

UN FACTEUR CONTEXTUEL SOUS INFLUENCE OU LES PIÈGES DE LA PERTINENCE : *CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW*

Marianne Hardy-Dussault

Volume 36, Number 1-2, 2005–2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107466ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11881>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Hardy-Dussault, M. (2005). UN FACTEUR CONTEXTUEL SOUS INFLUENCE OU LES PIÈGES DE LA PERTINENCE : *CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW*. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 36(1-2), 327–354. <https://doi.org/10.17118/11143/11881>

Article abstract

According to the Supreme Court, section 43 of the *Criminal Code*, which provides that parents and teachers may use reasonable force in correcting a child without facing criminal charges, does not offend the child's dignity. While children may not enjoy the same protection generally afforded adults, it must be understood that this difference in treatment is not based on a notion of lesser consideration for them. The correspondence factor invoked by the majority of the Court in the decision under discussion has enabled it to arrive at this somewhat questionable conclusion. In the present comment, the writer attempts to demonstrate that in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* case, this contextual factor originally intended to promote substantive equality as opposed to formal equality, in reality attains less lofty goals. Because it is diverted from its primary purpose, the correspondence factor actually compromises the analytical separation of sections 15(1) and 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by conveying the notion that equality cannot exist independently of legislative objectives and consequently of distinctions perceived as relevant. By taking the correspondence factor as a starting point, the writer seeks to establish that it can and should be reformulated to respect the spirit of section 15(1) of the *Charter*.

**UN FACTEUR CONTEXTUEL SOUS INFLUENCE
OU LES PIÈGES DE LA PERTINENCE :
CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN,
YOUTH AND THE LAW**

par Marianne HARDY-DUSSAULT*

Selon la Cour suprême, l'article 43 du Code criminel, qui permet aux parents et aux instituteurs d'employer une force raisonnable en vue de corriger les enfants dont ils ont la charge, ne porte aucunement atteinte à la dignité de ces derniers. Ces enfants jouissent d'une protection moindre que celle généralement offerte aux adultes, mais on doit néanmoins comprendre que cette différence de traitement révèle en fait une considération égale. Dans la décision en titre, le facteur de correspondance aura suffi pour que la majorité parvienne à cette conclusion contestable. Dans le présent commentaire d'arrêt, l'auteur entend établir que dans Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.), ce facteur contextuel qui, à l'origine, visait à promouvoir l'égalité réelle par opposition à l'égalité formelle, sert de toutes autres fins. Détourné de son objectif premier, le facteur de correspondance compromet la séparation analytique des articles 15(1) et 1 de la Charte canadienne des droits et libertés en véhiculant l'idée que l'égalité ne saurait exister indépendamment des objectifs législatifs et, par conséquent, des distinctions perçues comme étant pertinentes. Prenant comme point de départ l'application du facteur de correspondance dans cette décision controversée, l'auteur entend démontrer que ce facteur peut et doit être reformulé de façon à ce que l'esprit de l'article 15(1) de la Charte soit respecté.

*. Avocate, étudiante à la maîtrise en droit à l'Université McGill. L'auteure remercie la professeure Colleen Sheppard de la Faculté de droit de l'Université McGill ainsi que tous ceux qui lui ont apporté leurs suggestions.

According to the Supreme Court, section 43 of the Criminal Code, which provides that parents and teachers may use reasonable force in correcting a child without facing criminal charges, does not offend the child's dignity. While children may not enjoy the same protection generally afforded adults, it must be understood that this difference in treatment is not based on a notion of lesser consideration for them. The correspondence factor invoked by the majority of the Court in the decision under discussion has enabled it to arrive at this somewhat questionable conclusion. In the present comment, the writer attempts to demonstrate that in Canadian Foundation for Children, Youth and the Law case, this contextual factor originally intended to promote substantive equality as opposed to formal equality, in reality attains less lofty goals. Because it is diverted from its primary purpose, the correspondence factor actually compromises the analytical separation of sections 15(1) and 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by conveying the notion that equality cannot exist independently of legislative objectives and consequently of distinctions perceived as relevant. By taking the correspondence factor as a starting point, the writer seeks to establish that it can and should be reformulated to respect the spirit of section 15(1) of the Charter.

SOMMAIRE

I.	Introduction	331
II.	<i>Canadian Foundation for Children, Youth and the Law</i> : la dignité des uns contre la liberté des autres	332
III.	Le facteur de correspondance et la consécration de l'égalité réelle	336
IV.	Un facteur sous influence ou les pièges de la pertinence	341
V.	En guise de conclusion	351

«[I]f the misery of our poor be caused not by the laws of nature, but by our institutions, great is our sin».
Charles Darwin, Voyage of the Beagle

I. Introduction

En 1999, l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [Law] proposait, sans voix discordante, une démarche qui se voulait exempte de formalisme et résolument axée sur l'objet de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Par le biais de facteurs contextuels, il semblait dès lors possible de cerner adéquatement la notion de dignité humaine, concept qui devait dorénavant guider nos tribunaux dans tout examen impliquant l'article 15(1) de la *Charte*. Cet arrêt a-t-il su tenir ses promesses? S'il est vrai qu'à l'époque, il était permis de croire que la Cour avait enfin uniformisé sa pensée en matière d'égalité, le temps nous aura prouvé le contraire. L'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*² [Canadian Foundation], en tant que manifestation récente du malaise qui perdure au sein de la Cour suprême, offre une occasion particulièrement intéressante de revisiter notre conception de l'égalité et de reconnaître l'importance de la séparation analytique des articles 15(1) et 1 de la *Charte*. Cette décision confirme qu'il est temps pour la Cour suprême de reprendre l'exercice qu'elle avait entamé dans *Andrews c. Law Society of British Columbia* [Andrews], mais qu'elle ne peut prétendre avoir achevé dans *Law*³.

Des quatre facteurs contextuels formulés dans *Law*⁴, le plus prometteur était sans doute celui commandant l'étude de la correspondance entre le motif

-
1. *Law c. Canada (Ministre de L'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [Law]; *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1), 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, art. 15(1) [Charte].
 2. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76 [Canadian Foundation].
 3. *Andrews c. Law society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [Andrews]; *Law*, *supra* note 1.
 4. *Law*, *supra* note 1.

de discrimination allégué et «les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes»⁵. Nous verrons cependant que dans *Canadian Foundation*, ce facteur qui, à l'origine, visait à promouvoir l'égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle, semble servir de toutes autres fins⁶. Le facteur nouvellement formulé, s'il n'est pas appliqué avec suffisamment de circonspection, cause davantage de tort qu'il ne protège ceux qui, à l'instar des jeunes exclus par l'article 43 du *Code criminel*, sont sacrifiés sur l'autel de la raison législative.

Utilisé à mauvais escient, ce facteur permet une analyse davantage intégrée des articles 15(1) et 1 de la *Charte*, fusion en quelque sorte accentuée par un examen trop hâtif, mais surtout un usage inadéquat de l'objectif législatif. Après un bref survol des positions en présence dans *Canadian Foundation*, nous verrons que lorsque le facteur de correspondance est évoqué afin de justifier une distinction ou une classification contestée et non pour établir si cette dernière a un effet discriminatoire, son utilisation paraît immédiatement hérétique. Ce n'est qu'en identifiant les pièges qu'il recèle que ce facteur contextuel pourra véritablement jouer le rôle qui lui avait d'abord été attribué.

II. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* : la dignité des uns contre la liberté des autres

Les châtements corporels infligés aux enfants, voies de fait que certains préfèrent qualifier de corrections à vocation éducationnelle, ne portent aucunement atteinte à la dignité de l'enfant qui, jouissant d'une protection moindre que celle offerte aux adultes, doit néanmoins comprendre que cette différence de traitement révèle en fait une considération égale. Telle est la conclusion contestable à laquelle parvenait la Cour suprême dans la décision en titre. Deux visions se sont affrontées : l'une d'elle véhicule une conception du droit à l'égalité que l'on croyait pourtant révolue, alors que l'autre présente un reflet plus juste des progrès effectués par la société canadienne en matière

5. *Ibid.*, au para. 88.

6. Natasha Kim et Tina Piper, «Gosselin v. Quebec: Back to the Poorhouse...» (2003) 48 R.D. McGill 749 au para. 43 [Kim]; Daniel Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles.» (2003) R. du B. 487 aux pp. 511-512 [Proulx, «Dignité»].

d'égalité. Or, ce n'est pas tant l'avènement d'une nouvelle scission au sein des membres de la Cour suprême qui est à craindre, mais bien le fait que, pour l'heure, la position majoritaire ne soit pas celle à laquelle on pouvait raisonnablement s'attendre.

L'article 43 du *Code criminel* offre aux parents ainsi qu'aux instituteurs un moyen de défense particulier lorsque, accusés de voies de fait sur un mineur, ils entendent soulever l'aspect éducationnel de leur geste :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Dans *Canadian Foundation*, la Cour suprême devait se prononcer sur la validité de cette disposition, contestée par le biais des articles 7, 12 et 15(1) de la *Charte*. Par une majorité de six juges sur neuf, la Cour a conclu que l'article 43 du *Code criminel* ne contrevenait à aucune de ces dispositions⁷. Bien que l'étude liée aux articles 7 et 12 de la *Charte* ne soit pas dépourvue d'intérêt, afin d'alléger le présent exposé, et considérant que seule l'application du facteur de correspondance retiendra notre attention, nous limiterons nos observations aux motifs invoqués par la Cour quant à l'application de l'article 15(1) de la *Charte*⁸. Par ailleurs, puisque que les opinions des juges McLachlin et Binnie mettent plus particulièrement en relief les écueils inhérents à l'application des facteurs

-
7. La majorité, composée des juges McLachlin, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et LeBel, a conclu que l'article 43 C.cr. ne portait pas atteinte aux articles 7, 12 et 15 de la *Charte*. Le juge Binnie, dissident en partie, était d'avis que l'article 43 C.cr., n'est pas contraire aux articles 7 et 12 de la *Charte*. En ce qui concerne l'article 15 de la *Charte*, il souscrit à l'opinion de la juge Deschamps qui estime que l'article 43 C.cr. porte atteinte au droit à l'égalité. Contrairement à la juge Deschamps pour qui l'article 43 C.cr. était entièrement injustifié, le juge Binnie n'aurait invalidé que l'exception visant les instituteurs. La juge Arbour, a conclu que l'article 43 C.cr. était contraire à l'article 7 de la *Charte* et que cette atteinte n'était pas justifiée par l'article premier.
8. D'autres ont d'ailleurs déjà critiqué la démarche adoptée par la Cour au regard de ces articles. Voir par exemple Sanjeev Anand, «Reasonable Chastisement: A Critique of the Supreme Court's Decision in the *Spanking Case*» (2004) 41 Alta. L. Rev. 871; Anne McGillivray, «Child Physical Assault : Law, Equality and Intervention» (2004) 30 Man.L.J. 133.

contextuels formulés dans l'arrêt *Law*, ce n'est que de façon complémentaire que nous ferons référence aux opinions dissidentes des juges Arbour et Deschamps⁹.

La majorité de la Cour, sous la plume de l'honorable juge McLachlin, a conclu que l'article 43 du *Code criminel* ne portait pas atteinte à l'article 15(1) de la *Charte* et ce, après avoir effectué un habile, mais non moins contestable, exercice de «reading in» lors de l'examen requis par l'article 7 de la *Charte*¹⁰. À juste titre, le juge McLachlin a, dans un premier temps, rappelé que «traitement identique» et «considération égale» n'allaient pas nécessairement de pair¹¹. Adoptant le point de vue de la personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant et étant consciente que la loi imposait une différence de traitement fondée sur un motif énuméré à l'article 15(1) de la *Charte*, la juge McLachlin s'est immédiatement attaquée à la troisième étape du test explicité dans l'arrêt *Law*¹². Afin de conclure que le choix du législateur de ne pas criminaliser ces voies de fait n'avait pas pour effet de marginaliser ou de véhiculer l'idée que les enfants étaient moins dignes d'être reconnus en tant qu'êtres humains, la juge McLachlin s'est attachée à l'étude des quatre facteurs contextuels formulés dans l'arrêt *Law* : le désavantage préexistant, le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur, l'objet ou l'effet d'amélioration et la nature du droit touché¹³. Bien que la juge McLachlin ait reconnu que les enfants faisaient partie d'un groupe vulnérable et qu'elle ait qualifié d'important le droit compromis par l'article 43 du *Code criminel*, à savoir le droit à l'intégrité physique, elle a néanmoins retenu, en s'appuyant uniquement sur le second facteur contextuel,

9. *Law*, *supra* note 1.

10. Bien que la présente étude ne concerne pas l'application de cette dernière disposition, il s'avérera utile de garder à l'esprit que l'article 43 C.cr. a été largement reformulé par la juge McLachlin, lui permettant ainsi de conclure que cette disposition n'était pas imprécise au point d'exiger une déclaration d'inconstitutionnalité. D'après la juge McLachlin, l'article 43 C.cr. n'offre aucune défense dans les cas d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles, lorsqu'un objet est utilisé pour infliger une correction, lorsque la victime est âgée de moins de 2 ans ou qu'elle est adolescente, voir *Canadian Foundation*, *supra* note 2 aux para. 37-40.

11. *Ibid.*, aux para. 50-51.

12. *Ibid.*, au para. 53.

13. *Ibid.*, aux para. 62-75.

que la dignité des enfants n'était pas violée par cette disposition¹⁴. L'article 43 du *Code criminel* correspondrait aux besoins des enfants puisqu'il condamne l'emploi d'une force déraisonnable, tout en évitant que le droit criminel n'intervienne pour disloquer les familles ou pour empêcher les parents d'éduquer leur enfant¹⁵.

L'honorable juge Binnie, dissident en partie, a souscrit aux motifs de l'honorable juge Deschamps qui estimait quant à elle que l'article 43 du *Code criminel* était discriminatoire. D'après la juge Deschamps, cette disposition «perpétue l'idée que les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains»¹⁶. Alors que le juge Binnie n'aurait invalidé la disposition contestée qu'à l'égard de la défense offerte aux instituteurs, la juge Deschamps était d'avis qu'aucune des exceptions prévues à l'article 43 du *Code criminel* n'était justifiée. En ce qui concerne le facteur contextuel qui nous intéresse plus particulièrement, les juges Binnie et Deschamps retenaient tous deux que l'article 43 du *Code criminel* ne répondait aucunement aux besoins des enfants. Au contraire, cette disposition contribuerait à accentuer le désavantage préexistant subi par ce groupe vulnérable dont l'accès à la justice serait déjà limité¹⁷. Selon le juge Binnie, ce facteur devait atteindre son objectif initial sans que des considérations relèvant de l'article premier ne soient introduites à cette occasion.

