UNE CONCEPTION ÉVOLUTIVE DE L'IDENTITÉ : RÉFLEXIONS SUR L'HÉRITAGE LAISSÉ PAR 35 ANS DE JURISPRUDENCE SUR LA *CHARTE*

L'honorable juge Richard Wagner
Cour Suprême du Canada

FONDATION LAFONTAINE-CORMIER

MONTRÉAL, QUÉBEC
23 octobre 2017

Madame la juge en chef du Québec et monsieur le Sénateur,

Chers amis de la Fondation :

[1] Mes remerciements bien particuliers à vous tous dans la salle qui par votre présence et surtout votre contribution financière, avez appuyé une œuvre importante pour la valorisation et la protection de notre héritage patrimonial et judiciaire.

[2] Je n'ai pas hésité longtemps avant d'accepter l'invitation du Sénateur Joyal, et ce pour plusieurs raisons. La première relève de mon côté nostalgique. En effet comme certains le savent déjà, j'ai mis pour la première fois les pieds dans cet édifice à l'âge de 7 ans alors que mon père m'y amenait pour la première fois. J'y suis revenu lors de ma nomination à la Cour d'appel en 2010 et c'est toujours avec un brin de nostalgie que j'y reviens depuis. Mais il existe une raison plus fondamentale : c'est la possibilité de contribuer même humblement à la volonté de protéger et de valoriser notre patrimoine et notre héritage judiciaire et culturel.

[3] Vous avez sûrement remarqué que l'architecture de l'édifice dans lequel on se trouve est de facture néoclassique. En adoptant des éléments architecturaux de l'Antiquité, Ernest Cormier a donné une certaine étendue temporelle à la vocation judiciaire de l'immeuble, où siège aujourd'hui la Cour d'appel du Québec. C'est ainsi que la série de colonnes sans fronton évoque la galerie d'une basilique romaine, lieu de prédilection pour le traitement des affaires judiciaires à l'époque de l'Empire[1].

---

[1] Fiche d'un bâtiment, Édifice Ernest Cormier, adresse URL : [http://www.vieux.montreal.qc.ca/inventaire/fiches/fiche_bat.php?sec=a&num=18].

[4] L'aspect majestueux de cet édifice n'est pas sans rappeler celui du Vieux Palais de Justice de Montréal qui se trouve juste en face de celui-ci sur la rue Notre-Dame. Construit au milieu du XIXe siècle, il est lui-même l'un des derniers vestiges du néoclassicisme dans le paysage montréalais[2]. Je tiens à souligner les efforts louables qui à ma connaissance sont entrepris par la fondation Lafontaine-Cormier et ses administrateurs pour lui rendre sa mission première, soit l'hébergement de l'administration de la justice. Je les félicite, les appuie et les encourage à poursuivre la protection de notre héritage judiciaire qui forme notre identité.

[5] Le préfixe *néo*- du grec *neos* signifie « nouveau ». Le mouvement néoclassique vise donc à donner, par l'entremise des créations d'aujourd'hui, une résonance aux richesses culturelles qui nous viennent de l'Antiquité. Ce clin d'œil architectural n'est pas anodin. L'héritage, qu'il soit architectural ou juridique, consiste en un patrimoine qui nous est confié par ceux qui nous précèdent, que nous devons adapter à nos propres aspirations, avant de le transmettre à notre tour aux générations qui suivent. Je dis bien *confié*, car sa pérennité repose sur la confiance que portent nos devanciers en notre capacité de le chérir, de l'étoffer et de le transmettre. Il fait appel à notre sens de la responsabilité. Bref, c'est un travail de sédimentation de la sagesse, où chaque génération possède autant le pouvoir de briser la chaîne que d'en ajouter quelques maillons.

[6] Le patrimoine qui nous est confié, donc, nous permet de découvrir qui nous sommes en donnant des pistes de réponse à la question de savoir d'où nous venons et où nous allons. Cette liaison temporelle permet de mieux nous orienter dans le présent, afin de façonner l'avenir à notre image. Hériter consiste, dans une certaine mesure, à recevoir une part de notre identité. À mon

---

[2] Fiche d'un bâtiment, Vieux Palais de Justice de Montréal, adresse URL : [http://www.vieux.montreal.qc.ca/inventaire/fiches/fiche_bat.php?id=0040-46-7464-00&mat=0040-46-7464].

sens, les questions d'identité et d'héritage sont ainsi imbriquées l'une dans l'autre et sont indissociables.

