

Ontario Human Rights Commission Commission ontarienne des droits de la personne



APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION

pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples

Document de travail

Commission ontarienne des droits de la personne

ISBN – 0-7794-3002-6

Approuvée par la Commission : le 9 octobre 2001

Aussi disponible sur l'Internet : <http://www.ohrc.on.ca>

Available in English

Préparé par la Direction des politiques et de l'éducation

APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION
pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne
fondées sur des motifs multiples

Document de travail

TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION DE L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE	3
AUTRES FAÇONS D'ABORDER LES MOTIFS MULTIPLES	7
<i>Plaintes relatives aux droits de la personne et déposées en vertu de la Charte</i>	8
<i>La méthode utilisée par la Commission pour traiter les plaintes</i>	13
<i>Jurisprudence des organismes internationaux</i>	16
VERS UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE	18
<i>Les motifs multiples dans la jurisprudence sur le droit à l'égalité et les droits de la personne</i>	18
Cour suprême du Canada	18
Cours et tribunaux	21
Réparations	25
<i>Recherches universitaires sur les identités à motifs multiples et entrecroisés</i>	28
COMMENT APPLIQUER L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE	31
PROCHAINES ÉTAPES	33

APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION
pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne
fondées sur des motifs multiples

Document de travail
Direction des politiques et de l'éducation

Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes si nous continuons d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations plutôt que sur des effets précis. En considérant les motifs de la distinction plutôt que son impact [...], notre analyse risque d'être éloignée et déconnectée des véritables expériences que vivent les gens ordinaires [...] Plus souvent qu'autrement, le désavantage naît de la façon dont la société traite les individus plutôt que de toute caractéristique qui leur est inhérente¹.

Au Canada, à mesure qu'évolue ce que l'on entend par droits de la personne, la tendance est à une approche de plus en plus « contextualisée » de la discrimination. Une approche « contextualisée » insiste moins sur les caractéristiques de la personne et davantage sur la façon dont la société la traite. Elle prend également en compte les préjuges dont le groupe auquel la personne appartient a été victime au cours de l'histoire. Un exemple récent et frappant de ce phénomène est la décision prise à l'issue de l'affaire *Mercier*² dans laquelle la Cour suprême du Canada a jugé que la détermination de ce qui constitue un handicap devrait être fondée sur le fait que la personne a vécu ou non l'expérience du « phénomène social du handicap », plutôt que sur la considération des restrictions ou des conditions biomédicales. Les initiatives de recherche et les politiques récentes de la Commission ontarienne des droits de la personne (la « Commission ») témoignent également d'une tendance vers une analyse de la discrimination qui tient compte de la réalité vécue par les gens et du contexte social de l'acte discriminatoire³. Dans le secteur du mandat de la Commission portant sur la conformité, la décision de la Commission d'enquête de l'Ontario dans l'affaire *Kearney c. Bramalea Ltd. (N° 2)*⁴ démontre qu'une telle analyse peut être utilisée avec succès, et l'affaire a été jugée comme très importante pour les droits à l'égalité au Canada.

Le présent document s'appuie sur le travail que la Commission a déjà effectué pour faire apparaître tout ce qu'il y a de complexe dans la façon dont l'acte

1 *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 551-552 [ci-après *Egan*].

2 Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville), [2000] 1 R.C.S. p. 665 [ci-après *Mercier*].

3 Voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* (mars 2001) et la section sur l'âgisme dans *Il est temps d'agir : Faire respecter les droits des personnes âgées en Ontario* (juin 2001), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca>>.

4 *Infra* note 57.

discriminatoire est vécu par les gens. Le document propose un cadre qui permettra d'utiliser une approche contextualisée pour analyser la discrimination lorsque les plaintes sont fondées sur des motifs multiples. C'est cette approche contextualisée que l'on appelle « approche intersectionnelle de la discrimination⁵ ». Le présent document montre combien il est important de s'efforcer d'appliquer régulièrement une approche intersectionnelle dans tous les secteurs du travail de la Commission. Dans ce contexte, il passe en revue la jurisprudence en matière de droits à l'égalité et de droits de la personne, les dernières recherches et les derniers commentaires universitaires sur les motifs d'analyse multiples et entrecroisés et la façon dont la Commission traite actuellement les plaintes fondées sur plus d'un motif.

Le document de travail est l'un des points de départ d'un processus qui mettra en cause tous les secteurs de la Commission ainsi que les experts de l'extérieur. Il est conçu de manière à stimuler la discussion sur la façon dont la Commission peut utiliser plus officiellement une approche intersectionnelle dans tous les secteurs de son travail sur la discrimination, y compris l'élaboration des politiques, la conformité et le traitement des plaintes. On espère qu'à l'issue de vastes consultations, la Commission sera en mesure d'utiliser une approche contextuelle plus complète de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples et entrecroisés.

PRÉSENTATION DE L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE

Une plainte relative aux droits de la personne ou une affaire relative aux droits à l'égalité qui invoque plusieurs motifs de discrimination peuvent être traitées de différentes façons. L'analyse de la plainte ne sera pas la même suivant l'approche choisie, et il y a des chances pour que cette approche ait également un effet sur le résultat.