[...] le facteur de la «correspondance» risque de raviver le débat sur la «pertinence» soulevé dans les années 1990, dans le cadre duquel certains membres de la Cour ont soutenu qu'un demandeur invoquant les droits garantis par le par. 15(1) pouvait être débouté s'il était démontré que le motif de la plainte était «pertinent» pour la réalisation d'un objectif législatif légitime.¹⁸

Détourné de son objectif premier, le facteur de correspondance a permis à la majorité de conclure que l'article 43 du *Code criminel* «ne porte pas arbitrairement atteinte à la dignité» des enfants puisque la distinction attaquée

14. Le troisième facteur n'était pas applicable en l'espèce.

15. *Canadian Foundation, supra* note 2 aux para. 58-59.

16. *Ibid.*, au para. 231.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, au para. 98.

serait raisonnable ou pertinente quant à la réalisation des objectifs législatifs qu'elle venait d'identifier¹⁹. Est-ce à dire que l'article 15(1) de la *Charte* comporte une limite intrinsèque et que l'égalité ne saurait exister indépendamment des objectifs législatifs et, par conséquent, des distinctions perçues comme étant pertinentes? Si la protection de l'unité familiale est un objectif légitime à considérer, il doit être envisagé sous l'angle de la justification de l'article premier et non dans le cadre de l'article 15(1) de la *Charte*. Prenant comme point de départ l'application du facteur de correspondance dans cette décision controversée, nous entendons établir que les craintes exprimées par le juge Binnie sont non seulement fondées, mais qu'elles exigent que ce facteur contextuel soit reformulé de façon à ce que l'esprit de l'article 15(1) de la *Charte* soit respecté.

III. Le facteur de correspondance et la consécration de l'égalité réelle

Il y a discrimination lorsqu'une distinction fondée sur les caractéristiques personnelles d'un individu lui impose un fardeau que d'autres n'ont pas à assumer ou le prive d'un avantage auquel d'autres ont droit. Cette définition inspirée de l'arrêt *Andrews* demeure inchangée²⁰. Les quatre facteurs contextuels formulés dans l'arrêt *Law* permettent simplement d'apprécier de façon plus ordonnée la notion de discrimination, mais leur avènement n'a en rien modifié l'essence de l'article 15(1) de la *Charte* qui a pour fonction de veiller à ce que chacun puisse s'épanouir au sein de la société canadienne sans que des distinctions réelles ou perçues ne portent ombrage à sa dignité²¹. Ce qui relève maintenant de l'évidence n'était pas ignoré du temps de l'arrêt *Andrews*. Lorsque la distinction opérée par l'article 43 du *Code criminel* est envisagée d'après la définition formulée par le juge McIntyre, elle paraît immédiatement discriminatoire puisqu'elle a pour effet de priver les jeunes victimes de la protection généralement offerte par le droit criminel²². Le facteur de correspondance aura néanmoins suffi pour que la majorité considère que cette disposition n'était pas discriminatoire.

19. *Ibid.*, au para. 68; voir aussi *Gosselin c. Québec (P. G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 aux para. 38, 56-57 (juge en chef McLachlin).

20. *Andrews*, *supra* note 3.

21. *Ibid.* à la p. 174.

22. *Canadian Foundation*, *supra* note 2 au para. 89.

L'importance d'observer le rapport entre le motif à l'origine de la distinction attaquée et les besoins, les capacités ou la situation du demandeur avait été pressentie par la Cour suprême avant même que le facteur de correspondance ne soit formulé dans *Law*²³. En partie inspiré de la philosophie sous-jacente à l'arrêt *Andrews*, ce facteur semblait uniquement destiné à reconnaître que la véritable égalité devait, en certaines circonstances, être assurée par un traitement distinct²⁴. Les distinctions qui ont pour but de redresser les inégalités, créées par la nature ou engendrées par les préjugés, sont en parfaite harmonie avec l'objet de l'article 15(1) de la *Charte*²⁵. Il est plus aisé de conclure que certaines dispositions sont discriminatoires lorsqu'elles «omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur»²⁶. De la même manière, une disposition qui a pour objet ou pour effet d'améliorer le sort de certains individus ne porte pas atteinte à la dignité de personnes plus favorisées «si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives»²⁷.

Dans *Law*, tout comme dans *Canadian Foundation*, l'âge était le motif de discrimination invoqué²⁸. Dans l'affaire *Law*, le Régime de pension du Canada était contesté puisqu'il avait pour effet de priver de prestation le conjoint survivant qui, apte au travail et sans enfant, était âgé de moins de 35 ans. La Cour suprême, sous la plume de l'honorable juge Iacobucci, a d'abord retenu que le Régime de pension n'était pas destiné à offrir un soutien financier à court terme, mais qu'il devait plutôt assurer aux veufs et aux veuves plus âgés un

23. *Law*, supra note 1 au para. 69; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769 au para. 43 [*Lavoie*]. Dans les arrêts *Law* et *Lavoie*, les décisions suivantes ont été identifiées comme ayant inspiré la formulation du facteur de correspondance : *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 [*Brooks*]; *Weatherall c. Canada (P. G.)*, [1993] 2 R.C.S. 872 [*Weatherall*]; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 [*Eaton*]; *Eldridge c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624 [*Eldridge*].

24. *Andrews*, supra note 3.

25. Voir, par exemple *Lavoie*, supra note 23 au para. 23.

26. *Law*, supra note 1 au para. 70.

27. *Ibid.*, au para. 72.

28. *Ibid.*; *Canadian Foundation*, supra note 2.

revenu suffisant pour qu'ils subviennent à long terme à leurs besoins²⁹. D'un point de vue statistique, les jeunes de moins de 35 ans auraient davantage de facilité que leurs aînés à remplacer le revenu perdu suite au décès de leur conjoint³⁰. Des besoins, des capacités et une situation différentes exigeaient une réponse législative différente pour que les individus qui formaient le groupe de comparaison accèdent à l'égalité réelle en obtenant une forme de sécurité financière que les moins de 35 ans obtiennent plus facilement. Considérant que la distinction fondée sur l'âge n'avait pas pour effet de véhiculer des stéréotypes ou des préjugés à l'égard des personnes âgées de moins de 35 ans, tout comme elle ne supportait pas l'idée que ces dernières étaient moins dignes que leurs aînés, la Cour a refusé d'intervenir pour annuler la disposition contestée. L'objectif législatif n'est donc pas entièrement étranger à l'examen que requiert l'article 15(1) de la *Charte*. Cela dit, à cette étape de l'analyse, le bien-fondé d'un objectif législatif ne saurait autoriser les tribunaux à justifier ce qui est par ailleurs discriminatoire.

Une disposition ne peut être invalidée que si les deux étapes du test élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes* [*Oakes*] sont franchies avec succès³¹. Il revient en premier lieu au demandeur d'établir qu'une disposition porte atteinte à un droit garanti et, lorsqu'il s'est déchargé de ce fardeau, il appartient ensuite au gouvernement de justifier cette dérogation par le biais de l'article premier. Le gouvernement doit d'abord établir que l'objectif législatif est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté et ensuite démontrer que le moyen choisi pour atteindre cet objectif est raisonnable³². La présence d'une clause échappatoire, absente de la *Déclaration canadienne des droits* [*Déclaration canadienne des droits*], exige que le droit garanti par l'article 15(1) de la *Charte* soit défini et limité en conséquence³³. Ainsi, bien que cela ne se fasse pas toujours aisément, il est important de maintenir la séparation

29. *Law*, supra note 1 au para. 100.

30. *Ibid.*, au para. 102.

31. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

32. *Ibid.*, au para. 89; voir aussi *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

33. *Andrews*, supra note 3 à la p. 177; *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III.

analytique des articles 15(1) de la *Charte* et 1 afin que le citoyen n'ait pas à assumer un fardeau de preuve plus lourd que celui qui est déjà le sien³⁴.

