁴, conclut à une absence de discrimination. Ils ne remettent pas en cause la démarche générale qui doit être appliquée au paragraphe 15(1), mais jugent que les conditions de la première étape ne sont pas remplies puisqu'il n'a pas été démontré à l'aide d'éléments de preuve suffisants que les modifications législatives créent un effet disproportionné sur les délinquants autochtones. Sans surprise, plusieurs des propositions mises de l'avant par les juges Brown et Rowe dans *Alliance* et *Fraser* sont endossées. D'abord, il est convenu que la

92. *Ibid* aux para 186–87.

93. *Ibid* aux para 190–94 et 198.

94. Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver et Côté souscrivent à leur opinion.

première étape nécessite un certain exercice de *comparaison*. Elle requiert aussi la présence d'un lien de *causalité* entre l'action gouvernementale et l'effet disproportionné : on doit distinguer strictement entre les effets disproportionnés causés par celle-ci et ceux qui ont d'autres causes⁹⁵. Les juges majoritaires se demandent également ce que l'on veut dire par « perpétuer un désavantage » à la deuxième étape. Selon eux, une incidence négative ou une aggravation est nécessaire. Autrement dit, le fait de simplement laisser subsister le désavantage ne suffit pas. Or, divers facteurs peuvent aider les tribunaux à déterminer s'il y a incidence négative, comme « l'arbitraire, les préjugés et les stéréotypes », et les objectifs poursuivis par la loi⁹⁶.

Les juges minoritaires concluent que les modifications sont discriminatoires parce qu'elles affaiblissent une mesure d'amélioration conçue précisément pour les délinquants autochtones. La juge Karakatsanis⁹⁷ suit les orientations de la juge Abella dans *Alliance* et *Fraser* en réitérant que la première étape de l'application du paragraphe 15(1) demande qu'il soit démontré qu'une loi crée une distinction fondée sur un motif protégé. L'objectif est alors d'exclure les demandes qui n'ont rien à voir avec l'égalité réelle, et non pas d'imposer une rigueur scientifique ou d'aborder des éléments de justification qui relèvent de l'article premier. Elle conclut que dans les circonstances, les modifications législatives concernant l'emprisonnement avec sursis créent une distinction puisqu'elles auront nécessairement un effet sur l'objectif d'améliorer la situation des délinquants autochtones⁹⁸.

Elle ajoute qu'à la deuxième étape, l'usage du verbe « perpétuer » suggère qu'une loi peut être discriminatoire sans accentuer le désavantage et en laissant les choses comme elles sont⁹⁹. Ce sont la situation du groupe de demandeurs et l'effet réel de la mesure législative sur elle qui importent, et non la situation des demandeurs par rapport à d'autres se trouvant dans une situation semblable¹⁰⁰. D'autre part, l'absence de différence de traitement n'est pas déterminante : la discrimination pourrait bien découler d'une *omission* de tenir compte des caractéristiques d'un groupe défavorisé. Autrement dit, l'État

95. *Sharma, supra* note 57 aux para 31, 35–36 et 39–45.

96. *Ibid* aux para 51–53, 56 et 59–60.

97. *Ibid* aux para 183–84. Elle est accompagnée des juges Martin, Kasirer et Jamal.

98. *Ibid* aux para 190, 225 et 227.

99. *Ibid* au para 193.

100. *Ibid* au para 196.

pourrait avoir l'obligation de prendre des mesures correctives positives, comme c'est le cas ici¹⁰¹. En ne tenant pas compte des besoins distincts des délinquants autochtones, les modifications perpétuent et accentuent leur position désavantagée. Il n'est pas requis de montrer que ces dispositions sont une *cause* du problème¹⁰².

B. Discussion : de causalité et, surtout, d'obligations positives

Comme l'avait fait remarquer le *Secundus* du professeur Bisson, les motifs au soutien de chacune de ces opinions sont typiquement « longuets ». Il vaut donc la peine d'essayer de distiller les enjeux essentiels qui les animent. Au bout du compte, il me semble qu'ils gravitent autour de deux questions liées : (1) celle de la causalité et (2) celle de l'imposition à l'État d'une obligation positive d'aider les groupes défavorisés. Autrement dit, tout tourne autour de la question de l'attribution de la responsabilité à l'État.

Que cherche-t-on lorsque l'on demande (à la première étape du paragraphe 15(1)) si une loi « crée par son effet une distinction » ? On pourrait dire que l'on pose une question sur la causalité des actes de l'État : la loi *cause*-t-elle une distinction (selon un motif énuméré ou analogue) ? Mais, comme l'ont exposé Hart et Honoré dans leur célèbre *Causation in the Law*, si nous avons tendance à la tenir pour acquise, la causalité est loin d'être une notion facile. On peut néanmoins, dans un premier temps, isoler un usage central du langage de « cause et d'effet », dans les cas où

*[...] a contingency, usually a human intervention, [...] initiates a series of physical changes, which exemplify general connections between types of event; and its features are best seen in the simplest cases of all where a human being manipulates things in order to bring about intended change*¹⁰³.

