

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Première Nation de Kahkewistahaw *c.* Taypotat, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548 | **Date :** 20150528**Dossier :** 35518 |

Entre :

Chef Sheldon Taypotat, Michael Bob, Janice McKay, Iris Taypotat

et Vera Wasacase en tant que chef et représentants du conseil

de la Première Nation de Kahkewistahaw

Appelants

et

Louis Taypotat

Intimé

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 35) | La juge Abella (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon) |

Première Nation de Kahkewistahaw *c.* Taypotat, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548

Chef Sheldon Taypotat, Michael Bob, Janice McKay, Iris

Taypotat et Vera Wasacase en tant que chef et représentants

du conseil de la Première Nation de Kahkewistahaw Appelants

c.

Louis Taypotat Intimé

**Répertorié :** Première Nation de Kahkewistahaw ***c.*** Taypotat

2015 CSC 30

No du greffe : 35518.

2014 : 9 octobre; 2015 : 28 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

en appel de la cour d’appel fédérale

 *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Élections — Conditions d’éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année — L’exigence en matière d’éducation viole-t-elle l’art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03c).*

 Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l’éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l’éventail complet des responsabilités liées à l’autonomie gouvernementale. En réponse à ces objectifs — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l’éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme condition d’éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année. Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, était âgé de 76 ans et possédait une 10e année. Malgré le fait qu’il avait été chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l’élaboration du nouveau code électoral, M. Taypotat a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la constitutionnalité de l’exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12e année. Seule la question constitutionnelle reste à trancher par la Cour. Selon les prétentions de M. Taypotat, le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12e année violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1). En Cour fédérale, le juge de Montigny a rejeté la demande. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel. Les motifs sur lesquels cette dernière a fondé sa décision, soit l’âge et le fait de résider dans une réserve, n’ont pas été plaidés.

 *Arrêt* : L’appel est accueilli et la décision du juge de Montigny est rétablie.

 L’approche relative à l’art. 15 a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Elleexige une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. L’article 15 vise les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. L’analyse fondée sur le par. 15(1) porte donc sur l’égalité réelle.

 Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes.

 Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande.

 Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire dépend du fait qu’il n’existe pas le moindre élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu’elle aurait sur les membres d’un groupe énuméré ou analogue. Nous ne disposons pratiquement d’aucun élément de preuve quant aux rapports entre l’âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw. Nous ne disposons non plus d’aucun élément de preuve au sujet de l’effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve.

 Il n’est pas toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu’une loi, neutre à première vue, contrevient à l’art. 15. Dans certains cas, l’impact distinct d’une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l’espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l’exigence en matière d’éducation et un impact distinct sur la base d’un motif énuméré ou analogue. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de s’acquitter d’un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu’une accumulation d’intuitions. En conséquence, les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ne constituent pas à première vue une violation des droits garantis par l’art. 15.

**Jurisprudence**

 **Arrêt appliqué :** *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *Withler c.**Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*,[1999] 2 R.C.S. 203; *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Mian*,2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.

*Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), titre VII.

*Kahkewistahaw Election Act* [éd. en vertu de l’*Arrêté modifiant l’Arrêté sur l’élection du conseil de bandes indiennes (Kahkewistahaw)*, DORS/2011-49], art. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

**Doctrine et autres documents cités**

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, la Commission, 1996.

Canada. Statistique Canada. *Portrait de la scolarité au Canada, Recensement de 2006*, Ottawa, ministre de l’Industrie, 2008.

Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*, C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online : https://www.cdhowe.org/), 2008.

Smith, Lynn, and William Black. « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Mainville et Near), 2013 CAF 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge de Montigny, 2012 CF 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] A.C.F. no 1125 (QL), 2012 CarswellNat 4918 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

 Eugene Meehan, c.r., *Marie-France Major*, James D. Jodouin et Marcus R. Davies, pour les appelants.

 Mervin C. Phillips et Leane Phillips, pour l’intimé.

 Version française du jugement de la Cour rendu par

1. La juge Abella — Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l’éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l’éventail complet des responsabilités liées à l’autonomie gouvernementale :

 Aux audiences de la Commission, des parents, des anciens, des jeunes et des dirigeants autochtones nous ont dit que l’éducation était la clé de leur avenir, l’élément qui leur permettrait de réaliser leur rêve de prospérité. Ils voient dans l’éducation le moyen d’enrichir la vie des individus et de réaliser les objectifs collectifs.

. . .