[7] J'ai cru qu'il était tout à fait approprié et dans le ton d'aborder cette question d'héritage culturel et judiciaire à la lumière des décisions rendues par nos Tribunaux et en particulier, la Cour suprême du Canada, en abordant plus spécialement le concept de l'identité.

[8] J'aimerais humblement vous inviter à réfléchir pour quelques minutes à la façon dont les 150 ans de notre fédération — avec notamment les 35 bougies soufflées récemment sur la *Charte canadienne des droits et libertés* — ont façonné notre compréhension de l'identité. Quel est le chemin parcouru et vers où nous nous dirigeons ? S'il y a une constante dans notre cheminement constitutionnel, c'est bien celle relative au concept d'*identité*. Un grand nombre de questions importantes auxquelles la population canadienne a été confrontée concernaient ce que cela *signifie* que de posséder une caractéristique personnelle, d'appartenir à une communauté, de parler une langue ou d'être originaire de tel ou tel endroit. On ne peut passer sous silence les nombreux débats dans l'arène publique qui se sont tenus parallèlement aux délibérations judiciaires sur ces questions épineuses. Les luttes relatives aux droits — y compris à l'occasion d'actions en justice — ont contribué à déterminer comment les identités ont été définies.

[9] Dans des causes de droit constitutionnel, nous, les juges sommes parfois appelés à définir et à circonscrire des identités dans le langage du droit. Je pense à des causes comme l'affaire *Powley* qui a établi les critères d'appartenance de l'identité métisse en 2003[3]. Nous devons

[3] *R. c. Powley*, [2003] R.C.S. 207, par. 30-33.

déterminer si certains traitements différenciés, sur la base d'un motif identitaire, s'avèrent justifiés dans une société libre et démocratique. Il va sans dire que le raisonnement judiciaire a évolué considérablement au fil des questions qui ont été posées, notamment en ce qui a trait à la langue, au sexe, à la religion, à l'orientation sexuelle. En cours de route nous avons réalisé que les décisions prises en ces matières ont une incidence considérable sur la façon dont les Canadiens se perçoivent eux-mêmes, se perçoivent les uns les autres, ainsi que sur les rapports qu'ils entretiennent entre eux.

[10] Je pense qu'il est juste de dire que la Cour suprême n'a pas toujours agi en étant pleinement consciente de cette incidence. En réfléchissant à la place qu'a occupée cette institution historiquement dans les courants de politiques canadiennes sur l'identité, comment ne pas penser à l'arrêt *Edwards*[4], que j'ai relu récemment. Il s'agit, bien sûr, de celui rendu en 1928 et qui a défini le terme « personne ». Dans ce jugement, la Cour avait décidé que le fait de mander « des personnes ayant les qualités voulues » s'entendait de mander uniquement des « hommes ». À la lumière de l'approche moderne adoptée par la Cour quant à la notion d'identité et quant à l'interprétation constitutionnelle, l'arrêt *Edwards* est remarquable si je peux utiliser ce qualificatif, tout autant pour son refus de tenir compte du contexte que pour son manque de vision. Quel contraste avec la décision *Daniels*[5] rendue l'an dernier ! La Cour était appelée à circonscrire la portée du mot « Indien » qui figure au par. 91(24) de la Constitution, et à décider s'il visait les Métis et les Indiens non-inscrits. La Cour s'est acquittée de sa tâche en tenant compte de l'ensemble des contextes historique, philosophique et linguistique[6], ce qui comprenait l'expérience

---

[4] *Edwards c. Canada (Procureur général)*, [1928] R.C.S. 276 [*Edwards*], infirmé [1930] A.C. 128 (J.C.P.C.); l'honorable juge Robert J. Sharpe, « The Persons Case and the Living Tree Theory of Constitutional Interpretation » (2013) 64 R.D. U.N.-B. 1.

[5] *Daniels c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12 [*Daniels*].

[6] *Ibid.*, par. 19.

partagée des horribles pensionnats autochtones[7]. En effet, la décision s'amorce par une reconnaissance par la Cour de sa place dans le cheminement vers une réconciliation[8].

[11] Thirty five years of *Charter* adjudication have driven a fundamental change in how judges think about identity generally. Both *Edwards* and *Daniels* illustrate the kind of line-drawing that the Court is sometimes called on to do when legal decisions touch on identity. It is not surprising that the Court's approach would evolve over decades of adjudicating *Charter* claims! Of course, the advent of the *Charter* is not the only thing that has changed in the nearly nine decades since *Edwards*. Canadians have changed their perception and policies regarding identity matters as well.