Pourtant, dans *Canadian Foundation*, le facteur de correspondance a permis à la majorité d'introduire des considérations qui relèvent de l'article premier de la *Charte* alors que l'examen requis par l'article 15(1) n'était pas encore achevé. Nous avons vu que d'après la majorité, l'article 43 du *Code criminel* répond adéquatement aux besoins des enfants. Ces besoins seraient de deux ordres. D'abord, le législateur et l'exécutif répondraient à leurs besoins en s'assurant qu'ils puissent vivre dans un milieu sûr³⁵. Vraisemblablement, l'article 43 du *Code criminel* ne joue aucun rôle nécessaire en ce domaine si ce n'est qu'il condamne l'emploi d'une force déraisonnable, alors même que d'autres dispositions du *Code criminel* offrent davantage de protection. D'autre part, les enfants ont besoin d'évoluer dans un milieu stable au sein duquel parents et instituteurs s'assurent de leur protection et de leur éducation³⁶. De l'avis de la majorité, l'article 43 du *Code criminel* «donne aux parents et aux instituteurs la capacité d'éduquer raisonnablement l'enfant sans encourir des sanctions pénales»³⁷. L'intervention du droit criminel, dans les cas exclus par le biais de l'article 43 du *Code criminel*, serait alors susceptible de mettre en péril la stabilité des familles³⁸. S'il est vrai que l'article 43 du *Code criminel* ne soustrait au contrôle de la justice que les gestes à vocation éducative impliquant l'emploi d'une force raisonnable et transitoire, qui bénéficie le plus directement des largesses de cette disposition si ce n'est ceux qui évitent une condamnation?

À l'instar de la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, un nombre croissant de canadiens estiment que l'article 43 du *Code criminel* est un anachronisme et que les formes de châtiments corporels qui ont pu être autorisés à une certaine époque sont aujourd'hui inacceptables³⁹. Cela

34. *Andrews, supra* note 3 à la p. 178; voir aussi *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519 au para. 10.

35. *Canadian Foundation, supra* note 2 au para. 58.

36. *Ibid.*, aux para. 58-59.

37. *Ibid.*, au para. 59.

38. *Ibid.*, au para. 59.

39. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Réaction de la commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au jugement de la Cour suprême sur l'article 43 du Code criminel*, Québec, CDPDJ, 2004, en ligne : CDPDJ

étant dit, d'après les experts entendus en première instance, la preuve empirique ne permettrait pas d'établir que les châtiments corporels «décriminalisés» par le biais de l'article 43 du *Code criminel* ont sur les enfants un impact négatif à long terme⁴⁰. Au niveau des experts, il y avait cependant consensus sur le fait qu'une intervention impromptue du droit criminel en de telles circonstances causerait davantage de tort que de bien et entraverait les efforts déployés par les parents pour éduquer leurs enfants⁴¹. Pourtant, comme le mentionnait le juge Binnie, cela n'a que peu à voir avec le fait que les châtiments corporels puissent porter atteinte à la dignité de l'enfant pour qui de tels gestes demeurent humiliants et irrespectueux⁴². Comme le soulignait l'honorable juge Arbour dans son opinion dissidente, à une certaine époque, un large consensus social permettait à un époux d'infliger des châtiments corporels à sa conjointe⁴³. Aurait-on encore idée d'invoquer, en de telles circonstances, le caractère raisonnable et transitoire d'un geste par ailleurs constitutif de voie de fait afin d'éviter que l'intervention du droit criminel ne disloque les familles?

Le facteur de correspondance, tel que l'avait envisagé la Cour dans l'arrêt *Law*, aurait exigé que la majorité s'interroge sur l'utilité ou l'efficacité des châtiments corporels. Il aurait été possible de conclure que l'article 43 du *Code criminel* correspond aux besoins des enfants si la preuve avait révélé que l'emploi d'une force raisonnable était nécessaire, ou à tout le moins utile, d'un point de vue disciplinaire ou éducationnel. Or, après avoir entendu de nombreux témoins experts, le juge de première instance a précisé qu'aucun d'entre eux n'avait prétendu que les châtiments corporels étaient nécessaires pour atteindre de telles fins. Quoique l'usage d'une force raisonnable puisse être utile pour gérer à court terme les situations de crise, d'autres mesures punitives seraient tout aussi efficaces⁴⁴. Partant de ce principe, l'honorable juge Deschamps

<http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/correction_enfant_reaction.pdf>.

40. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (A. G.)*, [2000] O.J. No. 2535 au para. 20 [*Canadian Foundation, CS*].

41. *Ibid.*, au para. 17.

42. *Canadian Foundation, supra* note 2 au para. 107. Le juge Binnie faisait alors référence à un rapport déposé par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, intervenante au dossier.

43. *Ibid.*, au para. 172.

44. *Canadian Foundation, CS, supra* note 40 au para. 17.

retenait que l'on ne pouvait «soutenir sérieusement que les enfants ont besoin de châtements corporels pour croître et apprendre»⁴⁵.

Appliqué par la majorité, le facteur de correspondance ne semble offrir qu'une occasion de faire varier le résultat selon l'objectif législatif invoqué en donnant préséance à la réalisation d'un but perçu comme étant socialement valide et ce, au détriment même de la réalisation de l'objet de la garantie de l'article 15(1) de la *Charte*. L'approche préconisée par la majorité exige en réalité du demandeur qu'il établisse que le motif à l'origine de la distinction ou de la classification opérée par la disposition est non pertinent par rapport à l'objectif législatif. Vraisemblablement, tel n'était pas le but initial que devait atteindre le facteur de correspondance.

IV. Un facteur sous influence ou les pièges de la pertinence

La mise en œuvre contemporaine du facteur de correspondance engendre des périls qui appartiennent à une autre époque. Ces difficultés sont de deux ordres et participent à la fusion des articles 15(1) et 1 de la *Charte*. L'honorable juge Binnie a identifié la première en faisant mention du débat engagé lors de la trilogie de 1995⁴⁶. Pour des considérations similaires, la hantise que provoque un retour subtil à la doctrine de la situation analogue est à l'origine de notre seconde préoccupation. Dans un cas comme dans l'autre, le demandeur se voit dans l'obligation d'établir que le motif de distinction à l'origine de sa plainte est non pertinent aux fins de la réalisation de l'objectif législatif déclaré par l'État.

En 1995, dans les arrêts *Miron c. Trudel* [*Miron*], *Egan c. Canada* (*P. G.*) [*Egan*] et *Thibaudeau c. Canada* (*P. G.*), la Cour, divisée en plusieurs factions, témoignait de la faiblesse des lignes directrices établies dans l'arrêt

45. *Canadian Foudation, supra* note 2 au para. 230.

46. *Ibid.*, au para. 98. Il s'agit d'un lien que certains auteurs avaient auparavant effectué, voir à cet effet Jennifer Koshan, «Alberta (Dis)Advantage : The Protection of Children Involved in Prostitution Act and the Equality Rights of Young Women» (2003) 2 J.L & Equality 210 à la p. 244 [Koshan]; Beverley Baines, «Formatting equality» (2000) 11 Constitutional Forum 65 à la p. 77 [Baines].

*Andrews*⁴⁷. Le groupe formé des juges McLachlin, Sopinka, Cory et Iacobucci a essentiellement défendu le test développé dans l'arrêt *Andrews* alors que les juges Gonthier, Lamer, Laforest et Major adoptaient le test en trois étapes qu'avait élaboré le juge Gonthier dans l'arrêt *Miron*⁴⁸. Ce dernier test exigeait du demandeur qu'il établisse que la loi faisait une distinction, que cette distinction lui imposait un fardeau supplémentaire ou lui retirait un avantage et que la distinction contestée était fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente, représentant l'un des motifs énumérés ou analogues de l'article 15(1) de la *Charte*⁴⁹.

