

Les tribunaux et les possibilités de redressement d'une politique défectueuse : l'exemple de la cause Wynberg

Sylvie Arend*

Lex Electronica, vol 11 n°3 (Hiver / Winter 2007)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-3/arend.htm>

<http://www.élex-electronica.org/articles/v11-3/arend.pdf>

I.	INTRODUCTION À LA QUESTION PRINCIPALE ET AUX ÉTAPES DE SA RÉPONSE..	2
II.	LA POLITIQUE ONTARIENNE DE L'IEIP ET SES DÉFAUTS PRINCIPAUX.....	2
1.	L'HISTORIQUE DE CETTE POLITIQUE ET DE SES BUTS; SES DÉFAUTS ET LEURS ORIGINES	3
2.	LES TORTS ISSUS DE CETTE POLITIQUE.....	5
III.	L'ACCÈS AUX TRIBUNAUX ET AU REDRESSEMENT DES TORTS.....	6
1.	LES OBSTACLES AU RECOURS AUX TRIBUNAUX.....	6
2.	LES POUVOIRS DONT DISPOSENT LES JUGES	7
3.	LES DIFFICULTÉS QUE PRÉSENTE L'EXERCICE DE CES POUVOIRS	9
IV.	LES OBSTACLES SPÉCIFIQUES À L'ACCÈS AUX TRIBUNAUX DANS LES ARRÊTS WYNBERG	12
V.	LES ARRÊTS WYNBERG, LES POUVOIRS ET LIBERTÉS DES JUGES À REDRESSER LES POLITIQUES ET LEURS TORTS ET CERTAINES LIMITES	13
1.	LES REMÈDES APPORTÉS POUR CORRIGER LES DÉFAUTS DE L'IEIP ET SES TORTS	13
2.	LES POUVOIRS UTILISÉS POUR ARRIVER À CETTE DÉCISION	13
3.	LA LIBERTÉ DU CHOIX DE LA DATE DE VIOLATION DES DROITS DANS LES DEUX ARRÊTS WYNBERG .	14
4.	LA LIBERTÉ D'INTERPRÉTATION DE LA JURISPRUDENCE ET DE L'ANALYSE LITTÉRALE.....	15
5.	LA LIBERTÉ D'INTERPRÉTATION DANS L'APPLICATION DU TEST DE <i>OAKES</i>	19
6.	LES DIFFICULTÉS QUE PRÉSENTE UNE CAUSE IMPLIQUANT UNE POLITIQUE SOCIALE DE NATURE COMPLEXE ET TECHNIQUE ET DONT LA RESPONSABILITÉ INSTITUTIONNELLE N'EST PAS CLAIRE	22
7.	LE POUVOIR DES JUGES DE RÉPARER OU NON LES TORTS ET DE LES CALCULER	23
VI.	CONCLUSIONS ET STRATÉGIES RECOMMANDÉES.....	25

I. Introduction à la question principale et aux étapes de sa réponse

Dans quelle mesure, les défauts d'une politique dans sa formulation et/ou dans son application et les torts qui en découlent peuvent-ils être redressés par les tribunaux? Pour répondre à cette question du point de vue d'une politologue et dans un cas particulier, on a choisi d'examiner certains aspects de la première cause Wynberg c. Ontario [2005]¹ et de son arrêt en appel. Ces jugements se réfèrent à la politique ontarienne de l'*Intensive Early Intervention Program* (IEIP), qui offrait le traitement d'intervention comportementale intensive (ICI) aux enfants ayant des troubles du spectre autistique (TSA) durant la période 1998 à 2002. À partir de la transcription de ces jugements, des écrits d'historiens de la période, des décisions adoptées par les cours au Canada, aux États-Unis et en Europe concernant le traitement des enfants autistes et des textes concernant l'activisme judiciaire, on considère plusieurs questions. Quels sont donc les défauts de la politique ontarienne? De façon plus générale, pour obtenir le redressement d'une politique, quelles sont les difficultés plus générales que le recours aux tribunaux présente aux requérants? Du côté des juges, de quels moyens disposent-ils pour leur permettre un certain activisme judiciaire en politique publique et quelles difficultés rencontrent-ils dans cet exercice? De façon plus spécifique, dans les deux arrêts Wynberg, quelles sont les difficultés plus particulières qui confrontent les juges quand ils doivent décider d'une question de nature scientifique et administrative complexe et dont la responsabilité administrative et politique n'est pas clairement attribuée? Sont-ils capables, en ayant recours à la *Charte canadienne des droits et libertés* de corriger le défaut principal d'une politique et de redresser certains des torts qui en découlent? Enfin, vu la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, quelles recommandations pourraient être faites pour améliorer, au Canada, l'accès aux traitements d'ICI dont ont besoin les enfants ayant des TSA?

II. La politique ontarienne de l'IEIP et ses défauts principaux

La politique ontarienne de l'IEIP fut initiée comme projet pilote et transformée rapidement en initiative provinciale en 1998. Elle avait été formulée avec des buts qui n'ont pas été atteints, au détriment des bénéficiaires de cette politique, les enfants autistes, et de leurs parents. Avant cette politique, l'Ontario n'offrait virtuellement aucun service public spécifique aux autistes, bien que cette condition ait été diagnostiquée dès 1943².

* Professeure agrégée émérite et Senior Scholar, Collège universitaire Glendon-University York.

¹ Wynberg c. Ontario 2005, CanLII 8749 (ON SC) consulté dans <http://www.canlii.org/on/cas/onsc/2005/2005onsc13356.html>

² Vidya Bhushan Gupta, "History, Definition and Classification of Autism Spectrum Disorders", dans Vidya Bhushan Gupta (dir.), *Autism Spectrum Disorders in Children*, New York, Marcel Dekker Inc., 2004, p. 1-6.

1. L'historique de cette politique et de ses buts; ses défauts et leurs origines

Le but initial de la nouvelle politique ontarienne était de donner le traitement d'ICI³ sous l'IEIP à tous les enfants autistes de 2 à 5 ans. Un défaut majeur de cette politique réside dans le choix de l'âge limite de 6 ans pour la fin de l'éligibilité à ce programme. En effet, environ seulement un tiers des enfants éligibles a pu y avoir accès dans la période de 1998 à 2002 considérée, et, vu l'âge limite, la plupart des enfants ont atteint 6 ans sans avoir reçu de traitement⁴. Ceci, alors que les experts du gouvernement ontarien avaient convenu qu'il était essentiel de traiter les enfants autistes aussi jeunes que possible pour obtenir les meilleurs résultats et que les progrès ne s'arrêtent pas soudainement à l'âge de 6 ans. Certains des parents, consultés après la formulation de la politique, avaient, en effet, trouvé cet âge limite de 6 ans discriminatoire⁵.

Cette politique avait été conçue par le ministère des Affaires sociales et communautaires (MASC). Il avait choisi cet âge limite d'éligibilité sur les bases d'une transition harmonieuse à l'école, comptant sur le ministère de l'Éducation (MED) pour y assurer la continuité du traitement ICI⁶. Ce point est important étant donné les difficultés que posent les changements de milieu aux autistes et le rôle de l'ICI dans l'accès à l'apprentissage⁷. Mais, au lieu de collaborer, le MED n'a d'abord pas bougé, puis en 2000, a commencé à manifester son refus de donner l'ICI dans les écoles. Il n'accepte, à la fin de la période revue ici que d'offrir aux enfants autistes, hors classe, un programme de socialisation qui ne comporterait pas d'ICI. Le point de vue des autorités scolaires était que l'ICI était une thérapie qui n'appartenait pas au domaine de l'éducation⁸. Une des expertes auprès du gouvernement témoigne que si elle avait connu la position du MED lors de la formulation de l'IEIP, elle n'aurait certainement pas recommandé l'âge limite de 6 ans⁹.

On peut aussi attribuer l'origine des défauts de l'IEIP à son cheminement particulier résultant des pratiques néo-libérales du gouvernement Harris. La politique elle-même avait de bonnes intentions tout en étant formulée dans le contexte institutionnel et financier de la Révolution du Bon Sens. Le fait que les premières années du gouvernement avaient été consacrées uniquement aux programmes intimement liés à

³ Pour simplifier, on se réfère à l'ICI pour désigner tous les traitements similaires comme ceux des termes anglais ABA (analyse appliquée du comportement), IBI (*intensive behavioural intervention*). Madame la Juge Kiteley dit que la différence entre l'ABA et l'IBI était "*a red herring for these proceedings*", Wynberg v. Ontario 2005, op.cit., ¶ 439.

⁴ Les chiffres présentés au Cabinet en septembre 2002 indiquent que 572 enfants reçoivent l'IEIP tandis que 1 184 sont sur des listes d'attente, Ibid., ¶ 242.

⁵ Ibid., ¶ 154-155, 164.

⁶ Ibid., ¶ 109-110, 116.

⁷ S'il n'y a pas une transition harmonieuse, les enfants peuvent régresser et/ou être incontrôlables, et donc incapables de suivre un programme scolaire, Ibid., ¶ 388, 390. Pour les parents, la transition à l'école est une phase critique et il est donc important que le système scolaire partage avec l'IEIP les mêmes critères de diagnostic et les mêmes approches d'intervention.

⁸ Ibid., ¶ 215.

⁹ Dans son témoignage, le docteur Roberts dit que, bien qu'elle ait approuvé l'âge limite de 6 ans lors de la formulation de la politique, elle ne l'approuve plus parce qu'une transition scolaire comportant l'ICI ne s'est pas matérialisée, Ibid., ¶ 431.

cette Révolution¹⁰, donnait un caractère urgent à cette nouvelle politique. Elle promettait des économies en services sociaux à court et à long terme qui cadraient avec l'optique de cette Révolution¹¹. Elle correspondait également à l'esprit des recommandations du *Rapport de l'Étude sur les Jeunes Années* commandité par le gouvernement et qui avait révélé l'importance du développement du cerveau chez les jeunes enfants et ses effets sur l'apprentissage, la santé et la compétence des individus¹².

L'urgence de cette politique, suite à la négligence précédente du gouvernement des besoins des enfants autistes, et le soutien qu'elle reçut du Bureau du premier ministre, à une période de concentration de pouvoir dans ses mains, lui permirent de brûler certaines étapes lors de sa formulation et de son adoption¹³. Elles lui firent également éviter les batailles dites "*féroces*" entre ministères pour obtenir des ressources dans une période de compressions institutionnelles en ressources financières et humaines¹⁴. Lors de son élaboration et de son adoption, elle a donc omis des étapes de consultations¹⁵ qui auraient peut-être pu lui faire éviter des erreurs. Avant son application, une fois ses grandes lignes adoptées, certaines¹⁶ consultations ont été faites lors de sa révision, mais elles ne se rapportaient qu'à des points spécifiques pour élaborer de son contenu, et n'ont pas tenu compte des objections et des recommandations des parents¹⁷.

Vu la rapidité de son cheminement, cette politique a donc été établie sur des bases imprécises, des évaluations et non des chiffres exacts du nombre d'enfants autistes¹⁸, et avec la ferme conviction, sans avoir consulté au préalable les commissions scolaires, qu'elle pouvait compter sur la pleine collaboration du ministère de l'Éducation pour continuer l'ICI à partir de l'âge obligatoire scolaire de 6 ans¹⁹. Par suite de la sous-

¹⁰ Diminuer la taille du gouvernement, diminuer ses dépenses, diminuer les impôts étaient ses buts principaux. Voir Byron Montgomery, *The Common (Non) Sense Revolution : The Decline of Progress and Democracy in Ontario*, Creemore, Ontario, Mad River Publishing, 2002, p. 80-113. Une fois ses premiers buts accomplis, et dans la perspective de l'élection à venir, le gouvernement pouvait en 1998 élargir sa vision. Voir Randall White, *Ontario Since 1985*, Toronto, Venture Press, 1998, p. 287, 301.