Dans la plupart des cas, il est préférable d'utiliser une approche intersectionnelle pour traiter les plaintes fondées sur des motifs multiples. Le terme « intersectionnel » a été défini comme désignant une « oppression intersectionnelle issue de la combinaison de diverses oppressions qui, ensemble, produisent quelque chose d'unique et de différent de toute forme de discrimination individuelle⁶... ». L'approche intersectionnelle tient compte du contexte historique, social et politique, et reconnaît le caractère unique de l'expérience vécue en conséquence de l'intersection de tous les motifs pertinents⁷. Elle permet de reconnaître l'expérience particulière de discrimination due à la confluence des motifs en cause et d'y remédier.

⁵ Dans le contexte du handicap, une approche contextualisée de la discrimination a souvent été désignée par l'expression « handicap social ».

⁶ M. Eaton, « Patently Confused, Complex Inequality and *Canada v. Mossop* », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 1 (1994), p. 203 à 229.

⁷ C. A. Aylward, « Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide » (document distribué lors la conférence nationale sur les droits à l'égalité intitulée « Transformer l'avenir des femmes : Droits à l'égalité dans le nouveau centenaire » et présentée par le FAEJ de la côte Ouest, 4 novembre 1999) [inédit].

Plusieurs exemples permettent d'illustrer le caractère particulier de l'expérience de discrimination fondée sur le contexte historique, politique et social, et sur l'intersection, ou le recouplement, des motifs.

- Dans bien des cas, l'expérience de la discrimination vécue par les femmes membres d'une minorité raciale est complètement différente de celle des hommes membres d'une telle minorité ou même des femmes en général. De même, les hommes appartenant à une minorité raciale ne ressentent pas nécessairement la discrimination de la même façon que les hommes appartenant au groupe dominant ni même que les femmes de la même culture. Cela vient du fait que les groupes sont souvent victimes de formes particulières de stéréotypes ou d'obstacles fondés sur une combinaison de motifs liés à la race et au sexe. C'est cela qu'une approche intersectionnelle permet de reconnaître.
- Une personne qui pratique une religion particulière peut faire l'objet de discrimination religieuse uniquement si elle est identifiée par d'autres motifs comme la race, la couleur ou l'origine ethnique, ou elle peut ressentir la discrimination d'une façon différente de ses coreligionnaires suivant la relation entre sa religion et un autre motif. Le sexe peut aussi avoir un impact sur la discrimination religieuse.
- Les femmes ont tendance à faire plus souvent l'objet de harcèlement sexuel si elles sont plus vulnérables à cause d'un autre aspect de leur expérience, comme leur arrivée récente au Canada.
- Les personnes avec un handicap peuvent se heurter à des obstacles particuliers lorsqu'elles sont identifiées par d'autres motifs. Par exemple, lors des consultations organisées par la Commission sur la discrimination fondée sur l'âge, il a été dit que, pour les personnes handicapées, le vieillissement peut être lourd de conséquences ou créer une double discrimination. En effet, les statistiques confirment les désavantages particuliers dont souffrent les aînés invalides⁸. De même, les recherches indiquent que les personnes avec un handicap et les personnes qui sont membres de groupes identifiés par leur race courent davantage de risques d'être sans emploi ou sous-employées⁹. C'est ainsi que les membres des groupes identifiés par leur race peuvent subir un double désavantage. Les problèmes des Autochtones handicapés ne sont pas différents de ceux des autres personnes handicapées, mais ils

⁸ Voir *Il est temps d'agir : Faire respecter les droits des personnes âgées en Ontario*, supra note 3.

⁹ Par exemple, *À l'unisson : Une approche canadienne concernant les personnes handicapées : Document d'orientation* (ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables des services sociaux, 1998) note que « les taux d'emploi et d'activité des personnes handicapées sont inférieurs à ceux des personnes non handicapées » (à la p. 36). De même, la Fondation canadienne des relations raciales, dans *Inégalité d'accès : profil des différences entre les groupes ethnoculturels canadiens dans les domaines de l'emploi, du revenu et de l'éducation* (préparé par la Fondation canadienne des relations raciales pour le Conseil canadien de développement social, 2000) décrit les obstacles à l'emploi auxquels font face les groupes identifiés par leur race.

sont aggravés par les questions relatives aux divers champs de compétence gouvernementaux qui sont à l'origine du manque de services offerts aux Autochtones handicapés dans les réserves et des difficultés d'accès aux services pour ceux qui vivent à l'extérieur¹⁰. Les preuves indiquent également que les femmes avec un handicap souffrent d'un désavantage supplémentaire par suite de l'intersection du handicap et du sexe¹¹.

- La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut être ressentie différemment par les hommes gais et les lesbiennes en conséquence des stéréotypes sur la sexualité et les relations intimes. De plus, la *Politique sur la discrimination liée au VIH et au SIDA*¹² de la Commission reconnaît que cette fausse idée que le sida est une « maladie d'homosexuels » peut avoir un effet disproportionné sur les hommes gais et donner lieu à une discrimination fondée à la fois sur l'orientation sexuelle et le handicap perçu¹³.

Ce ne sont là que quelques exemples de la complexité de l'expérience de la discrimination telle qu'elle est vécue lorsque des motifs multiples entrent en jeu. Bien d'autres ont émané du travail sur les politiques de la Commission et des plaintes dont elle est saisie. On trouvera des exemples supplémentaires tout au long du présent document et il en émergera d'autres à mesure que la Commission approfondira son analyse du caractère intersectionnel d'un grand nombre de plaintes.