[12] Il peut toutefois être légèrement injuste de s'en prendre tout particulièrement à cette décision d'*Edwards*. Au cours des années qui ont suivi, la Cour suprême a développé ce à quoi nous référons maintenant comme étant la « jurisprudence de la déclaration ou de la charte des droits implicite ». Dans ces décisions, la Cour utilisait n'importe quel outil à sa disposition, que ce soit le fédéralisme ou une notion vague de la primauté du droit, pour protéger les libertés individuelles. À titre d'exemple, dans les arrêts *Saumur c. City of Québec*[9] et *Roncarelli c. Duplessis*,[10] la Cour a invalidé un règlement et l'action administrative en découlant, jugeant qu'ils brimaient les minorités religieuses. Ces arrêts faisaient partie des premières tentatives de la Cour

---

[7] *Ibid.*, par. 19.
[8] *Ibid*,, par. 1.
[9] [1953] 2 R.C.S. 299.
[10] [1959] R.C.S. 121.

de s'assurer que tous, peu importe la religion ou l'identité, puissent jouir du droit à l'égalité et leur participation au sein de la société.

[13] Cela dit, ces arrêts n'ont pas directement et clairement soulevé la question de l'identité comme telle. Faute d'une charte ou d'une déclaration des droits de la personne explicite, la Cour ne pouvait se prononcer sur les effets de ces lois sur des individus en particulier. Certains ont, à tort ou à raison, alors qualifié d'activiste cette jurisprudence de la déclaration ou de la charte des droits implicite[11]. Comme quoi, l'histoire se répète! Or, depuis l'adoption de la vraie *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'y a plus aucun doute. Les juges n'agissent pas alors de façon antidémocratique en intervenant lorsque des actions législatives ou exécutives ne respectent pas les dispositions de la *Charte*[12]. Ce sont les citoyens qui ont choisi, par le biais de leurs représentants élus, de se lier à un ensemble de normes fondamentales qui sont censées refléter les valeurs morales de la société canadienne. La Cour a la responsabilité et le devoir d'interpréter la *Charte* de manière à protéger les droits et libertés des Canadiens, incluant le droit de participer pleinement à la société, indépendamment de l'identité de ses citoyens. Si nous sommes accusés d'activisme judiciaire en respectant notre serment d'office, alors nous n'aurions aucune difficulté à plaider coupable.

[14] Les politologues, les sociologues et les historiens sont mieux placés que moi pour analyser les effets du changement des mœurs sur l'identité — tant sur le plan des perceptions que sur celui des politiques. Je souhaite donc utiliser le temps qui m'est alloué aujourd'hui pour vous brosser un portrait d'un sujet dont je suis un peu plus à même de parler : la perspective d'un juge

---

[11] Voir, par. ex., l'honorable juge Ian Binnie, « Judging the Judges: 'May They Boldly Go Where Ivan Rand Went Before' » (2013) 26 Can. J. L. & Jurisprudence 5, p. 6.

[12] *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 142, les juges Cory et Iacobucci [*Vriend*].

sur l'évolution du raisonnement judiciaire, en matière de questions d'identité individuelle et collective.

[15] Premièrement, les juges reconnaissent que l'identité est contextuelle et complexe, et qu'il ne s'agit pas simplement d'une liste de caractéristiques personnelles. Cela dit, un engagement à comprendre à fond la notion d'identité entre parfois en conflit avec les exigences pratiques de la prise de décisions judiciaires. Deuxièmement, nous reconnaissons que différentes identités — y compris celle du juge — donnent différents points de vue sur le droit et sur ses effets. Voir les choses d'un autre point de vue est à la fois une obligation et une préoccupation constante. Troisièmement, la façon de concevoir l'identité a des incidences fondamentales sur la santé de notre démocratie, compte tenu de la *Charte*. Les principes démocratiques devraient toutefois tout autant éclairer notre réflexion sur l'identité. Le Programme de contestation judiciaire maintenant remis sur les rails pourrait donner lieu à une nouvelle vague de litiges fondés sur l'égalité. Dans chacun de ces domaines, j'estime que la communauté universitaire peut fournir une contribution fort utile.