¹¹ La bureaucrate qui a piloté la politique de l'IEIP a appuyé celle-ci à ses diverses étapes, dont celle du Cabinet, sur un argument d'épargne de dépenses considérables en services sociaux à venir pour chaque enfant traité. Celui se basait sur une étude faite en Pennsylvanie qui prévoyait une épargne en services spécialisés de 1.3M\$ par enfant jusqu'il ait atteint l'âge de 45 ans, grâce à des programmes d'ICI à un jeune âge, et indiquait qu'un tiers des enfants ainsi traités pourraient fonctionner normalement en première année et un tiers aurait fait des progrès suffisants pour réduire leur déficience et leur besoin de soins continuels. *Wynberg v. Ontario* [2005], ¶ 126.

¹² *Ibid.*, ¶ 63.

¹³ *Ibid.*, ¶ 76-83, 126, 133, 145-147, pour les étapes de la formulation et de l'approbation du programme de 1998 à la mi-1999.

¹⁴ *Ibid.*, ¶ 76-79. C'est Jessica Hill, la bureaucrate qui a piloté le projet, qui a utilisé ce terme de *fierce* dans son témoignage.

¹⁵ Elle a brûlé initialement l'étape du Comité des politiques. *Ibid.*, ¶ 76-79

¹⁶ Auprès des fournisseurs de services, d'experts et de familles. *Ibid.*, ¶ 150-153.

¹⁷ *Ibid.*, ¶ 154. Mme Deskin, à l'origine du dossier de cette politique et de la plainte qui a suivi, a exprimé ses objections directement au docteur Seaby, l'une des expertes auprès du gouvernement.

¹⁸ *Ibid.*, ¶ 120 et 124. Dans la période d'élaboration de la politique, on avait estimé à 600 le nombre d'enfants autistes de 2 à 5 ans résidant dans la province.

¹⁹ *Ibid.*, ¶ 146.

estimation du nombre d'enfants à traiter, cette politique, bien avant son application, n'a pas non plus prévu de former un nombre suffisant de thérapeutes. La politique d'épargne du gouvernement est rapidement dépassée et le gouvernement ne semble pas s'en inquiéter, grâce à certains transferts de fonds fédéraux. Il ne semble donc pas qu'une raison financière ait été la seule cause de son obstination à maintenir l'âge limite de 6 ans. Pour remédier aux carences de cette politique, les prévisions de son budget augmentent rapidement passant de 5M\$ en 1999-2000 à 16M\$ en 2001-2002²⁰. En 2001, pour améliorer les listes d'attente, le gouvernement verse 20M\$ de plus au projet²¹, enfin, d'autres fonds sont versés pour arriver à un engagement total prévu de 100M\$ pour l'année 2006-2007²².

Il faut aussi souligner que dans le développement de la politique, les experts auprès du gouvernement étaient unanimes dans leur recommandation de l'ICI comme la seule thérapie dont le succès des résultats avait été empiriquement confirmés et qui avait été ainsi approuvée en 1999 par le Chirurgien général des États-Unis²³. Ces experts et même le ministre de l'Éducation, selon leurs témoignages, avaient visité des écoles et des centres de traitement d'autisme²⁴ aux États-Unis. Ils étaient donc au courant de l'usage habituel (et non pas exceptionnel et controversé) et des résultats de l'ICI.

2. Les torts issus de cette politique

Quels torts découlent de cette politique ? La plupart des enfants ayant des TSA n'ont pas eu accès à l'ICI ou seulement à quelques mois de traitement, alors qu'au moins deux ans était la période de traitement prévue. À la fin de la période, la politique ciblait les enfants plus âgés alors que les experts avaient souligné l'importance de traiter les enfants autistes aussi tôt que possible. Plus précisément, les parents dans la cause Wynberg accusent le gouvernement de persister quatre fois à refuser de repousser ou d'abolir l'âge limite de 6 ans malgré qu'il soit conscient des longues listes d'attente et du fait que la majorité des enfants éligibles au programme de l'IEIP n'y aura pas accès.

Un autre tort découle du fait que, qu'ils aient eu ou non accès à l'ICI sous l'IEIP avant 6 ans, tous les enfants autistes d'âge scolaire obligatoire n'y ont maintenant aucun accès. L'éducation spéciale offerte par le MED aux enfants souffrant de déficiences mentales ou physiques non seulement n'offrait pas d'ICI mais semblait alors très déficiente. Certains parents qui ont témoigné de cet état de choses, ont retiré leurs enfants de l'école, jugeant le programme d'éducation spéciale tout à fait inadapté aux besoins des enfants autistes. Ce n'est du reste qu'en 2002, à la fin de la période considérée, que, forcé par les

²⁰ Ibid., ¶ 80-83.

²¹ Ibid., ¶ 196. Le gouvernement ontarien a bénéficié de l'augmentation des transferts fédéraux dans les domaines de la santé et des services sociaux et des fonds de l'Agenda national des Enfants pour les dépenses accrues concernant les services aux enfants autistes. Ibid., ¶ 192-194, 196, 198, 206.

²² Ibid., ¶ 255.

²³ Catherine Trapani, "Planning Education Programs for Students with Autism Spectrum Disorder", Vidya Bhushan Gupta (dir.), *Autistic Spectrum Disorders in Children*, New York, Basel, Marcel Dekker, Inc., 2004, p.257. Elle écrit "ABA has produced the largest number of controlled studies using single subject-designs documenting the efficacy of the approach. Additionally, the Surgeon General has noted that ABA is the most effective means of teaching children with ASD (Autism Spectrum Disorder)".

²⁴ Wynberg v. Ontario 2005, op.cit., ¶ 418.

demandes du rapport du Contrôleur général, et celles de l'Ombudsman et du MSCFE²⁵, le MED mettra enfin en vigueur des standards provinciaux d'éducation spéciale à appliquer selon chaque déficience mentale ou physique ainsi que des contrôles sur cette éducation²⁶.

En conséquence, des torts de nature financière sont encourus par les parents des enfants ayant des TSA. Quand les enfants de moins de 6 ans n'ont pu avoir accès à l'IEIP, certains parents ont, s'ils en ont trouvé, eu recours à des thérapeutes privés et ont dû souvent payer eux-mêmes la portion de leurs frais que le programme de financement direct de l'IEIP ne remboursait pas²⁷ ou les frais nécessaires pour faire venir des thérapeutes des États-Unis, vu le manque de thérapeutes dans la province. Quand leurs enfants ont eu six ans, certains parents qui en avaient les moyens, vu les déficiences constatées de l'éducation spéciale, ont dû mettre leurs enfants dans des écoles spécialisées privées, ou les éduquer chez eux avec l'aide de thérapeutes, à nouveau à leurs frais. Ils ont dépensé souvent d'énormes sommes à ces fins, tout traitement ICI donné à partir de l'âge de 6 ans n'étant pas remboursable. Bien des parents qui ne pouvaient disposer de telles ressources financières et du temps nécessaire à certaines de ces mesures, ont vu leurs enfants ainsi privés i) d'une thérapie essentielle à leur développement et, par l'absence d'ICI à l'école, ii) d'un accès égal à l'éducation publique.

On ne peut nier ainsi l'existence de torts financiers encourus par les familles qui ont déboursé des sommes énormes pour pallier aux défauts d'une politique qui privait leurs enfants partiellement ou totalement d'une thérapie offerte par les fonds publics qui était essentielle à leur développement et à leur accès à l'éducation publique. On ne peut nier non plus les torts infligés aux enfants autistes eux-mêmes, suite aux défauts d'une politique qui, en les privant d'un traitement de l'ICI financé par le gouvernement, pouvaient nuire à leur capacité de développement et à leur possibilité de mieux fonctionner dans la société.

III. L'accès aux tribunaux et au redressement des torts

La possibilité du redressement des torts découlant d'une politique défectueuse comprend deux aspects. En premier, les requérants doivent pouvoir avoir un accès facile à l'institution qui entendrait leur plainte et déciderait éventuellement d'un remède. En second, les juges eux-mêmes doivent posséder le pouvoir d'apporter un remède, la volonté de se servir de ce pouvoir et le savoir nécessaire pour s'assurer que ce remède est nécessaire et approprié.

1. Les obstacles au recours aux tribunaux

Plusieurs obstacles se présentent aux individus qui veulent avoir accès aux tribunaux pour redresser un tort. Certains sont de nature générale, tel le manque d'éducation et

²⁵ La nouvelle appellation du MASC, ministère des Services communautaires, à la Famille et aux Enfants.

²⁶ Ibid., ¶ 228, 231-234, 236-238.

²⁷ Ibid., ¶ 126.

d'information²⁸. D'autres sont de nature plus personnelle, comme le manque de temps, vu la lenteur du processus judiciaire, et le manque de ressources émotionnelles. Enfin, certains obstacles sont de nature financière. Comme le remarque Michael Mandel, le coût du recours aux tribunaux pour défendre les droits protégés dans la Charte canadienne des droits et libertés (CCDL) présente un obstacle majeur aux citoyens désavantagés et va à l'encontre des valeurs démocratiques égalitaires qu'elle devrait défendre²⁹. Certains coûts importants peuvent être en partie pris en charge par des subsides gouvernementaux aux litiges qui invoquent la CCDL sous le Programme de Contestation judiciaire du Canada (PCJC)³⁰, mais il ne s'applique qu'au palier fédéral. Ce programme, aboli déjà deux fois par le passé, vient de l'être à nouveau en septembre 2006. L'aide légale qui s'applique au palier provincial n'est pas impliquée dans les causes de politiques publiques³¹. En ce qui concerne l'accès aux subsides gouvernementaux et à la Cour suprême, des critiques semblent aussi indiquer que celui-ci serait plus ouvert à certains groupes d'intérêt³². Enfin, seulement une fraction de causes parvient en appel jusqu'à la Cour Suprême. Celle-ci accorde aux parties en litiges le droit d'appeler, en choisissant habituellement un mélange de causes qui soulèvent des questions d'importance publique. C'est à elle, donc, de juger de ce qui est important³³.

2. Les pouvoirs dont disposent les juges

Les juges ont non seulement le pouvoir formel de remédier aux politiques publiques défectueuses, mais de plus, ils l'ont considérablement élargi avec le temps. Selon la Constitution, "*les juges sont les arbitres de la validité constitutionnelle, à la fois en ce qui concerne la division des pouvoirs et en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux*".³⁴ Les cours possèdent le pouvoir formel de scruter les actions des branches exécutive et législative pour s'assurer de leur conformité et compatibilité avec la Constitution et d'y porter remède, même si les juges ne se sont pas "*portés volontaires*" à le faire³⁵.

²⁸ Sébastien Lebel-Grenier, "La Charte et la légitimation de l'activisme judiciaire", *Options politiques*, avril 1999, p.37.

²⁹ Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall & Thomson, 1989, p. 43.

³⁰ Le mandat de ce programme est d'assurer une aide financière pour l'établissement de causes types d'importance nationale qui vont aider à promouvoir et à encourager les droits des communautés de langues officielles vivant en situation minoritaire et les droits à l'égalité des groupes historiquement désavantagés.

³¹ F. L. Morton, Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough: Broadview Press, 2000, p. 95-99 et p. 101-102.

³² F. L. Morton, Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, op.cit., p. 121.

³³ Sujit Choudry, Claire E. Hunter, "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada : A Comment on the Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE", *Revue de droit de McGill* (2003), p. 556.

³⁴ La très honorable juge Beverley McLachlin, P.C., "Respecting Democratic Roles", November 22, 2004, p. 5, http://www.scc-csc.gc.ca/about_court/judges/speeches/Democratic_Roles_e.asp (2006-06-21) (traduction par l'auteure).

³⁵ F. L. Morton, Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, op.cit., p. 44. Les auteurs se réfèrent à une remarque de Mme la Juge Bertha Wilson.