L'utilisation d'une approche intersectionnelle ou contextualisée de la discrimination fondée sur des motifs multiples présente de nombreux avantages. Elle permet de reconnaître la complexité de la façon dont les personnes ressentent la discrimination, de tenir compte du fait que l'expérience de discrimination peut avoir un caractère unique et de prendre en considération le contexte social et historique du groupe. L'approche intersectionnelle met l'accent sur la façon dont la société traite la personne en conséquence de la confluence des motifs et n'exige pas d'elle qu'elle se moule dans un compartiment ou une catégorie rigide. Elle répond au fait que la discrimination a évolué et qu'elle a tendance à être moins ouverte et plus subtile, et à s'exprimer à de multiples niveaux, systémiques, environnementaux et

¹⁰ À l'unisson : *Une approche canadienne concernant les personnes handicapées : Document d'orientation*, *ibid.*, p. 39.

¹¹ « Les femmes handicapées assument une part disproportionnée du travail domestique au foyer, ce qui constitue un obstacle important à leur participation au marché du travail et contribue au niveau de pauvreté accru de plusieurs d'entre elles », *ibid.*, p. 36. Voir également D. Pothier, « Connecting Intersecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (document distribué lors de la conférence nationale sur les droits à l'égalité intitulée « Transformer l'avenir des femmes : Droits à l'égalité dans le nouveau centenaire » présentée par le FAEJ de la côte Ouest, 4 novembre 1999) [inédit].

¹² (Janvier 2000), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca>>.

¹³ Voir, par exemple, *Moffat c. Kinark Child and Family Services* (N° 4) (1998), 35 C.H.R.R. D/205 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

institutionnels. L'honorable juge L'Heureux-Dubé a résumé de la façon suivante les avantages de cette façon de procéder :

[...] il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et [...] certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires. La situation de personnes qui sont victimes d'actes discriminatoires multiples est particulièrement complexe [...] Classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes¹⁴.

Bien qu'une analyse intersectionnelle puisse s'appliquer à toutes les combinaisons de motifs, elle présente des avantages particuliers pour les causes liées à la race. C'est ainsi que la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, qui s'est tenue en 2001 en Afrique du Sud, a souligné qu'il était important de reconnaître la façon dont se recoupent des formes multiples de discrimination¹⁵. De plus, ce peut être une stratégie utile de lier les motifs de discrimination à l'environnement social, économique, politique et légal qui contribue à l'acte discriminatoire. Une analyse contextuelle pourrait inclure des circonstances (comme le sous-emploi ou le chômage, la pauvreté ou la clochardise) qui ne sont peut-être pas couvertes directement par le *Code des droits de la personne* de l'Ontario (le « *Code* »), mais qui se traduisent, néanmoins, par des niveaux élevés de désavantage pour les populations vulnérables. Enfin, elle pourrait être utilisée pour inclure dans le champ d'application du *Code* les protections des droits de la personne prévues dans les conventions internationales.

Beaucoup de chercheurs et de porte-parole ont avancé que le traitement des plaintes relatives aux droits de la personne devrait tenir compte du fait que les êtres ont des identités multiples et que ces identités façonnent l'expérience qu'ils font de la discrimination. Au sein de la Commission, nous reconnaissons de plus en plus que nous comprenons mieux la force de l'impact produit lorsque des motifs de discrimination se chevauchent, et que les instruments d'application d'une analyse intersectionnelle s'avéreront très utiles dans le traitement des plaintes – de

¹⁴ La juge L'Heureux-Dubé, écrivant au nom de la minorité dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 645 et 646 [ci-après *Mossop*].

¹⁵ Par exemple, dans un discours d'ouverture, Mary Robinson, la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et Secrétaire-générale de la Conférence mondiale contre le racisme, a déclaré :

Je sais que vous êtes également conscient de la façon dont peuvent se recouper des formes multiples de discrimination – comment le sexe s'ajoute à la race, comment l'orientation sexuelle s'ajoute à la race, comment la pauvreté s'ajoute à la race. C'est une dimension à laquelle cette conférence accorde l'attention particulière qu'elle mérite. [en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <http://www.unhchr.ch/french/hchr_un_fr.htm> (date d'accès : 27 septembre 2001)].

l'enquête à la poursuite – et dans notre travail sur les politiques. Comme les organismes de défense des droits de la personne et les cours du Canada n'ont guère avancé dans ce domaine, l'établissement d'un cadre d'analyse intersectionnelle pourrait marquer l'orée d'une ère nouvelle.

AUTRES FAÇONS D'ABORDER LES MOTIFS MULTIPLES

Comme indiqué ci-dessus, l'approche intersectionnelle est la méthode préférée pour le traitement des plaintes et des causes qui invoquent des motifs multiples. D'autres méthodes sont cependant appliquées à cet égard par les organismes de défense des droits de la personne, les tribunaux et des organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies (« ONU »). Parfois, les motifs sont examinés l'un après l'autre pour voir si chacun incite à conclure à un acte discriminatoire. D'autres fois, on procède à un choix stratégique pour décider sur quels faits probatoires fonder la plainte, et les autres motifs ne sont pas du tout pris en considération¹⁶. La décision d'éliminer un autre motif peut venir du fait qu'il est difficile à prouver ou que la jurisprudence n'est pas bien établie dans ce domaine. Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre approche, l'accent est mis sur un seul motif.