 Au cours des 20 dernières années, la volonté de rétablir des nations autonomes s’est affirmée et les autochtones ont constamment répété combien il était important de leur donner les moyens d’assurer le fonctionnement de structures autonomes contemporaines. . .

. . .

 . . . il est indispensable de développer les talents dont on a besoin pour assumer les responsabilités d’aujourd’hui et de demain . . .

(*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement* (1996), p. 489 et 613-615)

1. En réponse à ces objectifs ambitieux — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l’éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme conditions d’éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année. Cette exigence a eu pour effet d’empêcher Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, de briguer de nouveau ce poste. Malgré le fait que M. Taypotat était chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l’élaboration du nouveau code électoral, il a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la constitutionnalité de l’exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12e année. La seule question qu’il reste à trancher en l’espèce est celle de la constitutionnalité.

Contexte

1. Le Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a établi un processus suivant lequel les Premières Nations qui sont assujetties aux dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*,L.R.C. 1985, c. I-5, peuvent élire leurs représentants conformément à leur propre code électoral. Avant que le ministre ne l’autorise à entreprendre cette démarche, une collectivité doit rédiger un code électoral qui satisfait à certaines exigences minimales, notamment celle d’être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.La majorité des membres de la Première Nation ayant droit de vote doit appuyer le code.
2. Louis Taypotat est âgé de 76 ans. Il est membre de la Première Nation de Kahkewistahaw, une collectivité de quelque 2000 personnes de la Saskatchewan. Il possède une 10e année et a reçu un diplôme honorifique de la Saskatchewan Indian Institute of Technology en reconnaissance de services rendus à sa communauté. M. Taypotat a occupé les fonctions de chef élu de la Première Nation de Kahkewistahaw pendant plus de 27 ans — de 1973 à 1989, de 1992 à 1993, puis de 1997 à 2007. Ces élections ont été organisées conformément à la procédure prévue par la *Loi sur les Indiens*.
3. À la fin des années 90, la Première Nation de Kahkewistahaw a entrepris l’élaboration de son propre code électoral communautaire. Le processus de consultation des membres de la Première Nation en vue d’élaborer et de ratifier le code a duré 13 ans. Une bonne partie de ce processus, qui s’est déroulé de façon publique et transparente, a été menée sous la direction de Louis Taypotat, en sa qualité de chef.
4. Une première ébauche du code a été rédigée en 1998. Elle comprenait une disposition exigeant que les candidats aient [traduction] « un niveau de scolarité postsecondaire ou une formation/expérience équivalente » pour être éligibles au poste de chef ou de conseiller de la bande. Les versions subséquentes, y compris la version définitive, précisaient que les candidats devaient avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 9.03(c)). Pour être autorisé à se porter candidat lors d’une élection, l’intéressé doit démontrer au fonctionnaire électoral qu’il possède le niveau de scolarité exigé (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 10.01(d)).
5. Un premier vote de ratification de la version définitive du code, la *Kahkewistahaw Election Act*, a eu lieu en septembre 2008, alors que Louis Taypotat était chef. La participation électorale était trop faible pour que le Ministère considère que l’appui nécessaire avait été obtenu. Un second vote de ratification a eu lieu en mars 2009. Le taux de participation se situait encore en deçà du minimum exigé par le Ministère. Par conséquent, celui-ci a autorisé une « prolongation » de ce 2e vote. Pour assurer l’intégrité du processus, seuls les membres qui n’avaient pas participé au second vote avaient le droit de voter lors de la prolongation du vote qui s’est tenue en janvier 2010.
6. La prolongation du vote a permis à la *Kahkewistahaw Election Act* de recueillir entre 84 et 85 pour 100 d’appuis. Ainsi, le 18 février 2011, le Ministère a soustrait la Première Nation de Kahkewistahaw à l’application des dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* et l’a autorisée à appliquer désormais sa propre loi électorale.
7. La première élection organisée sous le régime de la *Kahkewistahaw Election Act* devait avoir lieu le 13 mai 2011. Louis Taypotat a soumis des documents afin de pouvoir briguer le poste de chef, mais le fonctionnaire électoral a refusé de donner son aval à sa candidature parce que M. Taypotat n’avait pas démontré qu’il avait 12 années de scolarité ou l’équivalent. Son neveu, Sheldon Taypotat, qui avait antérieurement été élu chef en mai 2009, lors du dernier scrutin tenu sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, est alors devenu chef.
8. Louis Taypotat a présenté une demande de contrôle judiciaire à l’égard du processus prévu par la *Kahkewistahaw Election Act*. Il soutenait plus particulièrement que le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12e année violait le par. 15(1) de la *Charte*, parce que [traduction] « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1).
9. La Cour fédérale a rejeté la demande. Le juge de Montigny a estimé que Louis Taypotat n’avait soumis aucun élément de preuve démontrant que le niveau de scolarité constituait un motif analogue pour l’application de l’art. 15.
10. En appel, Louis Taypotat a invoqué 10 moyens distincts. Au soutien de son argument fondé sur l’art. 15, il faisait désormais valoir — ce qu’il n’avait pas allégué dans sa demande de contrôle judiciaire présentée en Cour fédérale — que les survivants des pensionnats indiens qui ne possédaient pas un niveau de scolarité de 12e année formaient un groupe analogue pour l’application de l’art. 15.
11. Bien qu’elle ait rejeté « sans difficulté » neuf des moyens d’appel en question, la Cour d’appel fédérale a retenu l’argument fondé sur l’art. 15 de la *Charte*. La cour n’a pas examiné explicitement l’argument suivant lequel les survivants des pensionnats indiens qui n’avaient pas un niveau de scolarité de 12e année formaient un groupe analogue pour l’application de l’art. 15, mais elle a plutôt conclu, même si cela n’avait pas été plaidé, que l’exigence concernant le niveau de scolarité avait un effet discriminatoire fondé sur l’âge. De plus, sans que personne n’ait soulevé la question, elle a conclu que cette exigence créait une discrimination fondée sur « la résidence dans une réserve ».
12. Devant la Cour, Louis Taypotat s’est fondé sur les conclusions de la Cour d’appel fédérale pour reformuler sa prétention fondée sur l’art. 15. Maintenant, il fait valoir que l’exigence relative au niveau de scolarité viole le par. 15(1) parce qu’elle a un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité qui vivent dans une réserve.
13. Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire ne dépend pas de l’existence de cette exigence, mais bien du fait qu’il n’existe pas le moindre élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu’elle aurait sur les membres d’un groupe énuméré ou analogue.