Ce pouvoir leur est conféré a) par l'article 52 (1) de la Constitution qui autorise les cours à annuler les lois fédérales ou provinciales en conflit avec la Constitution, y compris la CCDL, b) par l'article 24 (2) de la CCDL qui établit un remède pour les violations des droits constitutionnels dans le contexte de la justice criminelle et c) par l'article 24 (1) qui donne aux cours le pouvoir de redresser les violations de la CCDL en créant des remèdes qu'elles considèrent justes et appropriés dans les circonstances³⁶. À ce pouvoir s'ajoute le vouloir des juges à s'en servir et même à élargir celui-ci en utilisant plusieurs moyens. L'énumération suivante de ces élargissements est puisée principalement dans les écrits des critiques de l'activisme judiciaire de la Cour suprême du Canada. Il n'en reste pas moins que ces élargissements de pouvoir ont créé des précédents que les cours ont à leur disposition pour appuyer leurs décisions.

Selon les critiques, les juges peuvent approcher la CCDL, en se référant à l'arrêt Edwards (1930), en adoptant la doctrine d'un "*arbre susceptible de croître et de se développer avec le temps*"³⁷. Ils se sont ainsi donnés une certaine liberté de créativité judiciaire. Elle leur permettrait d'adopter ou bien de rejeter les limites de l'interprétation traditionnelle textuelle ou basée sur l'intention originelle, d'après les critiques, selon qu'elles feraient obstacle ou non à la politique désirée ou aux nouveaux droits qu'ils veulent créer³⁸.

Un autre élargissement du pouvoir des juges découle de l'application du test de *Oakes*³⁹ pour interpréter et analyser les limites de l'article 1. Dans leur interprétation des quatre parties du test sur 1) les limites raisonnables, 2) prescrites par la loi, 3) justifiée par des preuves et 4) dans une société libre et démocratique, les juges, selon les critiques, peuvent étendre et contracter ces limites pour convenir aux politiques qu'ils préfèrent⁴⁰.

Les critiques remarquent que les juges se sont aussi donnés le pouvoir de redéfinir les valeurs de la CCDL, par exemple, dans *Miron c. Trudel* (1995), en affirmant que le principe de l'égalité reconnaît maintenant le droit individuel à réaliser son potentiel⁴¹, ou, dans *Elridge* (1997)⁴², en prenant comme index de discrimination les atteintes à la dignité et à la valeur personnelle⁴³.

Les juges peuvent étendre leur pouvoir lors de leur interprétation des articles 1, 7 et 15 de la CCDL quand leur examen de la violation des droits à l'égalité s'étend non seulement à l'intention mais aussi aux effets et aux conséquences des politiques sociales qui peuvent précisément aller à l'encontre de la dignité et du respect égal de certains individus⁴⁴. Ceci

³⁶ Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2nd ed., Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001, p. 164.

³⁷ Alain-Robert Nadeau, "Les 20 ans de la Charte des droits et libertés. Charte et activisme", *Le Devoir*, le mercredi 17 avril 2002, p. 2.

³⁸ F. L. Morton, Rainer Knopff, *Charter Revolution and the Court Party*, op.cit., p. 45, 49.

³⁹ R. c. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103

⁴⁰ Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2nd ed., op.cit., p. 39-47.

⁴¹ Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts. What is Parliament's Role?*, Montréal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2008, p. 174.

⁴² *Elridge* (1997) c. Colombie-Britannique (Procureur général) [1997] 3 S.C.R. 493.

⁴³ Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2nd ed., op.cit., p. 129.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 35. Voir, par exemple, la déclaration de Mme la Juge B. Wilson dans *BM Drug Mart et Greggs c. Duke Power Co.* Elle y déclare qu'il faut examiner les conséquences de la discrimination et non

leur permet d'intervenir dans les politiques publiques. Un critique, en particulier, remarque que l'interprétation de l'article 7 permet aux juges de présenter des défis de taille aux politiques publiques en recourant aux grands principes basés sur la liberté, la sécurité de la personne et la justice fondamentale dont la nature est si vaste qu'elle leur permet une révision judiciaire "*procédurale et substantive*"⁴⁵.

Dans l'arrêt Vriend (1998)⁴⁶, selon un autre critique, les juges s'écartent de leur rôle formel de déclarer invalide une loi incompatible avec la CCDL pour prendre celui de législateur en imposant directement une nouvelle norme légale pour la rendre compatible avec cette Charte⁴⁷. Ils peuvent ainsi augmenter leur potentiel d'élaborateurs de politiques en cherchant à innover et réécrire les lois plutôt qu'à les invalider et laisser aux législatures le devoir de les réécrire⁴⁸. D'autres se plaignent que la Cour suprême a étendu son pouvoir de protéger les droits des individus et des "*minorités discrètes et isolées*"⁴⁹ à celui de protéger ceux des groupes d'intérêt⁵⁰.

De plus, et ceci est un point contesté entre analystes⁵¹, l'activisme judiciaire serait devenu plus accessible sinon plus agressif selon leur opinion que le recours à l'article 33 de la CCDL est tombé en défaveur ou que sa légitimité a été questionnée, suivant son usage, en 1988, par le gouvernement du Québec, pour garder en vigueur la loi 178 sur l'affichage.

3. Les difficultés que présente l'exercice de ces pouvoirs

S'ils veulent s'en servir, les juges ont donc amplement de pouvoirs et jouissent d'une certaine liberté discrétionnaire de les élargir pour redresser ou non les politiques défectueuses et remédier à leurs torts. Dans l'exercice de ces pouvoirs, rencontrent-ils certaines difficultés et, plus précisément, possèdent-ils le savoir et l'expertise nécessaires pour exercer ces pouvoirs adéquatement, principalement quand il s'agit de causes impliquant des questions nouvelles, complexes et de nature scientifique ou technique ?

Ici, les critiques se montrent particulièrement acerbes. Selon eux, a) les juges ne possèdent pas une perspicacité morale supérieure à celle des autres acteurs politiques pour rendre tolérable la suprématie judiciaire⁵²; b) ils ne sont pas infaillibles, comme le

seulement ses raisons. Ce principe a été aussi accepté dans *Morgentaler, Smoling & Scott c. Regina* (1988). *Ibid.*, p. 33.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁶ *Vriend c. Alberta* [1998] I S.C.R. 493..

⁴⁷ Sébastien Lebel-Grenier, "La Charte et la légitimation de l'activisme judiciaire", *op.cit.*, p. 36.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 37.

⁵⁰ Certains se retrouvent dans ce que F. L. Morton & Rainer Knopff appellent le "Court Party", dans leur ouvrage *The Charter Revolution and the Court Party*.

⁵¹ Sujit Choudry, Claire E. Hunter, dans "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada : A Comment on the Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE", *Revue de droit de McGill* (2003), affirment que leur étude démontre que cet activisme n'a pas augmenté après 1988. Par contre, Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, dans "Misrepresenting the Supreme Court Record? A Comment on Sujit Choudry & Claire E. Hunter, " Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada " ", (2004), 49, *Revue de droit McGill*, p. 741-764, critiquent la méthodologie et les statistiques de cette étude et, donc, ses conclusions sur ce point.

⁵² Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2nd ed., *op.cit.*, p. 170.

témoignent les opinions dissidentes de leurs confrères non seulement sur les raisons d'un jugement mais aussi sur le jugement lui-même⁵³, et c) ils ne disposent pas de ressources, d'expertise particulière ou de connaissances uniques pour faire une évaluation informée d'une politique⁵⁴.

Pour arriver à une décision concernant une politique publique, les juges confronteraient aussi des problèmes de nature méthodologique. Alors qu'une telle politique est formulée suivant un assez long processus d'élaboration et d'évaluation avec l'aide d'experts, de l'expérience des bureaucrates et d'estimés financiers, elle n'est examinée par les juges que sous l'optique des droits et de grands principes par rapport à sa conformité aux valeurs de la CCDL⁵⁵. De plus, le processus de prise de décision des tribunaux n'est pas fait pour résoudre des problèmes complexes et à facettes multiples que présentent des politiques publiques modernes⁵⁶. Pour arriver à leur décision, les juges ne s'appuieraient que sur les dépositions des experts des parties en litige, sur la jurisprudence choisie et sur leurs propres connaissances générales. Or, en se fiant aux témoignages d'experts des deux parties, les juges n'ont pas accès à tous les renseignements pertinents. Ils ne possèdent pas non plus la formation spécialisée essentielle à une bonne compréhension de la teneur et des conséquences de ces témoignages⁵⁷ comme le soulignent les conséquences, plutôt déplorables, des arrêts Askov (1990)⁵⁸ et Daviault (1994)⁵⁹. Enfin, leurs décisions ne s'appuient pas sur une étude des coûts réels des remèdes qu'ils proposent à une violation constitutionnelle, ils s'en remettent plutôt aux affirmations des requérants, comme dans l'arrêt Elbridge (1997)⁶⁰.

Il semblerait, cependant, d'après une déclaration récente de la juge en chef de la Cour suprême, que cet activisme judiciaire sur des questions sociales complexes ne soit pas si fréquent et que, quand il s'agit de telles questions, bien des décisions expriment le besoin de déférer ces questions au Parlement et à la loi⁶¹. Même les critiques de l'activisme judiciaire de la Cour suprême estiment qu'il ne s'est manifesté en moyenne que dans 37,6 pour cent des causes qui lui ont été soumises de 1984 à 2002⁶². Donc, on ne peut s'attendre à ce qu'une cour soit toujours prête à agir pour redresser les politiques défectueuses et leurs torts. Toutefois, elle ne peut déférer une cause aux législatures quand une loi est inconstitutionnelle, qu'il s'agisse d'une question de division des

⁵³ Ibid., p. 22-23.

⁵⁴ Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts. What is Parliament's Role*, op.cit., p. 60.

⁵⁵ Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2nd ed., op.cit., p. 197.

⁵⁶ Ibid., p. 163.

⁵⁷ F. L. Morton, Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, op.cit., p. 142-143.

⁵⁸ R.c.Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199.

⁵⁹ R. c. Daviault, [1994] 3 S.C.R. 63..

⁶⁰ Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts. What is Parliament's Role*, op.cit., p. 51-53.

⁶¹ La très honorable juge Beverley McLachlin, P.C., "Respecting Democratic Roles", November 22, 2004, p.5, http://www.scc-csc.gc.ca/about_court/judges/speeches/Democratic_Roles_e.asp (2006-06-21).

⁶² Sujit Choudry, Claire E. Hunter, dans "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada : A Comment on the Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE", op.cit., p. 545.

pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales ou d'une question de protection des droits individuels par rapport au pouvoir de l'État⁶³.

En ce qui concerne l'intervention des juges en matière de politiques publiques, Mme la juge en chef McLachlin, dans deux discours qui semblent une réponse aux critiques de l'activisme judiciaire, remarque que cette intervention se borne habituellement à discuter les faits de la cause et la loi telle qu'elle s'y applique. Les juges se concentreraient, donc, sur l'interprétation de la loi plutôt que sur des façons de la changer. Toutefois, elle reconnaît que, parfois, les juges arrivent à des décisions qui ont des implications politiques, et "*qu'il n'existe pas de démarcations claires entre appliquer la loi, interpréter la loi et légiférer*"⁶⁴, ceci est, selon elle, inévitable :

*"No matter how restrained a judge attempts to be, a degree of judicial law-making is inevitable. Indeed, it is the hallmark of the common law legal method, where laws develop through successive decisions called precedent. As English Scholar David Pannick puts it: Eager or not, qualified or not, the judge cannot avoid acting as legislator in exceptional cases at the appellate level."*⁶⁵

D'après cette citation, les juges ont donc la liberté de décider s'il s'agit ou non de cas exceptionnels. De plus, dans son discours, la juge en chef étend à la loi l'analogie de l'arbre vivant de la Constitution, en justifiant l'intervention judiciaire parce qu'elle permet à la loi de "*répondre aux changements de circonstances*"⁶⁶.