Il arrive aussi qu'un motif soit jugé aggraver la discrimination fondée sur un autre motif, ce qui alourdit le fardeau général de l'inégalité¹⁷. Par exemple, dans un contexte où toutes les femmes font l'expérience de la discrimination et qu'il en est de même de toutes les personnes avec un handicap, le désavantage est aggravé pour les femmes avec un handicap. On pourrait prendre l'exemple de l'examen physique obligatoire avant une offre d'emploi. Si l'examen a pour effet d'éliminer les femmes de façon disproportionnée et que son impact sur les personnes avec un handicap est également disproportionné, une femme avec un handicap fera face à un fardeau accumulé, et donc à une discrimination aggravée. Cette approche diffère de l'approche intersectionnelle parce qu'elle ajoute simplement une forme de discrimination à une autre sans reconnaître qu'en fait, cela produit

¹⁶ Pour comprendre pourquoi une appelante ou un appelant peut choisir de présenter sa cause comme une forme de discrimination fondée sur le sexe plutôt que sur la race, voir E. Carasco, « A Case of Double Jeopardy: Race and Gender », *Revue Femmes et droit*, vol. 6 (1993), p. 142. La professeure Carasco note combien il est difficile de dégager et de prouver ce qui est à l'origine du comportement discriminatoire.

Dans mon cas, il a été possible de prouver qu'il y avait discrimination systémique fondée sur le sexe grâce aux recherches et aux statistiques sur les femmes dans les universités canadiennes. Il aurait été beaucoup plus difficile de prouver qu'il y avait discrimination fondée sur une combinaison de race et de sexe, simplement à cause de la rareté des femmes de couleur dans les universités canadiennes et du manque correspondant de données sur les salaires. La question de savoir pourquoi il y a si peu de femmes de couleur dans les facultés de droit est une toute autre histoire. Femme de couleur moi-même, je ne pouvais pas m'empêcher de me demander s'il était effectivement nécessaire de prouver que d'autres femmes de couleur avaient été traitées de la même façon avant que la discrimination en ce qui me concernait puisse être reconnue. [p. 152] [Traduction]

¹⁷ Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide, *supra* note 7.

quelque chose de différent. De plus, elle n'intègre pas d'analyse contextuelle qui examine la façon dont la société traite la personne en conséquence de la combinaison des motifs de discrimination.

Un examen des arrêts rendus à travers le Canada dans le domaine des droits de la personne, des affaires relevant de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte* »), et même des plaintes et des instruments internationaux révèle qu'à l'heure actuelle, la façon la plus courante de traiter les plaintes de discrimination est de s'en tenir à un seul motif. Les modèles courants de traitement des plaintes relatives à l'égalité et aux droits de la personne s'appuient sur des principes généraux, pour prouver la discrimination et y remédier, qui ne tiennent pas toujours compte de la situation particulière de la personne ni du contexte social de l'acte discriminatoire.

L'approche actuelle est due à différents facteurs. Les lois sur les droits de la personne visent maintenant les expressions manifestes de discrimination dans les sphères publiques. C'est le climat social, légal et politique du temps qui a modelé la façon dont les lois ont été élaborées et appliquées. Un autre facteur est l'évolution à travers l'histoire des lois sur les droits de la personne et de l'interprétation donnée à ces droits. Les lois sur les droits de la personne étaient fondées à l'origine sur la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies, qui mettait l'accent sur les droits civils et politiques aux dépens des droits économiques, sociaux et culturels, et ne reconnaissait pas explicitement la possibilité de chevauchement des motifs. D'aucuns soutiennent que l'approche actuelle est informée par des philosophies et des idéologies politiques comme le libéralisme où le « sujet » est vu comme indépendant, unitaire, cohérent et fixe¹⁸.

Les sections qui suivent sont consacrées à l'analyse d'affaires de discrimination fondée sur des motifs multiples. On y examine des plaintes en vertu de la *Charte*, des plaintes relatives aux droits de la personne et des plaintes relevant d'instruments internationaux qui n'ont pas fait l'objet d'une approche intersectionnelle, et dont les résultats ne sont pas sans poser problème. Par contraste et pour illustrer comment une approche intersectionnelle peut et doit être utilisée, on y présente également des affaires qui ont été traitées d'une façon plus contextualisée et où l'intersection des motifs a été reconnue.

Plaintes relatives aux droits de la personne et déposées en vertu de la Charte

L'article 15 de la *Charte* garantit le droit à l'égalité et dresse une liste de motifs « énumérés », à savoir les discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. En outre, si les affaires s'y prêtent, les tribunaux peuvent reconnaître des motifs « analogues » de discrimination. À l'exception du *Code des droits de la personne* du Manitoba, les lois sur les droits de la personne du Canada

¹⁸ Voir D. Kropf, « 'Categorial' Failure: Canada's Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject », *Queen's Law Journal*, vol. 23 (1997), p. 201, en ligne : QL.

contiennent une liste où sont énumérés les motifs de discrimination qui ne confèrent pas le pouvoir d'en reconnaître d'autres.

Certains chercheurs ont critiqué l'importance accordée aux motifs énumérés et analogues dans les causes relatives aux droits de la personne ou présentées en vertu de la *Charte* pour deux raisons principales. La première tient au fait « qu'avec une telle vue limitée de l'identité, les personnes qui ne sont pas capables de s'ajuster ou de se caricaturer pour correspondre à l'une des catégories énumérées passent à travers les mailles du filet que représentent les lois du Canada sur l'égalité et la non-discrimination¹⁹ ». La seconde concerne les situations où il y a suffisamment de preuves pour conclure à un acte discriminatoire fondé sur l'un des motifs, mais où l'importance accordée uniquement à ce motif est injuste par rapport aux réalités vécues par la victime de l'acte discriminatoire. Il y a alors injustice non seulement parce qu'on ne comprend pas la nature complexe de la discrimination, mais parce qu'on risque de ne pas appliquer à la victime le remède approprié.