Les juges McLachlin, Sopinka, Cory et Iacobucci n'ont pas entièrement exclu la possibilité d'évaluer la pertinence du motif sur lequel est fondée une différence de traitement puisque, en certains cas limités, cette évaluation peut indiquer que la distinction attaquée repose sur des stéréotypes ou des préjugés. À cette occasion, le juge McLachlin a toutefois ajouté que l'effet de la distinction, étudié «dans le contexte social et économique de la loi»⁵⁰, était l'ultime indicateur de la présence d'une disposition discriminatoire. De la même manière, le facteur de correspondance reflète ces préoccupations puisqu'une

47. *Andrews, supra* note 3; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 [*Miron*]; *Egan c. Canada (P. G.)*, [1995] 2 R.C.S. 513 [*Egan*]; *Thibaudeau c. Canada (P. G.)*, [1995] 2 R.C.S. 627 [*Thibaudeau*]. Dans l'affaire *Miron*, la définition du terme conjoint de la police-type d'assurance automobile de l'Ontario était contestée pour le motif qu'elle excluait les conjoints de fait. La majorité de la Cour a conclu qu'il y avait atteinte à l'article 15(1) et que celle-ci n'était pas justifiée. Dans *Egan*, la définition du terme conjoint était aussi remise en question puisque la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O-9, ne visait que les unions hétérosexuelles. Les juges majoritaires ont conclu qu'il y avait violation de l'article 15(1) de la *Charte*, mais que celle-ci était justifiée. Enfin, dans l'affaire *Thibaudeau*, la majorité des membres de la Cour a conclu que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^e supp.) c. 1, n'était pas discriminatoire bien qu'aux termes de celle-ci, les parents gardiens, la plupart du temps des femmes, devaient assumer un fardeau fiscal supplémentaire en déclarant, dans leur déclaration d'impôt, les sommes reçues à titre de pension alimentaire pour enfants.

48. Comme l'a souligné un auteur, les juges faisant partie de cette formation n'ont pas adopté une position totalement uniforme, voir Craig D. Bavis, «*Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H. : The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality*» (1999) 37 *Alta. L. Rev.* 683 au para. 37 [Bavis].

49. *Miron, supra* note 47 au para. 13.

50. *Ibid.*, au para. 133.

distinction ne pourra pas correspondre à la situation d'un demandeur si elle repose sur une perception erronée ou stéréotypée des personnes visées⁵¹.

Si la Cour suprême peut aisément sanctionner les distinctions fondées sur des préjugés ou des stéréotypes, il en est tout autrement en ce qui concerne les distinctions illicites fondées sur des caractéristiques personnelles bien réelles⁵². Nous avons vu que dans ce cas, un traitement différent peut être indiqué tant qu'il correspond aux besoins, aux capacités ou à la situation du demandeur. Or, d'après le critère de la pertinence, ce n'est pas la situation du demandeur qui est envisagée en tant qu'indicateur de l'égalité réelle, mais bien l'objectif législatif. Lorsque l'objectif législatif n'est pas en lui-même discriminatoire, le caractère logique de la distinction et le lien qu'elle entretient avec cet objectif permet de conclure que la disposition contestée ne porte pas atteinte à l'article 15(1) de la *Charte*⁵³.

Se pose dès lors la question du degré de pertinence requis, tant par la troisième étape de l'analyse proposée par le juge Gonthier que par le facteur de correspondance tel qu'appliqué par la majorité dans *Canadian Foundation*⁵⁴. Comme l'a déjà constaté la juge L'Heureux-Dubé, il s'agit d'un exercice de pondération qui doit s'effectuer à la lumière du critère de la proportionnalité de l'article premier de la *Charte*⁵⁵. En examinant si la distinction a un lien rationnel

51. D'aucuns pourraient prétendre que ce raisonnement est tautologique puisque si un motif de distinction correspond aux besoins ou à la situation du demandeur, la conclusion selon laquelle cette distinction ne repose pas sur des préjugés ou des stéréotypes s'impose d'emblée.

52. Voir par exemple *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906. Dans cet arrêt, qui fut l'un des précurseurs de la trilogie, la Cour a conclu que l'article 146(1) C.cr. n'était pas discriminatoire alors qu'il prévoyait que toute personne de sexe masculin était coupable d'un acte criminel s'il avait des rapports sexuels, impliquant pénétration, avec une jeune fille de moins de 14 ans. En s'attachant aux réalités biologiques plutôt qu'aux effets de la distinction, la Cour a privé les jeunes hommes de la protection offerte par le droit criminel contre des gestes à caractère sexuel qui peuvent être commis tant par un homme que par une femme. À la p. 930, l'honorable juge Wilson se disait d'avis que le législateur devait pouvoir décider si une femme qui a des rapports sexuels avec un garçon âgé de moins de quatorze ans «mérite la même désapprobation sociale qu'un homme qui a des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans».

53. *Miron*, *supra* note 47 au para. 15.

54. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

55. *Egan*, *supra* note 47 au para. 44.

avec l'objectif législatif, si la loi porte le moins possible atteinte au droit en cause et s'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les bénéfices escomptés, le gouvernement peut démontrer que le motif de distinction est pertinent, «dans une mesure proportionnelle quant à l'objectif de la loi»⁵⁶. Lorsque l'on exige du demandeur qu'il établisse que le motif de distinction n'est pas suffisamment pertinent au regard de l'objectif législatif, celui-ci doit alors se prononcer sur le caractère rationnel du lien qu'entretient l'objectif législatif avec le moyen adopté pour l'atteindre⁵⁷. En d'autres termes, le demandeur doit se prononcer sur le caractère raisonnable de la classification opérée par la loi. Il ne s'agit en fait que d'une nouvelle variante de la doctrine de la situation analogue, modèle d'analyse que la Cour suprême avait pourtant refusé d'adopter⁵⁸.

Dans l'arrêt *Andrews*, la Cour a été confrontée à trois modèles d'interaction des articles 15(1) et 1 de la *Charte*⁵⁹. La conception du professeur Hogg voulait que toute distinction soit considérée discriminatoire⁶⁰. Le second modèle, proposé en Cour d'appel par la juge McLachlin, autorisait l'examen du caractère raisonnable et juste de la loi. Rejetant du même coup l'approche adoptée sous la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour a jeté son dévolu sur la méthode des motifs énumérés ou analogues du juge Hugessen⁶¹. Alors que la conception de Hogg avait pour effet de banaliser l'objectif poursuivi par l'article 15(1) de la *Charte*, celle que préconisait la juge McLachlin, inspirée de la doctrine de la situation analogue, impliquait que la majeure partie de l'examen soit effectuée sous l'article 15(1)⁶².

Le critère de la situation analogue n'est en fait qu'une reformulation du principe aristotélien de l'égalité formelle⁶³. D'après cette conception, les individus se trouvant dans une situation similaire doivent être traités de la même

56. *Ibid.*, aux para. 73-75; *Oakes*, *supra* note 31.

57. Koshan, *supra* note 46 à la p. 245.

58. Baines, *supra* note 46 à la p. 71.

59. *Andrews*, *supra* note 3 aux pp. 178-181.

60. Peter Hogg, *Constitutional law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2004 à la p. 1092 [Hogg].

61. *Andrews*, *supra* note 3 à la p. 182.

62. *Andrews*, *supra* note 3 aux pp. 181-182.