Comme les critiques, elle reconnaît a) que la capacité des juges à trouver la vérité à partir des faits n'est pas absolue et b) que ce processus s'avère d'autant plus difficile et problématique que les causes sont complexes et que les décisions s'appuient sur les témoignages d'experts⁶⁷. Enfin, elle souligne qu'en tant qu'êtres humains, les juges arrivent à des conclusions à partir de la loi et des faits, mais aussi dans une optique façonnée par leur formation et leurs expériences personnelles, tout en visant l'impartialité. Selon elle, parfois même les meilleurs juges peuvent avoir tort⁶⁸. Toutefois, elle remarque que si jamais un juge tentait d'imposer sa propre vision des choses, sa décision serait probablement rejetée en appel⁶⁹. Elle semble contredire l'accusation des critiques qui suggérerait que les juges ne font guère attention au fardeau financier ajouté au trésor public à la suite de leur décision. Au contraire, elle affirme que les cours

⁶³ La très honorable juge Beverley McLachlin, P.C., "Respecting Democratic Roles", November 22, 2004, op.cit., p. 5.

⁶⁴ La très honorable juge Beverley McLachlin, P.C., "Respecting Democratic Roles", November 22, 2004, p.6, http://www.scc-csc.gc.ca/about_court/judges/speeches/Democratic_Roles_e.asp (2006-06-21) (traduction par l'auteure) .

⁶⁵ La très honorable juge Beverley McLachlin, P.C., "Judging in a Democratic State", June 3, 2004, p.3, http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/DemocraticState_e.asp (2006-06-21)

⁶⁶ Ibid., p.3.

⁶⁷ Ibid., p. 3-4.

⁶⁸ Ibid., p. 6, 8.

⁶⁹ La très honorable juge Beverley McLachlin, P.C., "Respecting Democratic Roles", November 22, 2004, op.cit., p.5

tiennent compte à la fois des demandes concurrentielles faites sur les ressources publiques et des perspectives rivales qui existent en politique publique⁷⁰.

En résumé, les juges ont, de par la Constitution (y compris la CCDL), le pouvoir d'intervenir en politique publique, de remédier à toute politique venant du pouvoir exécutif ou législatif qui violerait le respect des droits fondamentaux et de compenser à ses torts de la façon qu'ils jugent raisonnable et en tenant compte du fardeau financier que cette compensation pourrait donner au gouvernement.

Pour arriver à leur décision, les juges jouissent donc d'une certaine liberté dans l'exercice de ce pouvoir. Toutefois, rien ne garantit que leur décision sera la meilleure. Ils doivent être capables de surmonter certaines difficultés pour le faire. Les critiques et la juge en chef de la Cour suprême s'unissent pour souligner que les juges ne sont pas infaillibles, qu'ils ne peuvent juger que selon les faits donnés et des témoignages d'experts trop souvent biaisés et contradictoires. Les critiques ajoutent que leur mode de prise de décision ne convient pas à l'analyse de politiques publiques et qu'ils ne possèdent ni la formation spécialisée ni les connaissances nécessaires à cette analyse et que leur propre vision des choses peut être biaisée. Enfin, outre le fait que la Cour ne peut garantir l'application de ses décisions et recommandations, il y a toujours la possibilité d'un appel à la décision d'une cour inférieure de redresser une politique défectueuse et ses torts. Un gouvernement peut aussi passer outre à une décision d'un tribunal en invoquant l'article 33 bien que les critiques suggèrent que cette option est tombée en quasi-désuétude.

IV. Les obstacles spécifiques à l'accès aux tribunaux dans les arrêts Wynberg

Le petit nombre de familles⁷¹ qui a engagé les poursuites de la cause Wynberg semble un indice de l'importance que les obstacles généraux d'ordre personnel et financier à l'accès aux tribunaux posent aux familles d'enfants autistes. Les parents dans cette situation ont le plus souvent ni le temps à consacrer à une poursuite et à attendre les résultats de celle-ci, ni les ressources émotionnelles pour le faire vu l'urgence du traitement. Ils ne possèdent pas tous non plus les ressources financières nécessaires, celles-ci étant le plus souvent épuisées par les frais encourus pour les soins, les traitements et l'éducation de leurs enfants⁷². Il faut ajouter que l'option moins onéreuse choisie par certains parents de recourir à des tribunaux administratifs⁷³ n'a pas donné de résultats satisfaisants. Puisqu'il

⁷⁰ Ibid., p.6.

⁷¹ 30 familles et 35 enfants.

⁷² Certains ont fait venir des thérapeutes des États-Unis, ont suivi une formation pour donner le traitement ICI eux-mêmes, ont dû abandonner leur emploi pour prendre soin de leur enfant, ont hypothéqué leur résidence ou ont vendu celle-ci pour payer les frais des thérapeutes non couverts par le programme IEIP et d'écoles privées.

⁷³ Celui de l'Ombudsman et celui de la Commission ontarienne des droits de la personne. Pour plus de renseignements voir Commission ontarienne des droits de la personne, Fiche de renseignements, "Décision de la Cour d'appel de l'Ontario prévue demain dans les cas sur l'autisme Wynberg et al c. Ontario", 6 juillet 2006, http://www.ohrc.on.ca/french/news/bg_autism-cases.shtml (2006-10-19).

s'agissait d'un litige devant des cours provinciales, les frais des familles impliquées dans la plainte Wynberg n'ont pas été couverts le PCJC.

V. Les arrêts Wynberg, les pouvoirs et libertés des juges à redresser les politiques et leurs torts et certaines limites

Mme la juge Kiteley de la Cour supérieure de l'Ontario a-t-elle utilisé les pouvoirs constitutionnels à sa disposition et certains moyens d'élargir ceux-ci cités par les critiques dans sa décision de redresser une politique défectueuse et ses torts, dans cette cause, une politique sociale de nature complexe qui se rapporte au programme de l'IEIP qui s'adresse aux enfants ayant des TSA? Comment le jugement en appel a-t-il remis en question certains aspects de ses choix d'interprétation? Quelles limites sont posées ici à cet activisme judiciaire? Les réponses à ces questions se limitent à considérer certains points des raisonnements qui soutiennent les parties a) et b) du résumé de la première décision. Ces parties se rapportent au moyen choisi pour redresser les défauts d'une politique en examinant si le défendeur avait enfreint les droits des requérants selon l'article 15 (1) de la CCDL sur les bases de l'âge en ce qui concerne l'IEIP et sur les bases des déficiences mentales ou physiques en ce qui concerne les programmes et services en éducation spéciale, et si la violation concernant l'IEIP est justifiable selon l'article 1 de la CCDL. Sous cet aspect limité, on examine aussi les parties d) et e) de la décision qui ont rapport aux mesures choisies pour le redressement des torts⁷⁴. La discussion du jugement d'appel se restreint à leur référence aux points sélectionnés et est parfois appuyée des opinions contenues dans d'autres arrêts.

1. Les remèdes apportés pour corriger les défauts de l'IEIP et ses torts

L'intervention de la première décision Wynberg en politique publique pour remédier aux défauts d'une politique et à ses torts consiste à enlever la limite d'âge de 6 ans de l'IEIP jugée discriminatoire et à s'assurer que les enfants autistes recevront une éducation et des services appropriés qui comprendront l'ICI dans les écoles. Cette décision accorde aussi des réparations aux parents pour les frais passés encourus à partir de la date que la juge a choisi comme celle du début de la violation des droits et pour les dépenses de traitement à venir.

2. Les pouvoirs utilisés pour arriver à cette décision

La juge Kiteley utilise les pouvoirs constitutionnels à sa disposition et sa liberté d'interprétation qui lui permet d'élargir, dans une certaine mesure, ces pouvoirs pour arriver à cette décision. L'arrêt déclare que le défendeur (le gouvernement ontarien) a violé l'article 15 (1) de la CCDL par rapport aux droits des enfants autistes requérants à l'égalité devant la loi quel que soit leur âge et que cette violation ne peut être justifiée selon l'article 1 de la CCDL dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il considère également que les actions du ministère de l'Éducation (MED) constituent une violation de son devoir selon l'article 8 (3) de la Loi sur l'Éducation, en refusant d'assurer que l'ICI et les autres services et programmes appropriés soient donnés comme éducation spéciale aux enfants autistes d'âge de l'enseignement obligatoire, soit 6 ans et

⁷⁴ Wynberg c. Ontario 2005, op.cit., ¶ 17 qui donne le résumé de sa décision.

plus. Il ajoute que cette violation des droits sur les bases de déficiences mentales ou physiques est contraire aux droits des enfants requérants selon l'article 15 (1) de la Charte et que cette violation n'est pas justifiable selon l'article 1 de la Charte. Dans la violation de leurs droits sur les bases de l'âge, le jugement soutient que le lien rationnel entre l'âge d'éligibilité et les objectifs du programme de combler une lacune dans les services n'existe plus en octobre 2002, cette lacune n'existant pas uniquement pour les enfants d'âge préscolaire. Il conclut que le groupe d'enfants requérants de plus de 5 ans a établi sur une balance de probabilités que le gouvernement a discriminé contre eux en démontrant qu'une distinction les privait de leur valeur humaine égale et de leur dignité humaine⁷⁵.

3. La liberté du choix de la date de violation des droits dans les deux arrêts Wynberg

De quelle première façon la liberté d'interprétation des juges a aidé les raisonnements développés dans les deux arrêts Wynberg pour soutenir leurs décisions respectives et opposées? Tout d'abord, notons qu'un facteur possible d'élargissement ou non du pouvoir des juges de redresser des politiques publiques défectueuses non relevé par les critiques est la marge dont ils peuvent disposer pour fixer la date du début de la violation des droits sous l'article 15 (1). La détermination de cette date se révèle un important facteur dans les raisonnements qui appuient le premier jugement Wynberg et celui de son appel. La juge Kiteley choisit octobre 2002, déclarant qu'avant cette date, le gouvernement agit de bonne foi et selon les données du plan, alors que les requérants soutiennent que la première date de contestation de l'action du gouvernement est septembre 2000, soit le début de l'application de l'IEIP. Il est possible que la juge ait voulu tenir compte des pressions faites sur les finances publiques en choisissant une date plus avancée qui déterminerait aussi le début des compensations et diminuerait leur importance. Selon elle, en octobre 2002, le gouvernement persiste à garder l'âge limite d'éligibilité au programme alors qu'il est au courant des listes d'attente et qu'il sait que la majorité des enfants atteindra l'âge limite sans avoir eu accès aux services de l'IEIP. Elle considère qu'en octobre 2002, l'IEIP cesse d'être un programme ciblé qui justifierait la limite d'âge et devient donc inconstitutionnel. On peut, cependant, se permettre de questionner cette date et de voir si celle de juin 2001 ne serait pas plus appropriée. En effet, en juin 2001, le plan est appliqué depuis 2000, il n'est plus en phase de développement. En avril et mai 2001, la soumission au BG (Bureau de Gestion du Cabinet) contient des chiffres sur les listes d'attente et souligne que la majorité d'enfants ne recevra pas de services d'ICI à cause de la limite d'âge. Tous les enfants autistes, qu'ils aient reçu ou non l'ICI précédemment, sont aussi à cette date discriminés quand ils atteignent l'âge de la scolarisation obligatoire par suite du refus du MED de leur offrir l'ICI et des services appropriés en éducation spéciale. Malgré cela, le gouvernement réaffirme la limite d'âge. La juge Kiteley semble suggérer qu'il n'y avait pas d'évidence

⁷⁵ Ibid., ¶ 616. Le jugement ne trouve pas que les droits à la sécurité et à la liberté des enfants requérants sous l'article 7 ont été violés en les forçant, à cause de l'âge d'instruction obligatoire, à suivre des programmes d'éducation spéciale sans ICI et, donc, qui ne leur convenaient pas et pouvaient leur faire des torts durables, ou en forçant les parents à payer les frais de traitement privés ou d'une école privée qui donnerait ces traitements. Parmi ces torts, notons leur régression ou leur impossibilité de suivre le programme scolaire suite à leur comportement sans traitement d'ICI.

que le gouvernement était alors au courant du refus du MED d'offrir l'ICI en éducation spéciale dans les écoles. Du point de vue d'une politologue, ceci est douteux. Même sans posséder d'informations sur les discussions au Cabinet, même si le MASC (ministère des Affaires sociales et communautaires) n'avait pas informé officiellement le Cabinet du refus du MED, il est difficile d'accepter qu'un gouvernement si centralisé n'ait pas été au courant de la situation, car le Cabinet est informé des plans financiers du MED et des activités du MED, sur ce dernier point, au moins par son rapport annuel. De plus, son ministre participe régulièrement aux discussions du Cabinet. Enfin, le gouvernement était conscient à cette date de la plainte déposée par les parents en 2000, une plainte, entre autres, au sujet du manque de services donnés par le MED.