La contextualisation de l'expérience identitaire

[16] Les caractéristiques personnelles et de groupe constituent le point de départ de la jurisprudence sur la *Charte* relative à l'égalité. Cela dit, l'identité n'est pas faite que d'étiquettes. C'est une version abrégée de la façon dont les individus se perçoivent eux-mêmes, la manière dont ils sont perçus par les autres et comment ces deux perceptions interagissent entre elles. Autrement dit, l'identité découle de l'expérience vécue, en tant qu'individu et en tant que membre d'une

communauté, et c'est cette expérience qui distingue l'identité d'une simple liste d'attributs physiques ou intellectuels.

[17] C'est d'ailleurs le refus de réfléchir à la notion d'identité sur le plan de l'expérience vécue qui explique les lacunes de quelques causes célèbres relatives à la *Déclaration canadienne des droits*. Dans *Bliss*, par exemple, la Cour a statué que la discrimination fondée sur la grossesse n'en est pas une fondée sur le sexe[13]. Le lien entre les deux n'aurait pas échappé à une Cour plus sensible à la manière concrète avec laquelle les individus font l'expérience de leur identité. En revanche, la Cour a pris le virage de l'analyse axée sur l'expérience dès ses premières décisions sur l'égalité fondées sur la *Charte des droits et libertés*. Pensons, par exemple au cas du handicap. L'arrêt *Eaton* rendu en 1997 a abordé la discrimination, non pas en faisant strictement référence à des caractéristiques personnelles, mais bien en considérant l'expérience vécue par ceux qui ne partagent pas les attributs majoritaires sur lesquels s'est construite la société[14]. L'accent mis sur l'expérience éclaire aussi l'approche adoptée par la Cour pour traiter de la discrimination fondée sur l'âge. Comme la Cour l'a souligné dans *Gosselin* en 2002, l'âge est un trait identitaire unique en son genre. Il distingue les individus à un moment donné dans le temps. Cependant, il nous unit en bout de piste parce que nous faisons tous l'expérience des diverses positions sur son spectre, de la venue au monde jusqu'au décès[15]. Lorsque la Cour sera éventuellement appelée à se pencher sur une question relative à l'identité transgenre, les deux propositions suivantes fourniront

---

[13] *Bliss c. P.G. Can.*, [1979] 1 R.C.S. 183; pour les discussions ultérieures sur la question, voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 85; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 167 [*Andrews*].

[14] *Eaton c. Brant (County) Board of Education*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 67.

[15] *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 32 [*Gosselin*], citant Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (feuilles mobiles), vol. 2 (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997), p. 52 à 54 [Hogg, *Constitutional Law of Canada*].

sûrement deux cadres de référence que j'estime essentiels : d'une part, l'identité n'est pas immuable, mais elle évolue, et, d'autre part, elle n'est pas innée, mais bien contextuelle.

[18] J'en arrive donc au défi à relever. Y a-t-il quelque chose comme un excès de contexte ? Il va sans dire que les identités sont incroyablement complexes. Les juges occupent toutefois une fonction institutionnelle qui crée à cet égard une réelle tension : comment une conception nuancée de l'identité peut-elle, en pratique, se traduire par une jurisprudence viable et cohérente? Des esprits raisonnables peuvent diverger d'opinion sur l'équilibre qu'il convient d'établir entre la prise en compte du contexte et son intelligibilité dans le format judiciaire.

[19] Avec le recul, je pense que cet exercice de mise en balance est un des facteurs à l'origine de la dissension dans la jurisprudence relative à l'art. 15 de la *Charte*[16]. Cet article qui prévoit que « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ». Dans les années 90, un des débats a porté sur les limites de l'art. 15 aux motifs énumérés et analogues. La juge L'Heureux-Dubé a résisté à l'utilisation de catégories pour définir la discrimination[17]. Suivant son raisonnement, mettre l'accent sur des catégories abstraites s'éloignait trop des expériences véritables de discrimination vécues par les individus[18]. Quoi qu'il en soit, l'approche fondée sur les motifs analogues l'a emporté. Elle recentrait l'analyse sur le contexte et l'expérience. Un motif

---

[16] Voir, par ex., Christopher D. Bredt et Adam Dodek, « Breaking the *Law's* Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 S.C.L.R. (2d) 33, p. 34; Margot Young, « Social Justice and the *Charter*: Comparison and Choice » (2013) 50 *Osgoode Hall L.J.* 669, p. 674 à 679.
[17] Hogg, *Constitutional Law of Canada*, *supra* note 11, p. 55-21.
[18] *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 551 et 552, juge L'Heureux-Dubé, dissidente.