Analyse

1. L’approche relative au par. 15(1) a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Cet arrêt a clarifié le fait que le par. 15(1) de la *Charte* exige « une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, *du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue* » (par. 331 (italiques ajoutés)).
2. La Cour a confirmé à maintes reprises que l’art. 15 protège l’égalité réelle (*Québec c. A*, par. 325; *Withler c.**Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *R. c. Kapp*,[2008] 2 R.C.S. 483, par. 16; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. Ainsi que le juge McIntyre l’a fait observer dans l’arrêt *Andrews*,cette approche repose sur l’idée que toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité et qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (p. 164).
3. L’article 15 vise donc les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue (*Andrews*, p. 174-175; *Québec c. A*, par. 331). L’analyse à laquelle on procède pour l’application du par. 15(1) s’intéresse donc au contexte social et économique dans lequel s’inscrit la plainte d’inégalité et aux effets de la loi ou de l’acte contesté sur le groupe demandeur (*Québec c. A*, par. 331).
4. Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Limiter les demandes à celles fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui « constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » —, permet d’écarter « les demandes [traduction] qui n’ont rien à voir avec l’égalité réelle et de mettre l’accent sur l’égalité dans le cas de groupes qui sont défavorisés dans un contexte social et économique plus large » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*,[1999] 2 R.C.S. 203,par. 8; Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R*. (2d) 301, p. 336). Le demandeur peut fonder son allégation sur un ou sur plusieurs motifs, selon l’acte de l’État en cause et son interaction avec le désavantage infligé aux membres du groupe dont il fait partie (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 37).
5. Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes :

 À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. [*Québec c. A*,par. 332]

1. Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande, mais « les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé » seront pertinents (*Withler*,par. 38; *Québec c. A*,par. 327).
2. Il s’agit en l’espèce de déterminer quel « groupe énuméré ou analogue » est victime de discrimination et si M. Taypotat a démontré que l’exigence relative au niveau de scolarité prévue par la *Kahkewistahaw Election Act* a un effet disproportionné sur les membres de ce groupe.
3. Incontestablement, il serait possible de démontrer que le niveau de scolarité requis pour un emploi peut, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire en violation de l’art. 15. Dans l’arrêt *Griggs c. Duke Power Co.*,401 U.S. 424 (1971), par exemple, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l’employeur qui obligeait ses employés à être titulaires d’un diplôme d’études secondaires pour pouvoir travailler, notamment, comme manutentionnaire de charbon ou préposé à la maintenance dans une centrale électrique contrevenait au titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*. Cette exigence apparemment neutre avait pour effet d’exclure de façon disproportionnée les Afro-Américains de certains postes dans cette usine. La cour a conclu :