En appel, la date du début de la violation des enfants requérants choisie par les juges leur permet de repousser la plainte de discrimination en matière d'âge et donc d'établir des bases pour soutenir leur refus de remédier aux défauts d'une politique et aux torts causés aux requérants. Ils décident d'adopter seulement la première des quatre dates des requérants, soit septembre 2000, en ignorant les circonstances et les buts de la formulation de la politique par rapport à son application et aux effets de celle-ci sur ce groupe d'enfants. Les juges ne tiennent pas compte que l'IEIP avait pour but de donner l'ICI à tous les enfants de 2 à 5 ans et que les fonctionnaires et les experts à l'origine de la formulation de ce programme avaient décidé de cette limite d'âge parce qu'ils croyaient que le MED continuerait l'ICI dans les écoles pour y assurer une transition harmonieuse⁷⁶. Aux étapes de la formulation et de l'adoption de la politique, ils n'avaient aucun signe du refus du MED de le faire. En 2000, on ne peut déjà constater toute l'étendue des effets néfastes de la politique, soit les effets de refuser le traitement sous l'IEIP à la majorité des enfants sur les listes d'attente et à ceux qui ont atteint l'âge de 6 ans ayant bénéficié ou non du traitement précédemment. Il faut attendre 2001 ou 2002 pour le faire. Les juges peuvent ainsi affirmer dans leur analyse historique qu'avant 2000 (la date du début de l'application de l'IEIP) et la différenciation faite par l'IEIP entre les deux groupes d'âge, les enfants ayant des TSA étaient tous désavantagés, non pas à cause de leur âge, mais à cause de leur autisme⁷⁷. Ils peuvent donc conclure que le fait que le modèle d'ICI de l'IEIP n'est pas offert aux enfants d'âge scolaire, une fois le programme appliqué aux enfants de 2 à 5 ans, ne peut être perçu comme reflétant ou renforçant des attitudes et des préjugés qui existaient auparavant envers les enfants de 6 ans et plus à cause de leur âge⁷⁸. S'ils avaient choisi les années suivantes, ils auraient été obligés dans leur examen historique de constater la discrimination sur les bases de l'âge entre 2000 et 2001 ou 2002 suite aux résultats de l'application du programme, même si l'IEIP, à l'origine, n'avait aucune intention discriminatoire à l'égard d'un groupe d'enfants.

4. La liberté d'interprétation de la jurisprudence et de l'analyse littérale

La juge Kiteley et les juges d'appel appuient aussi leur propre analyse de discrimination sur leur interprétation de la jurisprudence de Lovelace et des facteurs contextuels de Law pour affirmer que la limite d'âge de l'IEIP nuit ou ne nuit pas à la dignité des enfants de 6

⁷⁶ Voir la remarque d'une des experts à la note 9.

⁷⁷ Wynberg v. Ontario, 2006 CanLII 22920 (ON C.A.), (2006) O.J. No. 2732, ¶ 49.

⁷⁸ Ibid, ¶. 50 et 51.

ans. Cette décision semble influencée en partie par la liberté des juges, notée par les critiques, de choisir la jurisprudence et de l'interpréter mais aussi de réinterpréter, en appel, les concepts⁷⁹ utilisés par le jugement précédent et de donner leur propre définition de la nature de l'IEIP et de l'ICI.

La juge Kiteley avait affirmé que l'on avait tenu compte des besoins, capacités ou circonstances des enfants autistes pour établir les critères d'éligibilité à l'entrée de l'IEIP, mais que cela n'a pas été fait pour établir ceux d'éligibilité à sa sortie. Elle remarque que ces derniers auraient dû être basés sur des décisions cliniques selon l'avis des experts. Elle peut ainsi décider donc *"qu'il n'y avait pas de correspondance entre, d'une part, les bases de la discrimination et les bénéfiques réclamés et, d'autre part les capacités ou les circonstances des enfants requérants."*⁸⁰

De leur côté, les juges d'appel interprètent différemment le caractère de l'IEIP en insistant qu'il est intrinsèquement ciblé et, en substituant un mot par un autre, ils suggèrent que le raisonnement de la juge Kiteley ne s'applique pas ici. Ils peuvent ainsi dire qu'un tel programme ciblé aux enfants de 2 à 5 ans avait pour but de répondre à leur situation spécifique sans donner le message que les enfants plus âgés, en comparaison, étaient intraitables. Ils se réfèrent à la jurisprudence de Lovelace pour démontrer que l'IEIP ne s'appuyait pas sur des stéréotypes concernant ce dernier groupe d'enfants. Ils considèrent le deuxième facteur contextuel de Law se rapportant à la correspondance ou manque de correspondance entre les bases de la plainte (le refus d'accès à l'IEIP sur les bases de l'âge) et les besoins, capacités ou circonstances réelles des requérants par rapport aux groupes de comparaison⁸¹. Ils notent que la juge Kiteley semble vouloir dire que le critère de sortie des enfants de 2 à 5 ans est l'âge plutôt qu'une évaluation clinique individuelle et que, donc, elle s'inquiète de l'utilisation de l'âge comme facteur de différenciation et non de si, quand l'âge est, de fait, utilisé, il sert de base pour traiter un groupe différemment d'un autre de façon discriminatoire. Ils ajoutent que ce sont les circonstances du groupe plus âgé qui doivent être considérées quand seul le groupe plus jeune a accès au programme⁸². Ils suggèrent que la juge Kiteley a peut-être voulu dire accès au lieu de sortie, et que dans ce cas, si la juge Kiteley a voulu dire que le groupe de requérants ne devrait pas se voir refuser l'accès à l'IEIP seulement sur les bases de l'âge mais sur les bases d'une évaluation clinique individuelle, son opinion est en partie contredite par la déclaration de Mme la juge en chef McLachlin dans Gosselin c. Québec (procureur général) [2002] 4 S.C.R. 429 *"qu'un élément arbitraire est inhérent à toute loi qui utilise l'âge parce que ce critère n'est pas fondé sur les circonstances individuelles, mais qu'en regroupant les individus, l'âge est souvent proprement utilisé comme substitut aux capacités et circonstances du groupe."*⁸³

Ensuite pour procéder à l'analyse contextuelle complète du second facteur de Law, les juges d'appel pensent nécessaire d'examiner la correspondance entre chacun des groupes requérants et le groupe de comparaison et la différenciation à la base de leur plainte. Leur

⁷⁹ En remplaçant sortie par accès et en redéfinissant le mot malentendu.

⁸⁰ Wynberg v. Ontario 2006, op.cit., ¶ 55 citant Wynberg 2005, ¶ 586.

⁸¹ Wynberg v. Ontario, op.cit., ¶ 54.

⁸² Ibid., ¶ 56.

⁸³ Ibid., ¶ 57.

opinion est que l'IEIP est un programme ciblé aux enfants autistes de 2 à 5 ans pour deux raisons **a)** ils sont d'un âge plus susceptibles de bénéficier au mieux d'un programme d'intervention intensif et **b)** ils ne fréquentent pas l'école. Leur conclusion est donc que l'IEIP correspond aux capacités et aux circonstances des enfants du groupe d'âge ciblé et ne correspond pas de la même façon aux circonstances du groupe de requérants. Ceci, selon eux, rend donc moins probable que le traitement différentiel basé sur l'âge donné au groupe plus jeune constitue une discrimination envers le groupe plus âgé⁸⁴.

Leur interprétation révèle un certain manque de connaissances de la nature de l'ICI et du système scolaire. Ils ne semblent pas non au plus au courant de la nature urgente, pour les enfants autistes, de leur accès à l'ICI qui n'a peu en commun avec une demande d'aide financière (l'assistance sociale) de la jurisprudence choisie. Le raisonnement des juges basé sur la nature ciblée du programme démontre leur compréhension limitée de l'ICI. Ce traitement peut être donné à tous les âges, selon les besoins, et non à un groupe d'âge plutôt qu'à un autre. S'il est 'ciblé', il varierait plus selon le degré et les différents types d'autisme que selon l'âge et peut être introduit et avoir des chances d'être bénéfique à tous les âges. L'âge semblerait donc peu justifiable comme facteur d'exclusion à l'accès à l'IEIP sur les bases de la nature ciblée de l'ICI. Il ne peut l'être non plus sur celles de la fréquentation scolaire invoquée par les juges d'appel. En premier, les experts qui ont formulé l'IEIP pensaient qu'il serait continué à l'école sans aucune difficulté. En second, les juges ignorent que l'école commence au jardin d'enfants et que les enfants de 5 ans dans l'IEIP qui ont pu fréquenter l'école ont pu donc bénéficier aussi d'un *home programme* de deux à trois heures après l'école et durant les vacances. Le *home programme* aurait pu continuer à 6 ans à l'école ou après l'école, selon les besoins cliniques de l'enfant et le programme offert par l'école, et non une limite d'âge arbitraire. Pour obtenir des résultats durables et une transition harmonieuse à l'école, les juges ne comprennent pas que la continuité de ce programme est essentielle. Il est surprenant que ces juges ne se soient pas référés à la jurisprudence américaine qui semble au courant de la nature et de la valeur de l'ICI ainsi que de la nécessité de son financement public⁸⁵.

La liberté des juges des deux cours de donner un sens différent au même mot et d'interpréter différemment la même jurisprudence ou de la distinguer du cas analysé pour arriver à des conclusions opposées est évidente lors de l'examen du troisième facteur contextuel de Law. Ce facteur demande d'examiner si l'action gouvernementale disputée a un but ou un effet améliorateur et, dans l'affirmative, si cette action exclut certains de sa portée, et qu'en conséquence, leur dignité humaine est amoindrie.

Les deux cours conviennent que l'IEIP est un programme améliorateur et que le groupe des requérants est aussi désavantagé dans l'optique de l'analyse de Lovelace. De là, leur raisonnement les conduit à des conclusions différentes. La juge Kiteley conclut que le cas Wynberg est une de ces rares occurrences où un programme améliorateur est

⁸⁴ Ibid., ¶ 60.

⁸⁵ Voir la décision de Bucks County Department of Mental Health v. De Mora que les parents doivent être directement compensés financièrement pour avoir donné les services d'intervention ABA que le district scolaire aurait dû leur offrir. Voir Wrightslaw, "Federal Court Rules Parent May Be Compensated For ABA Services for Own Child", <http://www.wrightslaw.com/adoc/articles/autism.bucksco.aba.mayerson.htm>, p.1-4.

discriminatoire. De leur côté, les juges d'appel insistent sur la nature ciblée de l'IEIP. Ayant établi que l'IEIP est un programme ciblé à un groupe et non pas compréhensif⁸⁶, ils peuvent conclure, en s'appuyant sur une citation du juge Iacobucci que l'analyse doit "*porter sur le fait que le but du programme était d'améliorer les conditions d'un groupe désavantagé spécifique, plutôt que sur le fait que les deux groupes sont désavantagés*"⁸⁷ et que, dans ce cas, l'exclusion du programme a moins de chances de dégrader la dignité humaine des exclus.