est analogue lorsque fondé sur « une caractéristique personnelle qui est [. . .] modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »[19]. L'essentiel de l'examen porte sur l'ampleur du choix dont un individu ferait véritablement l'*expérience* lorsqu'il est question de changer cette caractéristique personnelle. Cela a été déterminant, par exemple, dans l'arrêt *Corbière* en 1999 alors que la Cour a décidé que malgré le fait que le lieu de résidence ne soit pas un motif analogue, l'emplacement d'une résidence à l'intérieur ou à l'extérieur d'une réserve autochtone constitue, lui, un tel motif. Dans la mesure où il s'agit réellement d'un choix, le fait de vivre à l'intérieur ou à l'extérieur d'une réserve revêt une importance fondamentale sur la façon dont se perçoivent les Autochtones, comparativement à la décision de choisir d'élire domicile à Montréal plutôt qu'à Longueuil[20]. Mais j'admets que certains peuvent diverger d'opinion sur ce dernier exemple!

[20] Sous l'angle de l'expérience, la discrimination peut varier en fonction de l'interaction entre différents marqueurs identitaires. À titre d'illustration, l'expérience vécue par une femme qui est membre d'une minorité visible peut être totalement différente de celle d'un jeune homme portant les mêmes caractéristiques. Si l'un d'eux n'est pas citoyen, ou se distingue par une orientation sexuelle différente, alors lié, ces expériences seront d'autant plus singulières. La Cour s'est engagée à traiter le chevauchement des facteurs discriminatoires[21]. Néanmoins, avec chaque ajout d'une nuance dans l'expérience de discrimination, la complexité de la question en litige augmente. Pour être pratiques, les outils d'analyse dont nous nous servons pour aborder la notion d'identité doivent s'intégrer dans les limites institutionnelles des instances judiciaires. Elles

---

[19] *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13, juges McLachlin et Bastarache.
[20] *Ibid.*, par. 15 (juges McLachlin et Bastarache), 62 (juge L'Heureux-Dubé, dissidente, mais pas sur ce point).
[21] *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 94 [*Law*]; *Withler*, *supra* note 18, par. 58 et 63.

doivent être compatibles avec les impératifs des règles de preuve. Une emphase excessive sur le contexte et les circonstances propres à des groupes en particulier risque d'éroder la fonctionnalité de l'analyse. Cela nous empêche d'articuler un principe applicable au-delà des limites factuelles d'une affaire. Pour donner aux acteurs gouvernementaux, aux tribunaux d'instances et aux justiciables des paramètres clairs et la certitude juridique tant souhaitée, il faut nécessairement énoncer des principes qui comportent un certain degré de généralité. Vous aurez compris qu'entre l'indétermination et l'impraticabilité, la ligne à tracer est plutôt mince.

Identité et perspective

[21] En plus d'être façonnée par le contexte, l'identité fait nécessairement partie de la façon dont on conçoit le monde — elle façonne notre perspective. Notre identité représente ce que nous sommes et d'où nous venons. Elle est déterminante dans la façon dont nous arrivons à comprendre le monde[22]. Ces vérités s'appliquent d'ailleurs tant aux justiciables qu'aux législateurs et aux membres de la magistrature. Dans le cadre d'une conférence qu'elle a prononcée en 1990, la juge Wilson a posé la question de savoir si la présence de femmes dans la magistrature ferait vraiment une différence[23]. Nous savons maintenant que c'est clairement le cas.

[22] La question de la perspective est devenue centrale dans la jurisprudence sur l'identité peu après qu'elle et la juge L'Heureux-Dubé aient été nommées et ont commencé à laisser leur empreinte sur l'institution même qui avait prononcé l'arrêt *Edwards*. Je n'ai aucun doute qu'elles ont dû lutter, mais ces femmes ont conduit un processus d'apprentissage institutionnel important.

---

[22] Charles Taylor, « The Politics of Recognition », dans Charles Taylor, *Multiculturalism*,éd. par Amy Gutmann (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994) p. 25, p. 33 [Taylor].

[23] Madame la juge Bertha Wilson, « Will Women Judges Really Make a Difference » (1990) 23 Osgoode Hall L.J. 507.

Au fil du temps, leurs décisions ont forcé leurs collègues à se buter à la réalité suivant laquelle ceux qui sont le plus affectés par une question juridique sont les mieux placés pour en percevoir tous les enjeux, ou sont parfois même les seuls à pouvoir le faire. Il en est ainsi pour les questions aussi profondément genrées que l'avortement et celles aussi neutres sur le plan des attributs physiques que l'imposition des « dépenses d'entreprise »[24]. Cette leçon pratique s'est manifestée dans la jurisprudence de la Cour sur l'égalité, qui reconnaît que ceux qui font l'objet de discrimination sont souvent les seuls à le percevoir clairement.