 [traduction] . . . les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l’intention, ne peuvent être maintenus s’ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d’embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

Ainsi que la cour l’a fait observer, des exigences en matière d’emploi qui n’ont rien à voir avec l’évaluation de l’aptitude à accomplir le travail peuvent constituer des [traduction] « obstacles inhérents » pour les groupes minoritaires et seront donc discriminatoires (p. 432). Voir également *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

1. En l’espèce, toutefois, nous ne disposons pratiquement d’aucun élément de preuve quant aux rapports entre l’âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw qui démontre qu’intervient un tel « obstacle ». Nous ne disposons non plus d’aucun élément de preuve au sujet de l’effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes.
2. Cette situation s’explique vraisemblablement par le fait que les motifs sur lesquels la Cour d’appel fédérale s’est fondée pour trancher la question relative à l’art. 15 — l’âge et le fait de résider dans une réserve — n’avaient été invoqués par Louis Taypotat ni dans sa demande de contrôle judiciaire, ni comme moyen d’appel devant cette cour qui semble plutôt avoir soulevé cette question de son propre chef.
3. Dans l’arrêt *R. c. Mian*,[2014] 2 R.C.S. 689, la Cour a précisé qu’une juridiction d’appel ne peut soulever une nouvelle question de sa propre initiative que si son omission de le faire risquait d’entraîner une injustice (par. 41). La cour doit également être convaincue « qu’il y a suffisamment d’éléments au dossier pour la trancher » (par. 51). La décision de la Cour d’appel fédérale de soulever la question du fait de résider dans la réserve de son propre chef est particulièrement troublante parce que « le fait de résider dans une réserve » n’a pas été reconnu comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15. Dans l’arrêt *Corbiere*, la Cour a reconnu que le fait de vivre *hors réserve* constituait un motif analogue, mais a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le fait de vivre dans une réserve déclenchera également la protection de l’art. 15 (par. 6 et 62). La décision de la Cour de reconnaître la résidence hors réserve comme motif analogue dans l’arrêt *Corbiere* reposait en partie sur l’argument suivant lequel les membres des Premières Nations vivant hors réserve avaient subi des désavantages uniques par rapport aux membres de la collectivité vivant dans les réserves et que, pour bon nombre d’entre eux, la décision de vivre hors réserve avait été imposée ou avait été prise à contrecœur. En toute déférence, j’hésiterais à imposer une simple inférence identique sans disposer d’argument ou de preuve présentés par les parties.
4. En l’espèce, le dossier factuel ne permettait pas de trancher l’appel sous l’angle d’une violation des droits garantis par l’art. 15 aux membres de la collectivité vivant dans une réserve. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve. Les seuls éléments de preuve au dossier qui ont trait au niveau de scolarité et au fait de résider dans une réserve traitent des autochtones âgés de 20 à 24 ans qui vivent dans l’ensemble de la Saskatchewan. Les données sont muettes quant au niveau d’instruction des membres des autres groupes d’âge. (John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (en ligne) (le « rapport de l’Institut C.D. Howe »), p. 4.)
5. Enfin, même s’il avait été régulièrement soulevé et plaidé par les parties, j’ai de sérieuses réserves au sujet du bien-fondé de l’argument suivant lequel les exigences de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ont pour effet d’imposer un désavantage arbitraire aux membres de la collectivité du fait qu’ils résident dans la réserve. La *Kahkewistahaw Election Act* prévoit expressément que le chef et trois des quatre conseillers *doivent* résider dans la réserve au cours de leur mandat (art. 9.04 et 9.05). Loin d’avoir pour effet d’exclure les membres de la collectivité qui vivent dans la réserve, la *Kahkewistahaw Election Act* est expressément conçue pour favoriser leur participation à la gestion des affaires de la collectivité. Par conséquent, dans le contexte de la *Kahkewistahaw Election Act* dans son ensemble, il est difficile de conclure que celle-ci a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’encontre de ces membres de la collectivité.
6. En conséquence, j’estime que la Cour d’appel a commis une erreur en concluant que les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité constituent à première vue une violation des droits garantis par l’art. 15 aux membres de la collectivité qui vivent dans la réserve.
7. En ce qui concerne la conclusion tirée par la Cour d’appel fédérale suivant laquelle les exigences relatives au niveau de scolarité établissent une discrimination à l’encontre des membres plus âgés de la collectivité, nous nous heurtons aux mêmes lacunes sur le plan de la preuve. La Cour d’appel fédérale s’est fondée sur deux éléments de preuve statistique pour tirer cette conclusion. Il s’agit dans le premier cas de données provenant du recensement de 2006 dont la Cour d’appel fédérale a pris connaissance d’office. Ces données démontraient que