Les juges d'appel rejettent les raisons données par la juge Kiteley pour distinguer le cas Wynberg de celui de Lovelace, la première étant que les deux groupes de Lovelace existaient de façon distincte avant la création du programme, la deuxième, que le programme résultait d'un partenariat entre le gouvernement ontarien et le groupe désavantagé ciblé⁸⁸. Les juges d'appel affirment que les deux groupes de requérants et de comparaison existaient avant la création du programme. Ceci semble contredire leur affirmation antérieure qu'étant semblablement discriminés à cause de leur autisme, sans virtuellement de services, et certainement de services d'ICI donnés par un financement public, les deux groupes n'étaient pas alors distincts l'un de l'autre⁸⁹. Ils rejettent la deuxième raison en affirmant qu'un gouvernement n'a pas besoin de la contribution du groupe ciblé, cette contribution existant dans Lovelace, pour arriver à un haut degré de correspondance entre le programme améliorateur et les circonstances du groupe ciblé, ne donnant que l'IEIP comme exemple pour soutenir ce point de vue. Ils ne considèrent pas le fait que si la politique, lors de sa formulation, avait tenu compte des objections des parents concernant les besoins de leurs enfants, elle aurait pu être mieux conçue, en particulier, en ce qui a trait à une transition harmonieuse à l'école⁹⁰.

Une dernière raison donnée par la juge Kiteley pour distinguer le cas Wynberg de celui de Lovelace est que, dans Lovelace, l'exclusion du groupe des requérants n'était pas associée à un malentendu (*misconception*) concernant leurs besoins, capacités et circonstances réelles, alors que dans Wynberg, l'IEIP a présumé par erreur que les programmes scolaires d'éducation spéciale répondraient aux besoins des requérants. Elle peut donc affirmer que la conclusion de Lovelace ne s'applique pas ici, c'est-à-dire que l'exclusion d'un programme améliorateur ciblé a moins de chances d'être discriminatoire. Le rejet de cette affirmation par les juges d'appel repose sur leur liberté de définition et de redéfinition des termes, ici du mot *misconception* (malentendu) tel qu'utilisé dans Lovelace. Le malentendu, selon eux, doit refléter un stéréotype du groupe exclu qui porte atteinte à sa dignité humaine alors qu'à leur avis, la supposition de l'IEIP que les programmes d'éducation spéciale répondraient aux besoins de ce groupe était une erreur qui ne constitue pas un malentendu du type impliqué dans Lovelace. Ils trouvent que cette erreur ne nuit pas au but améliorateur de l'IEIP, que ce but est conforme à l'article 15 (1) de la CCDL et ne nuit pas à la dignité humaine des requérants. Donc, ils peuvent conclure que le cas Wynberg n'est pas différent de Lovelace et que sa proposition que l'exclusion

⁸⁶ Wynberg v. Ontario 2006, op.cit., ¶ 63.

⁸⁷ Ibid., ¶ 63.

⁸⁸ Ibid., ¶ 64-65

⁸⁹ Voir le paragraphe de cet article qui se réfère à la note 77.

⁹⁰ Wynberg v. Ontario 2006, ¶ 66-67.

d'un groupe ciblé rend moins probable la conclusion que le groupe exclu est sujet à la discrimination s'applique ici⁹¹.

Le dernier facteur contextuel de Law considéré dans les deux arrêts Wynberg pour déterminer si le traitement différentiel des deux groupes d'enfants constitue une discrimination se rapporte à la nature et à la portée de l'intérêt affecté par l'action du gouvernement. Alors que la juge Kiteley trouve que le refus de donner un programme du type IEIP aux enfants de 6 ans et plus les prive des capacités dont ils ont besoin pour participer pleinement à la communauté humaine, les juges d'appel réitèrent leur opinion précédente qu'un type de programme IEIP ciblé au groupe plus jeune ne convient pas aussi bien au groupe plus âgé. Donc, ils concluent que l'impact sur les possibilités des exclus d'acquérir les capacités nécessaires à bien fonctionner dans notre société n'est que très éloigné et donc non discriminatoire parce que le programme améliorateur a été conçu pour répondre aux besoins du groupe de comparaison. À nouveau, ces juges ne semblent pas connaître la nature de l'ICI et ignorent l'opinion des experts et des fonctionnaires qui, certainement, en comptant sur la continuation de l'IEIP à l'école, croyaient qu'il pouvait certainement s'appliquer au groupe des exclus. Sur les bases de leur analyse des ces facteurs contextuels de Law, les juges peuvent ainsi contredire la conclusion de la juge Kiteley en affirmant que les requérants n'ont pu établir que leur plainte de discrimination sur les bases de l'âge était discriminatoire⁹².

5. La liberté d'interprétation dans l'application du test de *Oakes*

Dans l'utilisation de la CCDL pour redresser une politique, nous avons vu précédemment que, selon les critiques, la jurisprudence⁹³ du test de *Oakes* sur laquelle se base le cadre d'analyse général pour décider si la violation des droits sous l'article 15 (1) de la CCDL est justifié sous son article 1 peut offrir aux juges une certaine liberté d'interprétation dans leur pouvoir de redresser ou non les défauts d'une politique et ses torts. Toutefois, ce cadre d'analyse présente aussi des limites à cette liberté : "*une personne doit d'abord établir que suite à une distinction faite entre le requérant et d'autres personnes, celui-ci a été privé de la protection égale ou du bénéfice égal de la loi. En second, le requérant doit démontrer que cette privation constitue une discrimination sur les bases de l'un des facteurs énumérés dans l'article 15 (1) ou d'un facteur analogue*"⁹⁴.

En premier, il est donc, essentiel que les juges prouvent que la discrimination s'exerce dans le cadre direct ou indirect d'une loi. Ceci dépend de l'interprétation des juges. Dans le jugement *Auton*, la Cour suprême a déclaré qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le bénéfice demandé, tel qu'elle l'avait défini, n'était pas offert par une loi. Dans le premier arrêt *Wynberg*, la juge Kiteley démontre que le programme IEIP et les actions du MED s'exercent sous l'autorité d'une loi ou d'un statut, et les juges d'appel en conviennent.

⁹¹ Ibid., ¶ 68-72.

⁹² *Wynberg v. Ontario* 2006, ¶ 73-74.

⁹³ Citée dans *Auton* (21), *Elridge c. Colombie-Britannique (Procureur Général)*, (1997) 3 R.C.S. 624, [58], dans *Andrews c. Law Society of British Columbia* (1989) 1 R.C.S. :143, p 168 et suivantes.

⁹⁴ Traduction libre par l'auteure, *Auton* (21), *Elridge c. Colombie-Britannique (Procureur Général)*, (1997) 3 R.C.S. 624, p.21.

En second, sur le plan de la violation des droits des enfants requérants, le premier jugement Wynberg reconnaît que, selon l'article 15(1), il y a eu une violation de leurs droits à l'égalité devant la loi, quelque soit leur âge, et que cette violation ne peut être justifiée selon l'article 1 dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le jugement déclare, comme déjà indiqué, que les actions du MED (dont le gouvernement est responsable) constituent une violation de son devoir selon l'article 8 (3) de la Loi sur l'Éducation, en refusant d'assurer que l'ICI et les autres services et programmes appropriés soient donnés comme éducation spéciale aux enfants autistes d'âge scolaire obligatoire, soit 6 ans et plus. De plus, il constate une violation des droits sur les bases des déficiences mentales ou physiques contraire aux droits des enfants requérants selon l'article 15 (1) de la CCDL, une violation qui n'est pas justifiable selon l'article 1 de la CCDL. Dans la violation de leurs droits sur les bases de l'âge, il soutient que le lien rationnel entre l'âge d'éligibilité et les objectifs du programme de combler une lacune dans les services n'existe plus en octobre 2002, cette lacune n'existant pas uniquement pour les enfants d'âge préscolaire. Il conclut que le groupe d'enfants requérants de plus de 5 ans a établi, sur une balance de probabilités, que le gouvernement a discriminé contre eux en démontrant qu'une distinction les privait de leur valeur humaine égale et de leur dignité humaine⁹⁵.

Son raisonnement s'appuie en partie sur son choix de groupes de comparaison. Les juges ont la liberté d'en choisir pour établir leur traitement différentiel de celui des requérants. Ils peuvent adopter tous les groupes ou seulement certains de ceux suggérés par les requérants ou en choisir d'autres. Parfois ils n'en trouvent aucun qui soit, à leur avis, approprié. Ils doivent ensuite démontrer que ces groupes ont reçu un traitement différentiel. Dans l'arrêt Auton, par exemple, la Cour suprême n'avait pas trouvé qu'un autre groupe d'enfants avec ou sans déficiences mentales ou physiques avait reçu du financement de la part du gouvernement pour une thérapie qu'elle jugeait alors aussi nouvelle et controversée que l'ICI.

A la suite de l'arrêt Auton, les requérants de la cause Wynberg doivent soumettre en 2005 trois autres groupes de comparaison parmi lesquels la juge Kiteley en choisit deux dans les catégories de la communication et des déficiences physiques⁹⁶ en ce qui concerne la question de la discrimination en services et programmes appropriés en éducation spéciale offerts aux enfants autistes. En appel, les juges se concentrent sur la nature tardive de ce choix pour déclarer que la juge Kiteley n'a pas pu présenter des preuves suffisantes que les deux groupes de comparaison recevaient une éducation spéciale appropriée. Ils décident donc qu'elle ne peut prouver l'existence de discrimination en ce qui concerne les

⁹⁵ Wynberg v. Ontario 1995, op.cit., ¶ 616. Le jugement n'a pas trouvé, d'autre part, que les droits à la sécurité et à la liberté des enfants requérants sous l'article 7 ont été violés en les forçant, à cause de l'âge d'instruction obligatoire, à suivre des programmes d'éducation spéciale sans ICI et, donc, qui ne leur convenaient pas et pouvaient leur faire des torts durables, ou en forçant les parents à payer les frais de traitement privés ou d'une école privée qui donnerait ces traitements. Parmi ces torts, notons leur régression ou leur impossibilité de suivre le programme scolaire suite à leur comportement et à leur manque de préparation à des interventions médicales et à une vie plus normale.

⁹⁶ Dans le premier groupe, les sourds et les autres malentendants et ceux qui ont des difficultés de langage ou de prononciation, et d'apprentissage et dans le deuxième, les enfants aveugles ou de faible vue. Wynberg v. Ontario 2006, ¶ 120.

requérants en matière d'éducation spéciale sur les bases de déficiences mentales ou physiques⁹⁷. En somme, il n'y a pas de discrimination car ils estiment ne pas avoir de preuves suffisantes que ces groupes, tout comme les enfants autistes, recevaient un programme d'éducation spéciale qui leur convenait. De plus, ils avaient auparavant affirmé que les requérants n'avaient pas établi que l'ICI dans le cadre de l'IEIP pouvait être donné dans les écoles et qu'il était le seul traitement approprié en éducation spéciale pour les enfants autistes⁹⁸. Ils ne tiennent pas compte ici de l'avis des experts qui ont cru que l'ICI sous l'IEIP serait continuée dans les écoles et donc, qu'elle pouvait y être donnée, et qui, avec le Chirurgien général des États-Unis affirment, selon leurs recherches, que l'ICI est le seul traitement dont l'efficacité est reconnue scientifiquement. Ils ajoutent qu'au lieu d'affirmer que l'ICI est le seul traitement approprié pour les enfants autistes, la juge Kiteley aurait dû prouver que l'éducation spéciale donnée aux enfants autistes dans les écoles était alors inappropriée. Ils ne réalisent pas la difficulté de fournir une preuve officielle de cette situation, quand le MED n'a introduit des standards et des contrôles provinciaux en éducation spéciale qu'en 2002, à la fin de la période considérée. Même s'ils avaient opiné avec la juge Kiteley sur les points concernant l'ICI, les juges d'appel affirment que cela n'aurait pas modifié leur décision, suite à leur interprétation des conséquences du choix tardif des groupes de comparaison qui s'expriment dans l'insuffisance de preuves que les groupes de comparaison recevaient un traitement approprié. La réclamation de discrimination pour déficiences mentales ou physiques doit donc échouer, selon eux, non seulement parce que la juge Kiteley n'a pas démontré qu'il existait un traitement différentiel entre celui des requérants et celui des groupes choisis, mais aussi parce qu'elle n'a pas établi qu'un tel traitement différentiel constituerait une discrimination envers les requérants⁹⁹.