[23] Selon cette jurisprudence, il faut examiner une mesure discriminatoire en tenant compte de la distinction du point de vue d'une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur[25]. Sur le plan de l'analyse, la perspective peut faire une réelle différence. À titre d'exemple, la Cour a été divisée sur la question de la perspective dans la décision *Canadian Foundation for Children and Youth* portant sur l'art. 15. Dans cette affaire, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* sur le châtiment corporel était contestée[26]. La décision a été prise sur le fondement d'une approche antérieure de la discrimination en vertu de laquelle la Cour examinait l'incidence d'une loi ou d'un programme sur la « dignité humaine » du demandeur[27]. Dans cette affaire, les demandeurs avaient fait valoir que priver les enfants de la même protection contre les agressions que celle offerte aux adultes envoyait le message qu'ils étaient « moins capables, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains »[28]. Les juges

---

[24] *Symes c. R.*, [1993] 4 R.C.S. 695, juge L'Heureux-Dubé, dissidente.
[25] *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, par. 430, juge en chef McLachlin [*Québec c. A*]; *Law, supra* note 28, par. 60; *Gosselin, supra* note 15, par. 28; *Martin c. Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)*, 2003 CSC 54, par. 106; *M c. H*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 67.
[26] *Canadian Foundation for Children, Youth & the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4 [*Canadian Foundation*].
[27] *Law, supra* note 28, par. 88.
[28] *Canadian Foundation, supra* note 26, par. 50.

majoritaires ont choisi de ne pas examiner l'atteinte à la dignité humaine du point de vue de l'enfant, mais de plutôt le faire de la perspective de la personne qui agit *au nom de* l'enfant[29]. Comme le juge Binnie l'a souligné dans sa dissidence, il se pourrait qu'un tel changement de perspective donne plus de difficultés à discerner l'atteinte réelle à la dignité d'un enfant[30].

[24] Même si la dignité humaine ne fait plus partie du test pour juger de la violation de l'art. 15[31], la perspective, elle, joue encore un rôle important. Elle aide à discerner les formes moins visibles d'atteinte à l'identité, y compris celles qui visent l'autodétermination ainsi que l'estime et le respect de soi de même que la confiance en soi[32]. Dans bien des cas, *à défaut* d'adopter la perspective du demandeur, l'atteinte serait difficile, voire impossible, à discerner clairement.

[25] Il peut être difficile de réfléchir en adoptant une perspective autre que la sienne, et ce n'est pas exclusivement en analysant une demande fondée sur l'art. 15 qu'il faut le faire. Il n'en demeure pas moins que tous les juges doivent s'acquitter de cette obligation, même lorsque la jurisprudence ne l'exige pas explicitement. Le rôle de la perspective est sans doute plus pertinent dans le contexte du droit autochtone. En effet, il est très délicat de transposer les traditions juridiques autochtones et non autochtones. Cela suppose que, pour résoudre un problème, il faille parfois exprimer en termes familiers des réalités qui ne le sont pas. Le dialogue entre les traditions juridiques entraîne toujours un risque d'y perdre au change. On doit toutefois se contenter de gérer

---

[29] *Ibid*, par. 53. Selon les juges majoritaires, il faut tout de même prendre en compte le point de vue subjectif de l'enfant.

[30] *Ibid*, par. 102, 107-108, juge Binnie, dissident en partie; Judith Mosoff et Isabel Grant, "Upholding Corporal Punishment: For Whose Benefit?" (2005) 31 Manitoba L.J. 177, p. 184, 185 et 193.

[31] *R c. Kapp*, 2008 CSC 41, par. 21 à 24 [*Kapp*]; *Québec v. A*, *supra* note 252, par. 165 (juge LeBel), 329 et 330 (juge Abella).

[32] *Québec c. A*, *supra* note 252, par. 139 (juge LeBel, dissident quant à l'existence d'une violation de l'art. 15); Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, traduit par Joel Anderson (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996).

ce risque qui ne peut être évité. Le défi est de même nature lorsqu'il est question des systèmes de droit civil et de common law[33]. Cela dit, même en ayant eu à en faire l'exercice à maintes reprises, il reste plus facile de parler de la possibilité de se mettre dans la peau d'un autre individu partie à une cause fondée sur la *Charte* que de le faire en pratique. C'est le cas, précisément parce que les perspectives se forgent à partir d'une myriade d'expériences uniques. Dans le contexte de l'égalité, il n'est pas facile pour les juges d'examiner les pratiques discriminatoires d'une perspective qui bien souvent, avouons-le, ne correspond pas à la leur[34]. Il n'en demeure pas moins que notre jurisprudence insiste à juste titre sur ce principe.