 15 p. cent des Canadiens entre les âges de 25 et 64 ans n’avaient pas terminé leurs études secondaires. Cependant, ce nombre augmente considérablement avec l’âge, allant de 11 p. cent chez les 25 à 34 ans à 23 p. cent chez les 55 à 64 ans; Statistique Canada, *Portrait de la scolarité au Canada*, Recensement de 2006 (Ottawa, ministre de l’Industrie, 2008), p. 10 (numéro de catalogue 97-560). [par. 52]

1. Les données tirées de recensements peuvent certainement s’avérer un moyen de preuve utile pour démontrer qu’une loi a un effet défavorable. Mais la présente affaire porte sur un code électoral particulier applicable dans une collectivité des Premières Nations donnée. J’ai du mal à tirer la moindre inférence sur la corrélation entre l’âge et le niveau de scolarité des quelque 2 000 membres de la Première Nation de Kahkewistahaw à partir de données d’un recensement portant sur l’ensemble de la population canadienne. Soit dit en tout respect, j’en conclus donc que la Cour d’appel a commis une erreur en prenant connaissance d’office de ces données et en les considérant comme un élément déterminant pour conclure que le code électoral de la Première Nation de Kahkewistahaw défavoriserait les membres plus âgés de la collectivité.
2. Le second fondement statistique sur lequel repose la conclusion de la Cour d’appel fédérale est un ensemble de données relatives à l’éducation qui figurent dans le rapport de l’Institut C.D. Howe sur les peuples autochtones au Canada (p. 4-5). La Cour d’appel fédérale s’est servie de ces données pour conclure que la disposition en cause aurait un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité de la Première Nation de Kahkewistahaw. Or, les données en question se rapportent à tous les Autochtones du Canada, y compris les Métis, les Inuits et les membres des Premières Nations. Ces éléments de preuve sont moins utiles lorsqu’il s’agit d’apporter des éclaircissements sur les liens qui existent entre l’âge et le niveau d’instruction dans le contexte bien précis des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw. Ils visent une population beaucoup plus vaste et diversifiée que celle que vise le code en l’espèce et ils ne nous éclairent pas vraiment sur la question de savoir si et dans quelle mesure l’obligation d’avoir un niveau de scolarité de 12e année a pour effet de défavoriser les membres plus âgés de la Première Nation de Kahkewistahaw.
3. Enfin, dans les arguments qu’il a présentés devant la Cour, M. Taypotat a reformulé légèrement la conclusion de la Cour d’appel fédérale en faisant valoir que les dispositions relatives au niveau de scolarité créent une discrimination contre les *membres plus âgés de la collectivité qui vivent dans une réserve* plutôt que, comme la Cour d’appel l’avait conclu, contre à la fois les membres plus âgés de la collectivité *et* ceux qui vivent dans la réserve. Sur cette question, là encore, le dossier est muet et nous ne disposons que de la simple affirmation de M. Taypotat. Cela ne veut pas dire qu’il soit toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu’une loi, neutre à première vue, contrevient à l’art. 15. Dans certains cas, l’impact distinct d’une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l’espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l’exigence en matière d’éducation et un impact distinct sur la base d’un motif énuméré ou analogue.
4. Je crois que l’intuition peut fort bien nous amener à la conclusion que la disposition en question produit des effets distincts sur certains groupes, mais avant d’exiger de la Première Nation de Kahkewistahaw qu’elle justifie la violation de l’art. 15 dans sa *Kahkewistahaw Election Act*, il doit y avoir suffisamment d’éléments de preuve pour établir l’existence d’une atteinte à première vue. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de s’acquitter d’un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu’une accumulation d’intuitions. Les éléments de preuve au dossier ne sont pas suffisants — même lorsqu’on les combine — pour démontrer qu’il existe un rapport entre l’âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw, et encore moins pour établir qu’un désavantage arbitraire découle des dispositions contestées.
5. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge de Montigny.

 *Pourvoi accueilli avec dépens.*

 Procureurs des appelants : Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

 Procureurs de l’intimé : Phillips & Co., Regina.