En appliquant le test de *Oakes*, la liberté des juges de choisir des groupes de comparaison appropriés et de soutenir ce choix de preuves adéquates afin de prouver leur traitement différentiel de celui des requérants a donc des conséquences importantes dans leur raisonnement de soutenir ou de refuser une plainte de discrimination. Cette liberté de choix entraîne des conséquences en ce qui concerne non seulement le redressement d'une politique défectueuse, mais aussi les réparations de ses torts. Ainsi, pour soutenir l'inconstitutionnalité de l'IEIP, la juge Kiteley avait choisi, comme groupe de comparaison, les enfants de moins de 6 ans par rapport au groupe de 6 ans et plus, cette limite d'âge renforçant les stéréotypes sur leur capacité de profiter de l'ICI. Après avoir démontré qu'il y avait eu discrimination envers le groupe plus âgé, elle peut ainsi décider des dommages en réparation des torts. Toutefois quand un juge ne peut trouver un groupe de comparaison approprié, son raisonnement doit s'arrêter avant de prouver ou non l'existence d'un traitement différentiel. Ainsi, après avoir éliminé le statut familial des grands-parents, jugé trop éloigné, la juge Kiteley trouve que le statut familial des parents constitue une base de discrimination analogue à celle des enfants. Cependant, elle n'accepte pas pour eux le groupe de comparaison de "*toute autre personne dans la*

⁹⁷ Ibid., ¶ 139 à 145.

⁹⁸ Ibid., ¶ 124 à 136.

⁹⁹ Ibid., ¶ 144.

province" suggéré par les requérants et faute d'en trouver d'autre¹⁰⁰, malgré la discrimination dont les parents ont souffert, elle ne peut prouver leur traitement différentiel et ne peut donc leur accorder de réparations. Cette difficulté de trouver un groupe de comparaison approprié que rencontrent parfois les juges diminuerait ainsi leur pouvoir de prouver l'existence d'une discrimination ainsi que leur capacité de redressement des torts.

6. Les difficultés que présente une cause impliquant une politique sociale de nature complexe et technique et dont la responsabilité institutionnelle n'est pas claire

Un autre obstacle que rencontrent les juges pour arriver à une décision de redresser ou non les défauts d'une politique et de remédier à ses torts est causée par les pratiques du néo-libéralisme qui rendent difficile d'imputer à une institution la responsabilité d'une politique et qui encouragent la fragmentation et la compétition institutionnelle. Cette situation est aggravée par un autre obstacle constitué par leur difficulté à définir la nature exacte de l'ICI. Comme le notent les critiques, les juges, pour arriver à leur décision concernant une question scientifique et relativement nouvelle, hors de leur domaine, doivent alors se fier aux témoignages des experts et à leurs propres connaissances générales. Ainsi, en 2000, bien que l'action intentée visait trois ministères, les juges des deux premières instances de la cause *Auton* décidèrent que l'ICI était une intervention médicalement nécessaire tombant donc sous la seule responsabilité du ministère de la Santé, en tant que service de santé mentale. Entre temps, en 1997, le gouvernement de la Colombie-Britannique avait transféré la responsabilité de la santé mentale des enfants et des adolescents du ministère de la Santé au ministère des Enfants et des Familles. Le jugement en appel de la Cour suprême suggère, en l'excusant, que ce dernier ministère était peu préparé à cette nouvelle responsabilité. Ce transfert a pu influencer la décision de cette Cour que les thérapeutes de l'ICI n'étaient pas des professionnels de la santé chargés d'offrir les services médicaux essentiels exigés sous La Loi canadienne sur la Santé ou le *Medicare Protection Act R.S.B.C. 1996*. En conséquence, elle déclare que c'est au Parlement de la province de décider si ce traitement devrait être inclus dans sa liste de services non essentiels remboursés par le gouvernement. De plus, elle considère que l'ICI est un traitement nouveau et controversé, de nature émergente, une des excuses qu'elle présente pour sa négligence par le nouveau ministère. Ces excuses comprennent aussi une considération des "*soucis financiers et des demandes concurrentielles (du gouvernement) par rapport à des ressources insuffisantes*"¹⁰¹.

De son côté, dans l'arrêt *Wynberg* de la Cour supérieure de l'Ontario, la juge Kiteley décide que l'ICI est une méthode d'intervention envers les enfants autistes¹⁰², une thérapie non médicale, avant l'âge scolaire, tombant sous la responsabilité du MASC et, à partir de l'âge scolaire, également une méthode d'accès à l'éducation faisant partie des services de l'éducation spéciale sous la responsabilité du MED¹⁰³. Or, le MED avait

¹⁰⁰ *Wynberg v. Ontario* 2005, ¶ 779-780.

¹⁰¹ *Auton (21), Elridge c. Colombie-Britannique (Procureur Général)*, (1997), p. 60.

¹⁰² *Wynberg v. Ontario* 2005, ¶ 686.

¹⁰³ *Ibid.*, ¶ 728-729.

décidé qu'il s'agissait d'une thérapie médicale et avait érigé contre elle a *policy barrier*¹⁰⁴. En somme, le flou institutionnel n'aide pas à formuler une définition claire de la nature de l'ICI ni à imputer à une agence gouvernementale la responsabilité d'offrir ce service. De plus, dans le premier arrêt Wynberg et la dernière décision d'Auton de la Cour suprême, l'interprétation par les juges de l'opinion des experts sur la nature de l'ICI dénote une certaine confusion de leur part. Est-ce le seul traitement dont l'efficacité a été officiellement reconnue par la communauté scientifique et le Chirurgien général des États-Unis (Wynberg, 2005) ou un traitement controversé, peu connu et de nature seulement émergente (Auton, 1997)? Les juges d'appel de Wynberg ont, eux, une vision plutôt incertaine de l'ICI. Quand ils défendent le refus du MED de l'offrir, ils affirment que ce n'est pas le seul traitement approprié et efficace à offrir aux enfants autistes, quand ils soutiennent la limite d'âge de l'IEIP, ils semblent convaincus qu'il faut s'assurer que les plus jeunes autistes y aient accès. Cette confusion parmi les juges vient de s'exprimer à nouveau dans une récente décision d'une *Divisional Court* de l'Ontario qui affirme que l'ICI est une thérapie médicale¹⁰⁵. En somme, ces jugements n'arrivent pas à s'entendre, d'une façon qui pourrait s'appliquer à l'échelle nationale, sur la nature de l'ICI et, vu le flou institutionnel issu du néolibéralisme, à imputer à une institution gouvernementale spécifique la responsabilité de son application et de son financement.

7. Le pouvoir des juges de réparer ou non les torts et de les calculer

En ce qui concerne la liberté des juges de décider du montant des réparations à distribuer pour redresser les torts, celle-ci semblent être limitée à divers degrés dans les deux premiers arrêts Auton et le premier arrêt Wynberg davantage par leur considération des charges financières des gouvernements impliqués que par celui d'accorder une compensation correspondant aux dépenses encourues par les requérants. Une limite posée à la réparation des torts permise par l'article 24 (1) de la CCDL est sa dépendance de l'évaluation des juges qui, contrairement aux remarques des critiques, sont soucieux dans les causes citées des coûts qu'elle entraîne au gouvernement. Dans les deux premières décisions de la cause Auton, qui ensuite, ont fait l'objet d'un renversement à la Cour suprême du Canada, les parents ne recevaient qu'une somme symbolique de 20 000\$ chacun, sans aucun autre remboursement des frais passés ou à venir pour le traitement d'ICI¹⁰⁶. Dans le premier jugement Wynberg, jugé cependant comme une certaine victoire par les requérants, ces dommages et intérêts ne concernent que le remboursement des traitements futurs, et des soins passés de l'ICI payés par les parents à partir du 1^{er} novembre 2002 ou plus tard, d'après le cas, la fin octobre étant, selon le juge, la date de violation des droits des enfants requérants¹⁰⁷. Dans ces arrêts, les juges expriment leur souci justifié par la jurisprudence de ne pas imposer un fardeau financier trop lourd au gouvernement, en ne redressant que minimalement ou symboliquement les torts subis par

¹⁰⁴ Ibid., ¶ 734..

¹⁰⁵ Il s'agit de *Clough v. Simcoe County District School Board* (May 26, 2005), voir Emond Harnden, "Divisional Court upholds ruling that IBI treatment for autistic child is 'therapy' not 'education'", <http://www.emond-harnden.com/whatsnew/oct05/CloughvSimcoeCountyBoard.shtml>.

¹⁰⁶ *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)* 2004 SCC 78. p. 2 dans http://www.sentex.net/Enexus23/naa_scd.html.

¹⁰⁷ *Wynberg v. Ontario* 2005, ¶ 807-808.

les individus¹⁰⁸. Le fait que les juges mentionnent qu'ils tiennent compte également de la compétition institutionnelle pour des ressources rares, résultant des politiques néolibérales, intervient dans leur décision de limiter ou d'annuler les dommages et intérêts à accorder.

Le jugement en appel de Wynberg reconnaît que des dommages peuvent être accordés quand un statut gouvernemental est jugé inconstitutionnel, mais que ceci ne s'applique que très rarement. Ils spécifient qu'un remède sous l'article 24 (1) peut être offert si une action gouvernementale " *beyond the enactment of an unconstitutional statute or provision where the violative action... falls outside the jurisdiction conferred by the provision*" ou "*dans l'éventualité d'une conduite qui est clairement wrong, in bad faith ou un abus de pouvoir*"¹⁰⁹. Les raisons qu'ils donnent pour restreindre l'accès aux dommages sont qu'un tel risque de responsabilité paralyserait l'efficacité du gouvernement et l'empêcherait de créer de nouvelles politiques ou programmes et que pour redresser les torts infligés par des politiques gouvernementales, de larges sommes destinées à des programmes et des institutions seraient détournées vers des particuliers¹¹⁰. De plus, ils affirment que les dommages demandés dans Wynberg sont basés sur une spéculation que les enfants requérants auraient bénéficié d'un programme constitutionnellement valide et qu'accorder ces dommages constitue une injustice envers les autres enfants qui ne font pas partie du litige et dont les parents ont autant besoin de compensations pour les frais encourus pour leur traitement. Ils concluent que "*dans l'absence de mauvaise foi, d'abus de pouvoir, de négligence ou d'aveuglement volontaire du gouvernement par rapport à ses obligations constitutionnelles, les dommages ne sont pas disponibles comme remèdes en conjonction avec une déclaration d'inconstitutionnalité*"¹¹¹. Ils refusent donc d'accorder tout dommage, invoquant aussi leur considération des demandes concurrentielles faites sur les ressources gouvernementales, malgré que, selon la juge Kiteley, les budgets de l'IEIP et de l'éducation spéciale dénotent des surplus.