On cite souvent en exemple une affaire où une approche fondée sur un seul motif a entraîné le rejet complet d'une plainte de discrimination dans une décision majoritaire de la Cour suprême du Canada, l'affaire *Mossop*²⁰. La majorité de la Cour a été critiquée pour avoir donné la préférence à la catégorisation qui était la moins problématique, à savoir que la plainte de discrimination de M. Mossop, à qui on a refusé un congé de deuil pour assister aux funérailles du père de son partenaire du même sexe, était fondée sur l'orientation sexuelle et non sur la situation de famille²¹. La décision majoritaire partait du principe que les motifs de discrimination fondés sur la « situation de famille » et l'« orientation sexuelle » s'excluaient mutuellement. Comme la majorité a caractérisé la plainte comme fondée sur l'orientation sexuelle et que, à l'époque, l'orientation sexuelle n'était pas un motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la plainte de M. Mossop a été rejetée bien qu'il ait fait l'objet d'un traitement clairement différentiel.

D'autres causes sont passées à travers les mailles du filet en ce sens que la discrimination a été reconnue comme fondée sur un seul motif d'une façon qui ne tenait pas compte de la complexité de l'expérience du plaignant ou de la plaignante. Une auteure a examiné les décisions relatives à la discrimination fondée sur la race et sur le sexe rapportées dans le *Canadian Human Rights Reporter* entre 1980 et 1989 pour chercher à découvrir comment les tribunaux canadiens des droits de la personne réagissent aux plaintes de discrimination portées par les femmes membres d'une minorité raciale²². La première

¹⁹ *Ibid.*, au par. 1.

²⁰ *Supra* note 14.

²¹ Voir, par exemple, J. Freeman, « Defining Family in *Mossop v. DSS*: The Challenge of Anti-Essentialism and Interactive Discrimination for Human Rights Legislation », *U.T.L.J.*, vol. 44 (1994), p. 41 et Patently Confused: Complex Inequality and *Canada v. Mossop*, *supra* note 6.

²² N. Duclos, « Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases », *Revue Femmes et droit*, vol. 6 (1993), p. 25 [ci-après « Disappearing Women »].

constatation était qu'il était très difficile de trouver des affaires faisant référence à des femmes membres d'une minorité raciale. L'effet produit était que les femmes membres d'une minorité raciale et leurs expériences uniques de discrimination semblaient « disparaître ». De plus, quand on trouvait des affaires mettant en cause des femmes membres d'une minorité raciale, les décisions des tribunaux ne tenaient pas compte du fait que ces femmes pouvaient être différentes des femmes appartenant à la majorité raciale ou des hommes appartenant à des minorités raciales. En d'autres termes, les affaires déformaient les expériences réelles des femmes en classant ce qui leur était arrivé dans la même catégorie que ce qui serait arrivé à des « femmes sans race ou membres d'une minorité raciale où les sexes n'auraient pas existé²³ ».

La majeure partie des publications savantes disponibles sur le recouplement du sexe avec d'autres motifs s'attachent à l'expérience des femmes. Il est évident, comme l'illustrent les exemples cités tout au long de ce document de travail, que, pour beaucoup d'hommes, le recouplement du sexe avec un autre motif de discrimination produit une expérience de discrimination particulière.

Beaucoup d'affaires relatives à la discrimination et au harcèlement auxquelles l'approche intersectionnelle n'est pas appliquée présentent un problème commun, car elles ne tiennent pas compte du fait que les stéréotypes issus de combinaisons particulières de race et de sexe donnent souvent lieu à des traitements discriminatoires. Les affaires relatives au harcèlement sexuel ont tendance à partir du principe que la race, l'origine ethnique et l'ascendance de l'auteur du harcèlement et de la plaignante n'ont pas d'importance. Cependant, il y a des stéréotypes sur la sexualité des femmes fondés sur leur race, leur origine ethnique, leur ascendance ou leur lieu d'origine. Dans une affaire où une femme noire était harcelée sexuellement par son employeur, les preuves ont révélé qu'il lui avait dit que « c'est comme ça que les Noires gagnent leur vie, en suçant les hommes », et la Commission a même noté que l'intimé avait fait « de nombreuses références à la couleur de la plaignante » lorsqu'il avait été appelé à la barre. Or, l'enquête n'a pas tenu sérieusement compte du fait que la plaignante avait été traitée de cette façon parce que c'était une jeune femme noire, et n'a pas conclu à un acte discriminatoire fondé sur la race²⁴. Dans les affaires de harcèlement sexuel, des facteurs comme l'âge, l'état matrimonial et l'orientation sexuelle peuvent également être pertinents²⁵.

Dans une autre affaire, où il s'agissait du harcèlement sexuel de travailleuses d'usine par leur contremaître, la commission d'enquête a suggéré que le harcèlement sexuel était exacerbé par les caractéristiques ethniques et

²³ *Ibid.*, p. 30.

²⁴ *Cuff c. Gypsy Restaurant and Abi-ad* (1987), 8 C.H.R.R. D/3972 (Comm. d'enquête de l'Ont.) telle qu'elle est présentée dans *Disappearing Women*, *ibid.*, p. 34 et 35.

²⁵ Pour une affaire de harcèlement sexuel où l'orientation sexuelle de la plaignante était un facteur de son expérience, voir *Crozier c. Asselstine* (1994), 22 C.H.R.R. D/244 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

linguistiques des plaignantes, ainsi que par leur lieu d'origine et leur statut d'immigrantes.