[26] Cela m'amène à vous parler de mon troisième et dernier point : soit du trio indivisible : identité, égalité et démocratie.

Le trio indivisible : identité, égalité et démocratie

[27] Alexis de Tocqueville écrivait au XIXe siècle que « [d]ans les démocraties, chaque génération est un peuple nouveau ». Beaucoup d'eau a coulé sous les ponts depuis. Mais une chose demeure cependant. La qualité d'une démocratie est tributaire de sa capacité à s'adapter. À s'adapter à la succession des générations, comme à l'arrivée des nouveaux visages et selon moi, la démocratie, pour s'épanouir, ne peut faire fi des questions d'identité. Je m'explique.

---

[33] L'honorable juge Charles Gonthier, "Some Comments on the Common Law and the Civil Law in Canada: Influences, Parallel Developments, and Borrowings" (1993) 21 C.B.L.J. 323.

[34] Peter W. Hogg, "What is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation" (2005) 29 S.C.L.R. (2d) 39, p. 57, note 64 [Hogg, "What is Equality?"].

[28] Afin de jouer pleinement leur rôle démocratique, nos institutions doivent tendre vers l'égalité des citoyens dans et devant la loi. D'une certaine façon, la démocratie consiste en l'institutionnalisation de l'idée d'égalité. Or, cette égalité ne veut pas seulement dire que tous jouissent également du droit de déposer leur bulletin de vote dans une boîte de scrutin. Encore faut-il que les citoyens soient réellement égaux dans leur capacité à prendre part au débat public, à exprimer leur désaccord et à trancher en leur âme et conscience.

[29] Et ce n'est pas tout. L'égalité comme condition de la démocratie refuse que les lois indiquent à certaines personnes qu'elles sont — en fonction de leur identité propre — moins dignes de reconnaissance que d'autres[35]. Les lois qui envoient de tels messages, que ce soit volontairement ou de par leurs effets, minent les conditions essentielles de l'existence de la délibération démocratique. Une violation du droit à l'égalité doit être plus difficile à justifier lorsqu'elle porte atteinte à ce qui constitue l'essence de l'identité d'un individu — et par le fait même à la reconnaissance de son statut de participant à part entière à la conversation démocratique.

[30] À titre d'exemple, il fut une époque où la *Loi électorale du Canada* interdisait aux prisonniers fédéraux de prendre part aux élections, au motif que ceux qui commettent des actes criminels graves devraient temporairement être privés d'une facette de l'égalité politique des citoyens. Différentes considérations avaient été soulevées pour justifier cette mesure et notamment la promotion du sens civique et l'importance du lien entre l'individu et la collectivité. Dans une décision partagée de 5 contre 4, la Cour suprême a toutefois jugé dans l'arrêt *Sauvé* en 2002, que de permettre aux représentants élus de priver les détenus du droit de vote n'avait pas sa place dans

[35] Voir Taylor, *supra* note 18, p. 36

une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen[36]. En privant les personnes à risque de leur identité collective et de leur sentiment d'appartenance à la communauté politique, l'interdiction a été vue comme peu susceptible de leur insuffler le sens des responsabilités.

[31] Cela dit, s'il y a une chose que j'aimerais que vous reteniez de mes propos ce soir, c'est que la richesse de notre expérience démocratique repose sur notre capacité à aborder les questions d'identité avec sérénité, retenue et ouverture d'esprit. Il m'apparait inévitable, dans le cadre d'une société démocratique saine comme la nôtre, que l'on puisse se poser collectivement la question de savoir ce que cela implique d'être québécois et canadien en 2017. Pour moi, l'habileté à délibérer des dimensions autant individuelle que collective de l'identité est un héritage précieux à transmettre à ceux et celles qui nous suivront. Les défis qui les attendent n'exigent rien de moins.