63. *Ibid.* aux pp. 166, 168-169.

manière alors qu'à l'inverse, ceux qui ne sont pas dans une situation similaire peuvent recevoir un traitement différent en fonction de ce qui les distingue⁶⁴. Appliquée de façon stricte, cette méthode évacue de l'examen toute considération de la nature de la loi⁶⁵. Une loi immorale serait donc parfaitement licite en autant qu'elle traite de façon aussi amoral tous ceux qui possèdent les caractéristiques personnelles visées par le législateur. Il va sans dire que cette approche fut impérieusement rejetée par la Cour⁶⁶.

Cela dit, la doctrine de la situation analogue a subi quelques changements depuis sa formulation initiale pour s'éloigner quelque peu de la conception aristotélicienne de l'égalité tout en se rapprochant du critère de la pertinence⁶⁷. La doctrine moderne de la situation analogue ou de la classification raisonnable, développée aux États-Unis, autorise l'examen de l'objectif de la loi ou de la disposition contestée et, par le fait même, de la classification opérée⁶⁸. Dans leur célèbre article, les auteurs Tussman et TenBroek ont décrit ce modèle en faisant part de cette évolution :

64. Hogg, *supra* note 60 à la p. 1088.

65. *Andrews, supra* note 3 à la p. 166 : «Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. Le critère de la situation analogue aurait justifié le principe formaliste du "séparé mais équivalent"».

66. *Ibid.* à la p. 168.

67. Bavis, *supra* note 48 au para. 42; Dale Gibson, *The law of the Charter: Equality rights*, Calgary, Carswell, 1990 à la p. 73 [Gibson]; Pierre Blache, «Les difficiles rapports du paragraphe 15(1) et de l'article 1 de la *Charte canadienne*», dans *Les mélanges Gérard-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 8-9 [Blache, «Rapport»]; L'honorable Kenneth H. Fogarty, *Equality rights and their limitations in the Charter*, Toronto, Carswell, 1987 aux pp. 2-3.

68. Hogg, *supra* note 60 aux pp. 1088-1090. Le professeur Hogg distingue deux formes d'évolution de la conception aristotélicienne de l'égalité : la situation analogue et la doctrine de la classification raisonnable alors que certains auteurs assimilent ces deux notions. D'après le professeur Hogg, selon la doctrine de la situation analogue, une distinction est considérée discriminatoire lorsqu'un individu reçoit un traitement moins avantageux que celui offert à ceux qui se trouvent dans une situation similaire. La doctrine de la classification raisonnable, moins primaire, permet l'examen de l'objectif législatif. Cette dernière représente la forme la plus achevée du test de la situation analogue; voir aussi Bavis, *supra* note 48 au para. 44; David Lepofsky et Hart Schwartz, «An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee : *R. v. Hertel*» (1988) 67 R. du B. can. 115 aux pp. 120-121.

The essence of that doctrine can be stated with deceptive simplicity. The constitution does not require that things different in fact be treated in law as though they were the same. But it does require, in its concern for equality, that those who are similarly situated be similarly treated. The measure of the reasonableness of a classification is the degree of its success in treating similarly those similarly situation [...]
A reasonable classification is one which includes all persons who are similarly situated with respect to the purpose of the law.⁶⁹

Contrairement au facteur de correspondance développé dans *Law* qui, par le biais d'un traitement distinct, permet à certains d'accéder à l'égalité réelle, la doctrine moderne de la situation analogue et le critère de la pertinence ne s'intéressent qu'aux stéréotypes; les distinctions fondées sur les mérites ou les capacités sont plus facilement autorisées puisque justifiées par la réalité⁷⁰. Le facteur de correspondance, tel qu'appliqué dans *Canadian Foundation*, entraîne des préoccupations similaires⁷¹. Qualifiées de non discriminatoires puisque justifiées par la réalité des caractéristiques sur lesquelles elles sont fondées ainsi que par la poursuite d'un objectif législatif louable, certaines distinctions ne seront jamais soumises au test que requiert l'article premier. Qui plus est, l'intrusion de l'objectif législatif autorise en quelque sorte les atteintes non intentionnelles au droit à l'égalité alors que de bonnes intentions ne sauraient justifier un traitement qui, selon l'article 15(1) de la *Charte*, serait par ailleurs discriminatoire⁷².

Il convient d'autre part de s'attacher au message que transmet la Cour lorsqu'elle impose des limites qu'elle suppose être inhérentes à l'article 15(1) de la *Charte*. À cet égard, l'exemple de l'arrêt *Egan* est éloquent⁷³. Dans cette affaire, la majorité de la Cour avait estimé que la *Loi sur la sécurité de la*

69. Joseph Tussman et Jacobus Tenbroek, «The equal protection of the laws» (1949) 37 Cal. L. Rev. 341 aux pp. 344, 346.

70. Gibson, *supra* note 67; voir par exemple *Hess*, *supra* note 52.

71. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

72. Kim, *supra* note 6 au para. 45; voir aussi *Gosselin*, *supra* 19 au para. 113, où les juges minoritaires mettent en garde leurs collègues contre un examen trop hâtif de l'objectif législatif qui ignorerait les effets préjudiciables causés par la distinction.

73. *Egan*, *supra* note 47.

*vieillesse*⁷⁴ était discriminatoire puisqu'elle excluait les conjoints de fait homosexuels. Quoique la majorité ait fait preuve de déférence à l'égard du législateur en considérant que cette violation était justifiée, le résultat de l'analyse requise par l'article 15(1) est significatif. Pour les juges Cory et Iacobucci, cette distinction n'était aucunement fondée sur les besoins des personnes exclues et elle avait pour effet de perpétuer le stéréotype selon lequel les couples homosexuels ne pouvaient former une union à long terme caractérisée par une interdépendance financière⁷⁵. Le juge Cory a d'ailleurs précisé qu'à l'instar des conjoints de fait hétérosexuels, les conjoints homosexuels devraient pouvoir choisir d'être publiquement reconnus afin d'être couverts par le régime, d'autant plus que l'on sait pertinemment que «[l]a reconnaissance et l'acceptation publiques des homosexuels en tant que couple peut se révéler d'une extrême importance pour eux et pour la société dans laquelle ils vivent»⁷⁶.

Le message transmis par les juges Lamer, LaForest, Gonthier et Major était quant à lui fort différent. D'après cette formation, les couples exclus ne souffraient d'aucune discrimination puisqu'ils ne pouvaient tout simplement pas satisfaire aux objectifs sociaux que cherchait à promouvoir le législateur. Non sans ambiguïté, le juge LaForest a indiqué que le mariage était par nature hétérosexuel et que, considérant que cette institution était d'une importance considérable pour la stabilité et le bien être des familles, le législateur pouvait choisir de lui offrir son soutien exclusif⁷⁷. Par contre, s'agissant toujours de «promouvoir une politique d'intérêt public primordiale pour la société»⁷⁸, les conjoints de fait hétérosexuels mériteraient une attention identique de la part du gouvernement puisque, tout comme au sein de l'institution maritale, ils peuvent vivre ensemble indéfiniment, élever des enfants et être financièrement interdépendants. La distinction entre conjoints de fait hétérosexuels et conjoints de fait homosexuels ne serait pas arbitraire puisqu'elle serait «fondée sur une

74. *Supra* note 47.

75. *Ibid.*, au para. 180; voir aussi *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 aux para. 58-60, 70.

76. *Egan*, *supra* note 47 au para. 160.

77. *Ibid.*, au para. 21; contra *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698. Dans le *Renvoi*, l'arrêt *Egan* n'est pas mentionné.