Il est clair que M. DeFilippis a tenté d'intimider et de manipuler les travailleuses qu'il désirait sexuellement. Il était dans une position, et il le savait, qui lui permettait de recruter des travailleuses immigrantes très dépendantes (des femmes qui avaient un très grand besoin de travailler, ne parlaient pas anglais et n'étaient pas capables de bien s'exprimer, et qui semblaient peut-être, à cause de leurs antécédents culturels, se soumettre plus facilement à l'autorité masculine) dont il pouvait abuser sexuellement²⁶. [Traduction]

La commission d'enquête a au moins reconnu que ce dont les plaignantes avaient fait l'expérience n'était pas seulement un produit de leur sexe, mais était dû à d'autres motifs. Cependant, elle n'a pas conclu à une discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine ou l'origine ethnique. Et ces motifs n'ont pas été mentionnés comme des facteurs d'exacerbation lors de la détermination de la réparation appropriée²⁷.

Dans une approche axée sur un seul motif, la décision stratégique concernant le motif auquel associer les preuves est souvent fondée sur le choix du motif le moins « désagréable ». Plusieurs auteurs ont noté que cela a souvent pour effet de supprimer la race. Par exemple, dans *Alexander c. Colombie-Britannique*²⁸, on avait refusé de servir, dans un magasin d'alcools, une femme appartenant à une Première nation, partiellement aveugle et présentant une insuffisance motrice qui avait un effet sur sa démarche et son langage, parce que le gérant du magasin pensait qu'elle était ivre. Bien qu'elle ait affirmé que l'acte discriminatoire était fondé sur sa race, sa couleur, ses antécédents et son handicap physique, le tribunal a caractérisé l'attitude du gérant qui refusait de croire ce qu'elle lui disait à propos de son handicap comme un acte discriminatoire fondé sur le handicap seulement, et n'a pas examiné si les stéréotypes concernant les femmes autochtones entraient en jeu.

Une autre critique courante est que « la conception de la race dans la loi est tellement affaiblie qu'elle ne semble pas saisir les différences entre les groupes raciaux²⁹ ». Les personnes qui ne sont pas membres du groupe dominant ont tendance à être considérées comme une catégorie homogène de « non-blancs », « minorité raciale » ou « minorité visible ». Toutes les personnes de ce groupe sont traitées comme si elles étaient les mêmes, et les stéréotypes particuliers ou les formes particulières de désavantage qui peuvent être ressentis par différentes

²⁶ *Olarte c. DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Comm. d'enquête de l'Ont.) [ci-après *Olarte*].

²⁷ Chaque plaignante a reçu des dommages-intérêts généraux allant de 1 500 \$ à 4 000 \$ plus des intérêts et une compensation pour le salaire perdu, soit une indemnisation totale de 21 000 \$. On trouvera une discussion plus détaillée des remèdes dans la section **Vers une approche intersectionnelle**.

²⁸ *Disappearing Women*, *supra* note 22, p. 45.

²⁹ *Disappearing Women*, *supra* note 22, p. 43.

personnes en fonction de leur identité particulière ne sont pas reconnus. Par exemple, dans *Wattley c. Quail*³⁰, un appartement n'avait pas été loué à un homme noir. L'intimée a allégué en preuve que le locataire devait être « une personne qui était compatible avec elle parce qu'elle vivait seule et qu'elle voulait une personne avec qui elle se sente à l'aise et en sécurité³¹ ». La preuve a été avancée par une autre locataire, une femme en provenance de l'Asie de l'Est, que l'intimée n'était pas raciste parce qu'elle lui avait loué un appartement. Or, cela ne tenait pas compte du fait que l'intimée pouvait entretenir des stéréotypes au sujet des hommes noirs et qu'elle pouvait avoir une opinion très différente du plaignant fondée sur son sexe et sur sa race. Dans ce cas, la preuve fournie par l'autre locataire ne suffisait pas à faire échouer la plainte. L'affaire démontre que la preuve qu'une intimée ou un intimé ne s'est pas conduit(e) de façon discriminatoire à l'égard d'autres personnes d'origine raciale différente doit être utilisée avec circonspection parce qu'elle peut entraîner le rejet d'une plainte dont l'auteur a pu avoir fait une expérience particulière de discrimination en conséquence de son identité particulière.

Le regroupement en une seule catégorie de différents groupes identifiés par leur race pose un autre problème, à savoir la tendance à partir du principe que seuls les membres du groupe dominant peuvent se conduire de façon discriminatoire et que les membres des minorités raciales ne peuvent pas faire montre de discrimination les uns envers les autres³². Le travail à venir sur l'élaboration de politiques concernant l'ethnicité et l'origine raciale permettra d'analyser plus en détail l'expérience de la discrimination raciale.

Une autre preuve encore des difficultés éprouvées lorsqu'on cherche à saisir les différences est la tendance à traiter la race, la couleur, l'origine ethnique, l'ascendance et le lieu d'origine comme une seule catégorie. Cette façon de procéder ne tient pas compte du fait qu'il s'agit de motifs différents qui peuvent se chevaucher pour produire une expérience qualitativement différente pour les personnes auxquelles ils s'appliquent. Par exemple, un rapport récent de la Fondation canadienne des relations raciales conclut qu'au sein des groupes identifiés par leur race, des personnes nées à l'étranger font face à un désavantage encore plus grand dans le secteur de l'emploi³³.