Conclusion

[32] En conclusion, je suis d'avis que le concept de dignité humaine a connu une trajectoire incertaine dans la jurisprudence de la Cour sur l'égalité[37]. Comme outil pour cerner une violation à l'art. 15, le concept de « dignité humaine » est devenu un obstacle vague et non pertinent sur la route des demandeurs dans le cadre de recours en matière d'égalité[38]. Pourtant, la dignité humaine place l'égalité au cœur des aspirations fondamentalement démocratiques que vise la *Charte*. C'est

---

[36] *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

[37] Hogg, "What is Equality?", *supra* note 34; Jennifer Koshan et Jonnette Watson Hamilton, "The Continual Reinvention of Section 15 of the *Charter*" (2013) 64 D.U.N.-B.19; Bruce Ryder, "The Strange Double Life of Canadian Equality Rights" (2013) 63 S.C.L.R. (2d) 261.

[38] *Québec c. A*, *supra* note 252, par. 329, juge Abella.

un concept encore valide dans le contexte, parce qu'il fournit le lien conceptuel essentiel entre l'égalité et la *démocratie*. Comme l'énonce spécifiquement l'art. 1, l'atteinte à un droit protégé par la *Charte* doit être justifiée comme une limite raisonnable dans une société libre et *démocratique*. C'est à ce niveau, soit celui de l'analyse de la justification, que la dignité humaine peut jouer selon moi un rôle conceptuel. Tout comme une limite à la liberté d'expression devient plus difficile à justifier lorsqu'elle vise le cœur de la protection prévue à l'al. 2b), une violation de l'égalité doit être progressivement plus difficile à justifier plus elle porte atteinte à l'essence de l'identité d'un individu ou d'un groupe — et par ricochet à la reconnaissance de son statut de participant à part entière au dialogue démocratique continu qui a cours au Canada. En définitive, parler de dignité humaine permet de décrire les torts que cause l'inégalité en termes démocratiques. Le concept nous permet de trouver des terrains d'entente; il constitue une pierre d'assise pour mener à bien la tâche ardue de construire un consensus; enfin, il fournit un cadre de référence commun pour justifier les situations difficiles où les droits et les libertés protégés par la *Charte* entrent en conflit les uns avec les autres.

[33] Vous me permettrez de terminer mon exposé par une sorte de cri du cœur. Depuis plusieurs années maintenant, j'ai eu le privilège de participer à des forums de droit comparé, ici afin de trouver la meilleure façon d'arrimer le droit civil et le common law et aussi à l'étranger. La semaine dernière j'étais au Parlement européen dans le cadre d'un forum portant sur les recours individuels des citoyens en matière constitutionnelle dans les pays de common law et ceux du continent européen. À l'été, j'étais à Vilnius en Lituanie pour présenter la vision canadienne, à tout le moins ma vision, de l'indépendance judiciaire à plus d'une centaine de représentants, la plupart des juges en chef, de Cours constitutionnelles dont certaines malheureusement ont encore peine à identifier les contours du concept. Et au fil des ans, je suis devenu profondément convaincu,

que la marque de commerce du Canada (Parlement, tribunaux, institutions) est devenue la règle de droit ou « the rule of law » surtout quand on se compare avec l'Europe, l'Asie et l'Afrique et même plus récemment avec les évènements déconcertants qui se déroulent au sud de nos frontières. Je pense que l'on devrait continuer à bâtir sur cette prémisse.

[34] Durant le dernier siècle et demi, la Constitution canadienne nous a permis de répondre aux difficiles questions d'identité. Comme je l'ai mentionné au début de mon intervention, au départ, les succès ont été mitigés. L'interprétation de la *Charte*, elle aussi, est un chantier actif. Il y a toutefois réellement lieu d'être optimiste pour l'avenir sur les façons dont l'identité a été incorporée dans nos notions d'égalité, de dignité humaine et de valeurs démocratiques omniprésentes dans la *Charte*. Ces notions servent aussi de fondations pour regarder au-delà de nos frontières : nous pouvons accueillir des réfugiés et des migrants en ayant confiance que notre société est en mesure, non seulement de gérer les différences, mais aussi de prospérer grâce à elles. L'égalité substantive assure une protection utile aux aspects de notre identité qui font de nous ceux que nous sommes et qui définissent nos expériences. Elle garantit qu'il ne peut être porté atteinte à ces caractéristiques personnelles et de groupe d'une manière qui compromette notre droit à l'égalité et par là à une participation utile à notre communauté.

[35] Je crois fermement qu'en arrimant la reconnaissance de l'identité et la notion de dignité humaine, on contribue ainsi à une meilleure participation de tous les citoyens, peu importe leur religion, leur race, leur langue ou leur orientation sexuelle dans les enjeux de société et par le fait même à solidifier notre démocratie.

[36] Merci de votre bienveillante attention.