Hart et Honoré suggèrent ensuite que c'est à partir de cette situation paradigmatique que toute l'imagerie et les métaphores associées à la causalité peuvent être comprises, notamment, dans des circonstances plus complexes, les distinctions faites entre interventions volontaires et événements anormaux en tant que causes, d'une part, et d'autres

101. *Ibid* aux para 197 et 199.

102. *Ibid* aux para 236–37.

103. Herbert L Hart et Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2^e éd, Oxford, Clarendon, 1985 à la p 2.

événements en tant que simples *conditions*, d'autre part¹⁰⁴. Ces auteurs distinguent ensuite deux autres sens de « cause » de cette première notion centrale, et ajoutent finalement que chaque sens possède sa variante négative (par exemple, « *the [...] failure to initiate or interrupt some physical process* »)¹⁰⁵, qui est elle aussi conçue comme étant une forme de causalité.

Tout cela pour dire, au fond, que même si on peut élargir notre usage de « cause » comme on l'entend, il demeure quand même des situations où son utilisation semble plus hors jeu. Aussi, les juges minimalistes invoquent-ils la notion ordinaire de cause afin d'asseoir leurs conclusions. Les juges maximalistes y sont moins attachés, quoiqu'on ne puisse pas complètement écarter l'idée qu'ils utilisent en fait la notion dans un sens plus secondaire ou métaphorique, qui surgit dans un contexte où l'on accepte d'imposer des d'obligations positives à l'État d'améliorer la situation de groupes désavantagés. Bref, la question de la causalité finit par se dissoudre dans la question de l'obligation positive.

La question de la « perpétuation » (à la deuxième étape) soulève les mêmes considérations. « Perpétuer » est un verbe d'action, mais si j'ai une obligation positive d'agir afin d'améliorer une situation, on pourra bien dire que je la *perpétue* par ma faute si je ne fais rien (« si tu ne fais pas partie de la solution, tu fais partie du problème! »). Et si l'on adopte une conception maximisante de mes obligations, on pourra toujours m'accuser de ne pas les remplir, en montrant, d'une façon ou d'une autre, que je pourrais — et donc devrais — en faire plus¹⁰⁶.

104. *Ibid*; je paraphrase ici un passage qui se trouve au milieu de la page citée.

105. *Ibid* aux pp 2–3.

106. C'est ce que soulignent les juges minoritaires dans *Alliance*, *supra* note 43, lorsqu'ils disent, au para 83 :

[...] il découle de l'analyse de notre collègue que toute tentative améliorative ne réalisant pas parfaitement ses objectifs porterait atteinte au par 15(1) [...] comme l'objectif de la *Loi* serait d'atteindre le même traitement salarial du groupe favorisé [...] il est presque inévitable que la *Loi* soit désavantageuse si l'objectif n'est pas *parfaitement* réalisé, puisque cette lacune aurait pour effet de « perpétuer » le désavantage préexistant [les italiques sont ceux des juges Brown et Rowe].

La juge Abella leur répond aux para 41–42 :

Mes collègues laissent néanmoins entendre qu'il n'y a aucune violation du par 15(1) de la *Charte* parce que le législateur québécois n'a pas *créé* de discrimination salariale à l'endroit des femmes. Personne n'a dit qu'il l'avait fait. Toutefois, quand le gouvernement adopte une loi de manière à perpétuer un désavantage historique pour des groupes protégés, cette loi est assujettie à un examen de la conformité à l'art 15, quel que soit l'auteur du désavantage [...].

En somme, les débats qui agitent les juges sur le paragraphe 15(1) se réduisent à la question de déterminer si l'État est la source d'obligations positives à l'égard des groupes visés par les motifs énumérés et analogues. Si de telles obligations sont reconnues, conformément à la position maximaliste, il semble qu'une partie demanderesse n'aurait qu'à démontrer que le gouvernement a légiféré et que ses mesures pourraient être plus favorables envers un groupe désavantagé. Il ne s'agit pas cependant d'imposer directement des obligations positives précises, mais de superviser l'action législative une fois qu'elle est survenue. L'objectif central de l'égalité réelle et du droit à la non-discrimination serait donc de réduire les inégalités entre groupes avantagés et groupes désavantagés. Mais cela s'accomplirait *indirectement*, par des obligations positives déclenchées par l'action législative, qui obligeraient alors à offrir aux groupes désavantagés un traitement maximale favorable. La position minimaliste se résume à nier cette existence d'obligations positives, en invoquant des considérations d'interprétation et de légitimité institutionnelle.