Il est important de noter que, bien que les discussions sur les recouplements intersectionnels dans les publications savantes s'attachent souvent au chevauchement de la race avec d'autres motifs, particulièrement le sexe, la notion est applicable à toutes les formes de discrimination fondées sur des motifs multiples. Les approches axées sur un seul motif ont donné des résultats incorrects parce qu'elles n'ont pas reconnu la complexité de la discrimination dans

³⁰ (1988), 9 C.H.R.R. D/5386 (BCCHR).

³¹ *Ibid.*, p. D/5387.

³² *Disappearing Women*, *supra* note 22, p. 43.

³³ *Inégalité d'accès : profil des différences entre les groupes ethnoculturels canadiens dans les domaines de l'emploi, du revenu et de l'éducation*, *supra* note 9.

les affaires fondées sur une combinaison de n'importe quels motifs, notamment les motifs liés à la race, à l'âge, au handicap, à l'orientation sexuelle, à la croyance et au sexe. Si l'on veut faire une analyse correcte, quelle que soit la combinaison des motifs, il est donc nécessaire d'utiliser une approche intersectionnelle.

La méthode utilisée par la Commission pour traiter les plaintes

Les statistiques sur les plaintes dont la Commission ontarienne des droits de la personne a été saisie entre avril 1997 et décembre 2000 indiquent que 48 % des plaintes étaient fondées sur plus d'un motif alors que 52 % ne citaient qu'un seul motif de discrimination.

Tableau 1

Nombre de plaintes avec plus d'un motif

Nombre total des plaintes déposées par motif	Race*	Âge	Handicap	Sexe	État d'assisté social
4 140	868	3 303	2 522	161	
Nombre de plaintes avec plus d'un motif					
Race		190	221	285	41
Âge	190		134	131	33
Handicap	221	134		237	38
Sexe	285	131	237		40
État d'assisté social	41	33	38	40	
Total	737	488	630	693	152

* Les données sur la race comprennent les motifs fondés sur la couleur et le lieu d'origine³⁴.

Cinquante-six pour cent (56 %) des plaintes fondées sur l'âge comprenaient d'autres motifs; 19 % des plaintes fondées sur un handicap comprenaient des motifs multiples; 27 % des plaintes fondées sur le sexe comprenaient des motifs multiples; 94 % des plaintes fondées sur l'état d'assisté social comprenaient d'autres motifs³⁵. Sur toutes les plaintes déposées, 18 % des plaintes liées à la « race » comprenaient plus d'un motif. Malheureusement, comme la race a été traitée dans le passé comme recouvrant des motifs tels que la couleur et le lieu d'origine, ce chiffre ne reflète peut-être pas de façon exacte la complexité des plaintes liées à la race dont la Commission a été saisie.

³⁴ La tendance de la Commission à établir un lien entre le lieu d'origine et des motifs comme la race, la couleur et l'origine ethnique sera examinée de plus près lors des travaux à venir sur l'élaboration de politiques sur la race, l'ethnicité et l'origine.

³⁵ Le chiffre concernant le motif d'assisté social n'est pas surprenant compte tenu du rapport entre le désavantage socio-économique et les autres motifs énumérés dans le *Code*. Le document de recherche de la Commission intitulé *Human Rights Commissions and Economic and Social Rights* (février 2000) [inédit] insiste en détail sur le rapport entre la pauvreté et l'appartenance à un groupe défini par des caractéristiques comme le sexe, l'âge, l'état familial et matrimonial, un handicap, la race, l'ascendance, le lieu d'origine et la citoyenneté.

L'approche utilisée par les cours et les tribunaux pour traiter des affaires comme celles qui sont décrites ci-dessus devient plus difficile à appliquer dans le cas des affaires qui relèvent des politiques et des procédures relatives aux droits de la personne. Lorsque des décideurs aussi importants que la Cour suprême ont du mal à procéder à une analyse des motifs multiples, rien de surprenant à ce que les commissions des droits de la personne éprouvent des difficultés. En même temps, lorsque les commissions établissent qu'il y a suffisamment de preuves pour poursuivre un motif particulier et ne pas tenir compte des autres, l'affaire a tendance à être présentée de cette façon au tribunal par l'avocate ou l'avocat de la commission et sera vraisemblablement jugée à partir de ce motif seulement³⁶. C'est ainsi que peut se créer un cercle vicieux où les commissions des droits de la personne et les décideurs contribuent chacun à perpétuer l'utilisation d'une approche axée sur un seul motif.

Lorsqu'ils déposent leur plainte, les plaignants sont invités à nommer les motifs pour lesquels ils pensent avoir fait l'objet de discrimination ou de harcèlement. Certains indiquent tous les motifs qu'ils estiment avoir contribué à l'acte discriminatoire alors que d'autres ne se rendent pas toujours compte qu'un autre motif était en jeu. Lorsque ce motif apparaît par la suite, habituellement au cours d'une enquête, il est parfois trop tard à moins que la plainte ne soit immédiatement modifiée. L'impartialité de la procédure peut être remise en cause s'il y a un changement dans la nature de l'affaire à laquelle l'intimée ou l'intimé doit répondre. Le délai peut aussi poser problème. Une fois que la plainte est renvoyée devant une commission d'enquête, une partie peut seulement défendre une nouvelle base de responsabilité sans modifier la plainte si cela ne dépend pas de l'établissement de nouvelles allégations concernant des faits dont l'intimée ou l'intimé n'a pas connaissance et dont l'assertion pourrait causer un préjudice³⁷.