En bref, les juges ont certainement, de par la Constitution, les pouvoirs de redresser une politique défectueuse et de remédier à ces torts. Comme les critiques l'on souligné, ils peuvent élargir ou diminuer ces pouvoirs de plusieurs façons, particulièrement en utilisant leur liberté d'interprétation. Dans l'examen des arrêts Wynberg, on a constaté que le choix de la date de violation des droits, et, dans l'application du test de *Oakes*, le choix des groupes de comparaison, ainsi que la sélection et l'interprétation de la jurisprudence et des termes présentés pour soutenir leur décision et la détermination des réparations donnaient une certaine marge de manœuvre aux juges dans l'exercice de ces pouvoirs.

On a trouvé également que tout membre du public rencontrait des obstacles généraux à recourir aux tribunaux concernant le redressement d'une politique publique qui violait les

¹⁰⁸ Le jugement *Wynberg* s'appuie sur un des principes de *Doucet-Boudreau* d'être "*fair to the party against whom the order is made in that it ought not to impose substantial hardships that are unrelated to securing the right*", dans *Ibid.*, ¶. 799 et 803.

¹⁰⁹ *Wynberg v. Ontario* 2006, ¶ 195 (traduction partielle par l'auteure).

¹¹⁰ *Ibid.*, ¶ 196.

¹¹¹ *Ibid.*, ¶ 202.

droits énumérés dans la CCDL et que la situation des familles d'enfants ayant des TSA rendaient ces obstacles encore plus sérieux. On a constaté que d'autres facteurs, dont certains avaient été suggérés par les critiques, peuvent rendre ce redressement précaire sinon difficile. Citons principalement **a)** le manque d'expertise des juges dans des questions de nature scientifique qui se traduit par leur incapacité d'arriver à une définition correcte d'une question de nature complexe comme celle du traitement ICI et donc, d'imputer la responsabilité de ce traitement à un ministère, cette imputation étant rendue encore plus ardue par le flou institutionnel néolibéral actuel; **b)** la préoccupation des juges de protéger la situation financière du gouvernement plutôt que celle des requérants, une préoccupation qui confirme la remarque de Mme la juge McLachlin ; **c)** l'utilisation d'une jurisprudence qui, selon la liberté d'interprétation des juges, peut réduire encore plus la possibilité d'accorder des dommages ou d'offrir des réparations plus adéquates par rapport aux torts subis et **d)** s'il s'agit d'une décision d'un tribunal inférieur en faveur des requérants, la possibilité d'appels à toutes les instances supérieures jusqu'à la Cour suprême, hors d'atteinte des ressources des citoyens ordinaires.

Sur la question des réparations des torts, même quand il y a réparations, on a constaté que les juges se font un devoir de tenir davantage compte de l'intérêt financier du gouvernement que des torts réels des particuliers. De plus, si le raisonnement des juges d'appel qui touche indirectement à la difficulté d'accès du recours aux tribunaux devient un précédent pour les prochaines décisions, toute demande de réparations de la part d'un petit groupe d'individus parmi ceux affectés par une politique défectueuse est perdue d'avance. Dans la cause Wynberg, les difficultés multiples à l'accès aux tribunaux de toutes les familles ayant des enfants sur le spectre autistique constituent certainement un obstacle puisque cette cause n'implique que 30 familles et 35 enfants. L'ironie est qu'en appel cet accès limité est une des raisons des juges de refuser toute compensation aux requérants. Le raisonnement utilisé est circulaire : parce que seulement un petit nombre de personnes a réussi à surmonter les difficultés d'accès aux tribunaux, ce petit nombre n'a pas le droit d'obtenir des réparations pour ses torts parce que les autres familles touchées par les conséquences d'une politique défectueuse n'ont pu accéder aux tribunaux. Ce jugement enlève tout espoir aux familles d'enfants autistes d'obtenir des réparations des tribunaux dans un avenir prochain. Les juges d'appel, dans leur raisonnement, ne tiennent pas compte des difficultés que le recours aux tribunaux présentent à tout membre du public, et encore plus aux familles d'enfants autistes. Ils semblent ne pas vouloir considérer l'utilité des *test cases* qui forcent, par le succès de certains individus, non seulement à redresser leurs torts, mais aussi à forcer l'adoption d'une loi plus équitable qui affecterait toutes les personnes dans leur cas ou, par leur précédent, qui réussirait à ouvrir à d'autres la possibilité de gagner plus facilement leurs causes sur la même question.

VI. Conclusions et stratégies recommandées

En réponse à nos questions initiales, il est évident que l'examen des deux jugements Wynberg révèle que les tribunaux ne sont pas des lieux sûrs à la fois pour corriger les défauts d'une politique sociale complexe de nature technique ou scientifique et dont la responsabilité institutionnelle n'est pas claire et pour remédier à ses torts. L'accès aux tribunaux pour le faire pose de multiples difficultés et ceux qui les surmontent n'ont

aucune raison de croire que leurs torts seront réparés justement parce qu'ils ont surmonté seuls ces difficultés. Au grand regret des critiques, il est aussi clair que les juges jouissent du pouvoir d'intervenir en politique publique, un pouvoir qu'ils peuvent élargir dans une certaine mesure à leur gré dans leur analyse de discrimination par leur choix de jurisprudence et de la distinguer ou non, par leur interprétation de la jurisprudence et leur définition et redéfinition des termes utilisés.

Mais si les juges ont le pouvoir de redresser les politiques défectueuses et leurs torts, l'examen des arrêts Wynberg et Auton révèle qu'ils ne possèdent pas toujours le vouloir ni le savoir, c'est-à-dire le désir, les compétences et connaissances nécessaires pour y arriver. Leur liberté, par exemple, de choix de date de violation des droits, de définition et redéfinition des concepts, de choix de groupes de comparaison et leur souci de protéger les intérêts des gouvernements plutôt que celui des particuliers, ceci à divers degrés, peuvent diminuer ou enlever leur capacité de corriger les défauts d'une politique et d'accorder une réparation équitable aux torts encourus par les particuliers. Dans ce processus, les juges rencontrent d'autres obstacles, tel leur peu de connaissances de questions scientifiques et leur besoin de se référer aux opinions des experts, ainsi que ceux découlant de la méthodologie elle-même de leur mode de prise de décision.

Vu ces conclusions, la nature parfois discordantes des décisions revues, et la précarité des jugements des cours inférieures, il semblerait préférable d'éviter que les juges interviennent en politique publique. Toutefois, on peut demander si leur déférence alors aux législatures dans les questions de politiques sociales complexes, telle que conseillée par la juge en chef de la CS, serait dans le cas Wynberg une solution appropriée, ceci pour deux raisons principales. En premier, les requérants ne peuvent compter sur une législature dont la majorité présente, quand son parti formait l'opposition officielle, a promis de redresser leurs torts, mais qui, une fois au pouvoir, a promptement renié sa promesse. Les parents des enfants autistes n'ont aucune assurance, vu l'histoire politique ontarienne pavée depuis plus de vingt ans de promesses brisées, que les partis maintenant en opposition n'agiront pas de la même façon s'ils forment le prochain gouvernement. De toute façon, les parents ne peuvent attendre la prochaine élection en espérant qu'elle leur apportera peut-être un gouvernement plus attentif à leurs demandes. En second, les enfants requérants de Wynberg ne peuvent pas attendre non plus pendant des années un service public de nature urgente qui devrait leur être donné au plus jeune âge et qui, du reste, ne leur sera, peut-être, jamais accordé par la législature provinciale.

Quelles implications pratiques peut-on déduire de ces résultats? Étant donné la confusion existante en politique provinciale sur l'ICI, une confusion qui se continue au niveau des tribunaux, et le refus du gouvernement de la province d'offrir l'IEIP aux enfants de plus de 6 ans et du MED de l'offrir dans les écoles, une stratégie serait de s'adresser au palier fédéral pour obtenir que ce traitement soit inséré comme un acte médical nécessaire dans la Loi canadienne sur la Santé. C'est une stratégie soutenue par *Families for Effective Autism Treatment (FEAT)*¹¹². On arriverait ainsi à une politique nationale avec des standards uniformes et elle ne pourrait être attaquée au gré des tribunaux et des gouvernements provinciaux. Cette approche réglerait la question de l'imputabilité

¹¹² "Call for a National Autism Strategy", May 11, 2006, dans Dawn Ontario Disabled Women's Network, p.1-2, <http://dawn.thot.net/autism3.html>.

institutionnelle concernant l'application de ce traitement en la plaçant directement sous les ministères de la Santé. Elle réglerait certainement les inégalités qui existent à présent entre les provinces et territoires canadiens, avec trois provinces sur dix et trois territoires sur trois qui ne possèdent aucun programme spécifique concernant le traitement des enfants autiste¹¹³.

Comme le souligne Michael J. Prince, les conséquences du flou institutionnel et de l'imputabilité des politiques issues des pratiques néolibérales ne touchent pas seulement les enfants autistes. Elles affectent tous les enfants souffrant de déficiences mentales ou physiques ainsi que leurs parents. Il remarque qu'"une préoccupation du régime de gouvernance du secteur public concernant les enfants handicapés et leurs familles est l'absence de mécanismes centraux de responsabilisation qui soient clairs, consistants et centralisés"¹¹⁴. Vu les difficultés trouvées dans Auton et Wynberg à prouver la discrimination sous les articles 15 et 7 de la CCDL, une autre stratégie qui engloberait les droits de tous les enfants handicapés serait donc d'exercer des pressions pour obtenir l'insertion dans la CCDL de deux articles sur les modèles de l'Article 15 de la Charte sociale européenne sur le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, et de l'Article 17 sur le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique¹¹⁵. Évidemment, tout nouvel article devrait spécifier qu'il échappe à l'article 33 de la CCDL.

Une dernière suggestion serait de demander au gouvernement fédéral l'adoption d'une loi qui contiendrait l'essence de la loi fédérale américaine IDEA (*The Individuals with Disabilities Education Act*) qui assure le financement par le gouvernement fédéral de tous les besoins en éducation (dont en traitement d'ICI) des enfants ayant des déficiences mentales ou physiques, y compris des TSA, de la naissance jusqu'à 21 ans¹¹⁶. Le financement de cette éducation proviendrait d'un transfert fédéral de fonds aux provinces et territoires strictement réservé à ce domaine. L'invasion de la sphère spécifique de l'éducation par le gouvernement fédéral nécessiterait des accords avec les provinces, mais elle pourrait être justifiée par son caractère d'urgence nationale, vu la prévalence galopante des troubles du spectre autistique, à présent, chez 1 enfant sur 166¹¹⁷.

113 Field 8. Policies and Programs for Children with Disabilities, Tableau 6.7 *Special Initiatives for Children with Autism or Autistic-like Tendencies and Their Families, Provinces and Territories*, CPRN-RCRP. http://www.cprn.com/en/kids-policy_6.7.htm.

114 Michael J. Prince, "The governance of children with disabilities and their families: Charting the public-sector regime in Canada", *Canadian Public Administration/Administration publique du Canada*, 45:3, Fall/Automne, p. 390.

115 Ces deux articles ont été invoqués pour condamner la France dans : Conseil de l'Europe, European Committee of Social Rights, Comité européen des droits sociaux, *Décision sur le bien fondé, Réclamation No. 13-2002, Par Autisme-Europe contre la France*, du 4 novembre 2003. http://coe.int/t/droits_de_l%27homme/csa/4_r%27clamations_collectives/Liste_des_R%27clamations/Bien_fond%27_RC13.pdf.

116 United States Government Accountability Office, *Report to the Chairman and Ranking Minority Member, Subcommittee on Human Rights and Wellness, Committee on Government Reform, House of Representatives, Special Education, Children with Autism*, Washington, D.C., January 2005, p. 2, p.21 et p. 22.

117 "Call for a National Autism Strategy", op.cit, p.2.