78. *Egan*, *supra* note 47 au para. 20.

relation sociale, une unité sociale fondamentale pour la société»⁷⁹. À la lueur de ces motifs, peut-on prétendre que les conjoints homosexuels étaient néanmoins considérés comme étant dignes d'être reconnus en tant que membres de la société canadienne? De la même manière, si la sauvegarde de l'unité familiale est un objectif légitime qui pouvait permettre au juge Binnie de conclure que l'article 43 du *Code criminel* était justifié, le fait qu'il ait relégué cette considération à l'examen que requiert l'article premier a eu pour effet de transmettre le message que, dans notre société, les enfants ne sont pas considérés comme des «citoyens de deuxième classe»⁸⁰.

Sur le plan théorique, la doctrine de la situation analogue et la troisième étape du test adopté par les juges Gonthier, Lamer, LaForest et Major comportent certaines difficultés qui ne sont pas étrangères à celles rencontrées lors de l'application du facteur de correspondance. Ces approches permettent essentiellement d'ignorer le fait qu'une distinction, quoique pertinente, puisse avoir un effet discriminatoire⁸¹. La juge L'Heureux-Dubé, qui faisait bande à part dans la trilogie, a d'ailleurs vertement critiqué cette position. Ce faisant, elle a reconnu qu'un objectif législatif pouvait être en lui-même discriminatoire et que, même valide, cet objectif pouvait engendrer des effets discriminatoires⁸². Dans l'arrêt *Law*, sans avoir fait mention de la trilogie, la Cour suprême a d'ailleurs rejeté en partie l'approche des juges Gonthier, Lamer, LaForest et Major :

L'accent doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la mesure a pour effet de violer la dignité humaine. Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1).⁸³

79. *Ibid.*, au para. 27.

80. *Ibid.*, au para. 109; voir aussi *R. c. Ogg-Moss*, [1984] 2 R.C.S. 173 à la p. 187.

81. Voir Koshan, *supra* note 46 aux pp. 244-245.

82. *Egan*, *supra* note 47 à la p. 43.

83. *Law*, *supra* note 1 au para. 70.

Dans *Canadian Foundation*, la majorité de la Cour n'a-t-elle pas, contrairement à cet énoncé de principe, donné préséance à la réalisation d'un but perçu comme étant socialement valide et ce, au détriment de la réalisation de l'objet de la garantie de l'article 15(1) de la *Charte*? Dans l'arrêt *Egan*, la protection de l'unité maritale a permis aux juges Gonthier et Lamer de conclure que la disposition attaquée ne portait pas atteinte à la dignité du demandeur. De la même manière, la protection de l'unité familiale dans *Canadian Foundation* a permis à la majorité de conclure que les enfants, pourtant privés de la protection généralement offerte par le droit criminel, ne souffraient d'aucune discrimination.

Par ailleurs, le critère de la pertinence et la doctrine de la situation analogue entraînent la Cour dans un raisonnement tautologique. Comme la juge McLachlin l'a elle-même souligné dans *Miron* : «[u]ne fois définies les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi par rapport au motif de discrimination allégué, il s'ensuit nécessairement que le fondement de la distinction est pertinent relativement à l'objet de la loi»⁸⁴. Selon la doctrine de la situation analogue, le caractère raisonnable d'une classification se mesure d'après l'objectif de la loi⁸⁵. Or, il est relativement aisé de manipuler l'objectif législatif de façon à ce que soit considéré raisonnable le fait qu'un groupe soit exclu ou visé, selon le cas, en raison de caractéristiques communes :

84. *Miron*, supra note 47 au para. 134 (juge McLachlin); Blache, «Rapport», supra note 67 à la p. 14. Selon le professeur Blache, le critère de la pertinence ne serait pas circulaire puisque, contrairement à leurs collègues, les juges Gonthier, Lamer, LaForest et Major ne faisaient pas référence au rapport entre l'objectif législatif et les caractéristiques personnelles invoquées, mais bien au rapport entre ces caractéristiques et les valeurs sous-jacentes à la loi contestée. Ces valeurs sous-jacentes, contrairement à l'objectif législatif, pourraient être identifiées sans que le gouvernement n'intervienne *a posteriori* pour justifier son action puisqu'elles «paraissent bien transcender l'activité législative au sens d'en être indépendantes». À notre humble avis, le raisonnement demeure circulaire puisqu'en pratique, il s'avère difficile de concevoir que les valeurs sous-jacentes d'une loi puissent être identifiées indépendamment de la volonté législative; voir aussi Baines, supra note 46 à la p. 71.

85. Voir Colleen Sheppard, «The «I» in the «It»: Reflections on a Feminist Approach to Constitutional Theory» dans *Feminist Legal Theory*, Toronto, Edmond Montgomery publications, 1991, 81 à la p. 85.

It is always possible to define the legislative purpose of a statute in such a way that the statutory classification is rationally related to it. [...] A statute's classifications will be rationally related to such a purpose because the reach of the purpose has been derived from the classifications themselves. Legislative purpose so defined is nearly tautological but it is also the purpose suggested by the plain terms of a statute.⁸⁶

Dans *Canadian Foundation*, la majorité de la Cour n'a-t-elle pas erré en retenant que l'objet de l'article 43 du *Code criminel* ou de ses «valeurs sous-jacentes» était de protéger les jeunes victimes en condamnant l'emploi d'une force déraisonnable, tout en évitant que ne soit compromise l'unité familiale⁸⁷? Il est à tout le moins surprenant de constater qu'un moyen de défense soulevé à l'encontre d'une accusation de voies de fait puisse être considéré comme présentant un réel bénéfice pour les victimes⁸⁸.

Bien qu'aux termes de l'arrêt *Canadian Foundation*, la majorité n'ait pas adopté l'approche des juges Lamer, LaForest, Gonthier et Major, elle semble avoir donné son aval à la troisième étape du test que ces derniers ont proposé. Si l'on devait admettre pareille conception par le biais du facteur de correspondance, il faudrait alors reconnaître que, malgré son libellé, l'article 15(1) de la *Charte* comporte une limite intrinsèque et que, par conséquent, certaines distinctions, bien que préjudiciables, sont néanmoins «justifiées en elles-mêmes»⁸⁹. Le rôle de la clause justificative de la *Charte* serait alors difficile à cerner. En pratique, il serait impossible de conclure qu'une atteinte justifiée sous l'article 15(1) ne le soit pas selon le test de *Oakes*⁹⁰. Pour l'heure, l'incertitude règne quant à savoir si l'article 15(1) de la *Charte* doit tolérer «en

86. Robert F. Nagel, «Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection», (1972) 82 Yale L.J. 123 à la p. 128.

87. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

88. *Ibid.* au para. 231 (juge Deschamps).

89. Daniel Proulx, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?» (2001) R. du B. 185 à la p. 201 [Proulx, «*Law*»]; voir aussi Koshan, *supra* note 46 aux pp. 244-245; Baines, *supra* note 46 à la p. 77.

90. *Oakes*, *supra* note 31; Baines, *supra* note 46 à la p. 71.

lui-même les distinctions de traitement justifiées par les différences de situation des uns et des autres»⁹¹.

V. En guise de conclusion

L'objectif législatif ne devrait avoir qu'un rôle mineur à jouer sous l'article 15(1) de la *Charte*. Qu'il s'agisse du facteur de correspondance ou du facteur qui autorise l'examen de l'objet ou de l'effet d'amélioration que la loi cherche à consentir à un groupe plus défavorisé, les mêmes mises en garde s'imposent⁹². Considérant qu'une «justification mise de l'avant dans le cadre de l'article 15 ne peut être qu'*interne au droit à l'égalité*, c'est-à-dire qu'elle doit être intimement liée à l'objet égalitaire que poursuit cette garantie»⁹³, toute question faisant appel à l'évaluation de l'objectif législatif devrait être reléguée à l'article premier.