À la suite de ces passes d'armes judiciaires, plusieurs questions importantes demeurent irrésolues. D'abord, pourquoi les maximalistes tiennent-ils à la première partie de la démarche? Ne revient-il pas au même de demander simplement si une action gouvernementale perpétue, directement ou indirectement, un désavantage pour un groupe défavorisé? Ensuite, même s'il est entendu que l'article 15 demande que la loi protège tout le monde sans distinction fondée sur la race, le sexe, l'orientation sexuelle, etc., et que des programmes amélioratifs peuvent être justifiés, bénéficient-ils *exclusivement* aux membres de groupes désavantagés?¹⁰⁷ Ou y aurait-il des situations où l'on pourrait conclure à une atteinte au paragraphe 15(1) parce qu'une loi

[Notre conclusion n'a] pas pour effet d'imposer à l'État une obligation positive distincte d'adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales. Une telle conclusion ne mine pas non plus la capacité de l'État à agir de manière graduelle pour s'attaquer aux inégalités systémiques. L'article 15 exige cependant que l'État veille à ce que toutes les mesures qu'il prend *effectivement* n'aient pas d'effet discriminatoire [...] [notre soulignement et les italiques sont ceux de la juge Abella].

107. C'est parfois ce qui semble ressortir des positions maximalistes. Par exemple, dans *Fraser*, *supra* note 10 au para 27, la juge Abella affirme que «le paragraphe 15(1) reflète un engagement profond à promouvoir l'égalité et à prévenir la discrimination contre les groupes défavorisés». Certains auteurs suggèrent clairement que la protection exclusive des groupes désavantagés est un des aspects fondamentaux des règles de droit anti-discrimination; voir par ex Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015. Certains doutes à cet égard sont efficacement exprimés dans Colm O'Cinneide, «Justifying Discrimination Law» (2016) 36 Oxford J Leg Stud 909 à la p 921.

désavantage un groupe non désavantagé (comme c'était le cas, par exemple, dans *Law* et *Withler*¹⁰⁸, où la loi distinguait en vertu de l'âge sans qu'aucun groupe défavorisé soit concerné)? Autrement dit, l'article 15 est-il purement voué à corriger les désavantages des groupes défavorisés, ou opérationnalise-t-il également une certaine conception de la dignité de toutes les personnes et de la distribution raisonnable des fardeaux et bénéfices par l'État?

Si l'on a lu mon texte original, on aura peut-être compris que la position que j'ai alors énoncée présente certaines affinités avec celle des « minimalistes ». C'est le cas surtout parce que ceux-ci considèrent que la discrimination suppose l'arbitraire et une absence de justification. Ils invoquent également des considérations de légitimité institutionnelle que je trouve pertinentes. Cependant, si je plaide toujours obstinément pour la reconnaissance de cette notion de discrimination et de la doctrine des distributions trop limitées, je ne préconise pas son exclusivité.

Reprenant le bâton de pèlerin, je réitère que la clé d'une solution pour l'application du paragraphe 15(1) m'apparaît se trouver non pas dans l'exclusivité de la position maximaliste ou de la position minimaliste, mais dans la reconnaissance d'une pluralité de doctrines. J'en ai déjà évoqué trois, soit (1) la doctrine des distributions trop limitées, (2) le respect de l'égale dignité des personnes, et (3) l'amélioration (ou la non-aggravation) de la situation des groupes désavantagés. Il n'y a pas, il me semble, de raison déterminante d'insister pour qu'une seule doctrine soit préconisée au détriment des autres. En fait, il semble presque absurde de penser qu'une seule doctrine (« l'égalité réelle ») puisse à elle seule adéquatement exprimer les différents idéaux que l'on associe à l'égalité.

Aussi, au lieu d'essayer de tout enfoncer dans un test unique, les tribunaux pourraient se demander :

- (1) La distribution du bénéfice à laquelle participe la loi est-elle bien justifiée (par ex, *Andrews*, *Law*, *Withler*¹⁰⁹)?
- (2) Cette action gouvernementale remet-elle en cause l'égale dignité des personnes (appartenant souvent à un groupe stigmatisé, vulnérable ou désavantagé, par ex, *Vriend*¹¹⁰)? Et

108. *Law*, *supra* note 18; *Withler*, *supra* note 42.

109. *Andrews*, *supra* note 5; *Law*, *supra* note 18; *Withler*, *supra* note 42.

110. *Vriend*, *supra* note 42.

(3) Je suis moins sûr, mais peut-être quelque chose comme « l'action gouvernementale perpétue-t-elle, directement ou indirectement, le désavantage d'un groupe stigmatisé, vulnérable ou désavantagé »¹¹¹?

Bien sûr, une action gouvernementale pourrait transgresser plus d'une de ces doctrines. Cela ne mettra certainement pas fin à tous les débats (sur l'obligation positive notamment), mais permettrait au moins de nous libérer une fois pour toutes de la tyrannie stérile du monisme en matière d'égalité et de non-discrimination.

111. La défense philosophique la plus robuste d'une telle doctrine m'apparaît être celle exposée dans *Khaitan*, *supra* note 107. Au début de l'ouvrage, à la p 18, Khaitan suggère d'ailleurs que la discrimination consiste en « *a wrongful and unjustified exacerbation of relative group disadvantage* ». Ses arguments sont complexes et ce n'est pas ici l'endroit pour les examiner en détail. Pour mémoire, je dirai quand même que c'est justement parce qu'ils sont échafaudés de manière si joliment élaborée que ces arguments finissent par créer un certain sentiment d'irréalité.