À l'instar du professeur Blache, il nous apparaît que deux pertinences peuvent et doivent être distinguées, la pertinence externe et la pertinence interne. La pertinence externe réfère aux liens entretenus par le motif de distinction contesté et la réalité de la situation. Elle exclut toute référence à l'objectif de la loi ou à ses valeurs sous-jacentes. Pour sa part, la pertinence interne renvoie précisément aux liens plus ou moins étroits qu'entretiennent le motif à l'origine de la distinction et l'objectif législatif⁹⁴.

De façon similaire, le professeur Proulx suggère que le facteur de correspondance ne peut intervenir que pour redresser les inégalités créées par la nature ou perpétuées par l'homme :

91. Proulx, «*Law*», *supra* note 89 à la p. 203.

92. Certains estiment que l'examen que requiert ce dernier facteur devrait s'effectuer sous l'article premier, voir par exemple Donna Greschner, «Does Law advance the cause of equality» (2001) 27 *Queen's L.J.* 299 au para. 21 [Greschner].

93. Proulx, «*Law*», *supra* note 89 à la p. 257.

94. Pierre Blache, «Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 10 de la *Charte des droits et liberté de la personne*: convergences et divergences» (2003) R. du B. 153 aux pp. 192-193.

Bien compris, ce facteur ne peut alors jouer que dans le contexte où la problématique du nécessaire accommodement se pose pour éviter l'exclusion ou la marginalisation des personnes faisant partie de groupes défavorisés en raison d'une caractéristique personnelle énumérée ou analogue. Par conséquent, lorsque le gouvernement prétend qu'une loi n'est pas discriminatoire, seules les considérations de nature égalitaire liées à l'objet de l'article 15(1) peuvent être invoquées, à savoir : d'une part, que la différence de traitement contestée est requise pour éviter l'exclusion, la marginalisation ou un effet préjudiciable envers le demandeur ou un autre groupe et, d'autre part, qu'elle correspond aux besoins des personnes visées.⁹⁵

Cette interprétation a été entérinée dans l'arrêt *Lavoie c. Canada* et a permis à la Cour de conclure que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*⁹⁶ était discriminatoire puisqu'elle offrait aux citoyens un traitement préférentiel auquel les non citoyens n'avaient pas accès. Bien que la Cour d'appel ait conclu que, compte tenu de l'objectif législatif, le motif de distinction était pertinent, la majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache, était d'avis que cette analyse ne bénéficiait d'aucun appui jurisprudentiel et qu'elle allait au-delà de ce que le facteur de correspondance exige⁹⁷.

Saisissant cette occasion, le juge Bastarache a souligné que, traditionnellement, le facteur de correspondance devait permettre à certains groupes d'accéder à l'égalité réelle par le biais d'un traitement différent. Pour illustrer son propos, celui-ci a fait brièvement référence aux affaires *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, *Eldridge c. Colombie-Britannique (P. G.)*, *Weatherall c. Canada (P. G.)* et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.* Ces décisions qui ont inspiré le juge Iacobucci lors de la formulation du facteur de correspondance⁹⁸. Alors que dans les trois premiers arrêts, les caractéristiques

95. Proulx, «*Law*», *supra* note 89 à la p. 256.

96. L.R.C. 1985, c. P-33.

97. *Lavoie*, *supra* note 23 aux para. 42-43.

98. *Ibid.*; *Law*, *supra* note 1; *Brooks*, *Weatherall*, *Eaton*, *Eldridge*, *supra* note 23; Dans *Brooks*, un régime collectif d'assurance invalidité était contesté puisqu'il excluait en partie de la couverture offerte les réclamations des employées qui, enceintes, devaient s'absenter de leur travail et ce, que leur absence soit ou non liée à leur grossesse. Pour conclure que le régime d'assurance était discriminatoire, la Cour a simplement reconnu qu'il était injuste que seules les femmes subissent les conséquences, notamment économiques, liées à la grossesse. Dans

personnelles des demandeurs exigeaient du gouvernement qu'il établisse une distinction, dans le dernier cas, un traitement identique était approprié afin que les plaignants accèdent à l'égalité réelle. Considérant que la question ne se posait pas en ces termes dans *Canadian Foundation*, le facteur de correspondance n'aurait pas dû faire varier le résultat de l'examen requis par l'article 15(1) de la *Charte* et ce, d'autant plus que les autres facteurs contextuels indiquaient que la distinction opérée par l'article 43 du *Code criminel* était discriminatoire⁹⁹.

Évaluer et reconstruire continuellement les notions d'égalité et de dignité s'avèrent une lourde tâche. L'arrêt *Canadian Foundation* nous aura à tout le moins permis de démontrer que la pertinence externe avancée lors de la trilogie pourrait bien être à l'origine d'une nouvelle scission au sein des rangs de la Cour suprême¹⁰⁰. Il faut s'attendre à entrer prochainement dans une nouvelle ère en matière d'égalité, laquelle nous permettra, souhaitons-le, d'éviter que la notion de dignité humaine, concept tout aussi malléable que l'objectif législatif, n'impose de nouvelles limites au droit à l'égalité¹⁰¹.

Il conviendrait ultérieurement de s'interroger sur les raisons profondes qui poussent la Cour à restreindre la portée de l'article 15(1). Contrairement aux articles 8 ou 11b) de la *Charte*, l'article 15 ne comporte apparemment pas de limite intrinsèque. En ce sens, il n'est pas aisé de comprendre pourquoi la Cour,

Weatherall, l'objectif de la mesure contestée a cependant été considéré sous l'article 15(1) de la *Charte*. La Cour a conclu, de façon laconique, que n'était pas discriminatoire la pratique voulant que les hommes incarcérés puissent être fouillés par des gardiens de prison de sexe féminin, mais que seules des gardiennes de prison puissent fouiller des détenues de sexe féminin. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, une fouille exécutée par une femme sur un détenu de sexe masculin ne soulevait pas les mêmes préoccupations qu'une fouille exécutée par un homme sur une détenue. La Cour ne s'est cependant jamais véritablement demandé si cette différence de traitement portait préjudice aux hommes. Dans *Eldridge*, la Cour a conclu que le refus du gouvernement de financer des services d'interprétation gestuelle dans les établissements de soins de santé était discriminatoire alors que dans l'affaire *Eaton*, la Cour a conclu que le transfert d'une enfant lourdement handicapée dans une classe spécialisée n'était pas discriminatoire.

99. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

100. *Ibid.*

101. Greschner, *supra* note 92 au para. 25; Proulx, «Dignité», *supra* note 6 aux pp. 493-494.

notamment par le biais d'un usage inopportun de la pertinence externe, souhaite imposer de telles limites au droit à l'égalité. La réponse se trouve peut-être dans le caractère spécifique de l'activité législative, laquelle consiste principalement à établir des distinctions¹⁰². Force nous est d'admettre que concilier l'importance que revêt le maintien de la séparation des pouvoirs et le respect de la valeur fondamentale enchâssée à l'article 15(1) de la *Charte* n'est pas une mince affaire. Les tribunaux sont familiers avec les implications de la justice corrective, mais il en va autrement lorsque leur rôle consiste à remettre en question la distribution des bénéfices ou, selon le cas, des fardeaux imposés à certains groupes par le Parlement¹⁰³.

102. *Andrews*, *supra* note 3 à la p. 194 (juge LaForest).

103. Sheilah Martin, «Balancing individual rights to equality and social goals» (2001) 80 R. du B. can. 299 aux pp. 301-302: «[e]quality claims almost inevitably lead to discussions about judicial deference to legislative choices: equality seekers fear that courts have numerous ways to defer to the legislature, while others argue the courts have endless opportunities to override the will of the people and second guess the actions of elected officials.»