Malheureusement, les *Guidelines and Recommendations for Dealing with Race Cases from Intake to Board of Inquiry* publiées en 1994 par la Commission ne traitent pas de la nécessité de tenir compte de l'intersection de la race et des motifs connexes avec d'autres motifs comme le sexe, un handicap et l'âge, pour n'en nommer que quelques-uns. De même, l'*Enforcement Manual* de la Commission ne fournit pas de directives explicites en ce qui concerne le recoupement des motifs. En pratique, il se peut que tous les motifs mentionnés dans une plainte ne soient pas examinés. L'enquête peut se concentrer sur le motif le plus simple ou le plus évident, les autres n'étant mentionnés qu'en passant, voire pas du tout. Lorsque tous les motifs sont examinés, plutôt que d'appliquer une approche intersectionnelle, chaque motif peut être traité à titre séparé et sans rapport avec les autres. Cela peut aboutir à la conclusion qu'aucun motif n'est appuyé par des preuves suffisantes pour que la cause soit renvoyée à une

³⁶ *Disappearing Women*, *supra* note 22, p. 35.

³⁷ Voir *Vander Schaaf c. M & R Property Management Ltd.* (2000), 38 C.H.R.R. D/251 (Comm. d'enquête de l'Ont.), au par. 14 [ci-après *Vander Schaaf*]. Dans cette affaire, la motion de la Commission demandant à modifier la plainte pour ajouter l'« âge » comme motif de discrimination a été rejetée.

commission d'enquête, bien que la personne ait de toute évidence fait l'expérience d'un traitement différentiel. Cela peut aussi amener à des comparaisons incorrectes avec des personnes qui présentent certains des motifs de la plaignante ou du plaignant, sans cependant les présenter tous.

Dans d'autres affaires, une approche intersectionnelle des motifs multiples est appliquée et permet de dresser un tableau exact de l'acte discriminatoire. Par exemple, dans une affaire liée à l'emploi qui mettait en cause un homme noir d'un pays d'Afrique qui avait plusieurs enfants et un handicap non évident, lorsque les motifs étaient examinés séparément, il ne semblait pas y avoir suffisamment de preuves à l'appui de chacun pour justifier le renvoi à une commission d'enquête. Cependant, il y avait suffisamment de preuves que le plaignant faisait l'expérience d'un traitement différentiel pour des motifs liés au *Code* et non simplement à cause d'un conflit de personnalité ou de son rendement au travail³⁸. Si la Commission avait traité chaque motif comme une catégorie séparée sans rapport avec les autres, la cause aurait sans doute été rejetée. Cependant, la Commission a conclu que les incidents qui s'étaient produits démontraient que l'homme avait fait l'objet d'une discrimination fondée sur un chevauchement de motifs. En d'autres termes, une analyse contextuelle a été utilisée qui a permis de prendre en compte l'identité complète du plaignant. La décision ne concernait pas le plaignant comme personne, mais elle portait sur le traitement différentiel dont il avait fait l'objet en conséquence de la confluence des motifs reconnus par le *Code*.

Ce qui peut être dangereux, quand on examine une plainte fondée sur des motifs multiples, c'est de comparer la plaignante ou le plaignant à des personnes qui ne partagent que certaines de ses caractéristiques. Par exemple, dans une cause hypothétique supposant qu'un employeur ait refusé une promotion à une femme avec des enfants à cause d'un « plafond invisible » lié à la présomption que les femmes avec de jeunes enfants ne s'engagent pas suffisamment dans leur carrière, il ne serait pas nécessairement approprié de conclure que, parce que l'employeur compte des femmes parmi ses cadres et a nommé des hommes avec des enfants à des postes de responsabilité, il n'y a pas eu acte discriminatoire. Dans toute la mesure du possible, si des comparaisons doivent être utilisées, elles doivent refléter tous les aspects de l'identité de la plaignante ou du plaignant. Dans l'exemple hypothétique, l'expérience des mères avec de jeunes enfants qui cherchent à obtenir de l'avancement dans l'entreprise serait sans doute l'unique point de comparaison valable. S'il n'y a pas suffisamment de personnes avec qui effectuer des comparaisons, il est parfois préférable de reconnaître la valeur limitée de la comparaison plutôt que d'assimiler la situation de la plaignante ou du plaignant à une autre qui pourrait en fait être très différente parce que les motifs ne sont pas exactement les mêmes. Une analyse intersectionnelle reconnaîtrait que

³⁸ Il y avait des incidents isolés liés à la race du plaignant, à son handicap et à son état familial. Si l'on examinait chaque motif séparément, il n'y avait peut-être pas suffisamment de preuves pour justifier le renvoi à une commission d'enquête. Or, il apparaissait clairement que le superviseur du client lui en voulait parce que c'était un homme noir d'Afrique qui avait besoin de temps à cause de ses responsabilités familiales et en conséquence de son handicap non évident. C'était donc le recouplement des motifs chez cette personne qui était à l'origine du traitement discriminatoire.

les comparaisons doivent être utilisées avec beaucoup de prudence parce qu'une comparaison incorrecte peut entraîner le rejet d'une cause qui aurait dû faire l'objet d'un règlement.

Même s'il est clair qu'il y a suffisamment de preuves de discrimination fondée sur un seul motif, il peut être approprié d'envisager de renvoyer l'affaire à une commission d'enquête en se fondant sur tous les motifs qui constituent l'identité de la plaignante ou du plaignant ou sur tous les motifs qui pourraient être pertinents. Par exemple, si une femme qui est une immigrante récente se plaint de harcèlement sexuel, il pourrait être également approprié d'ajouter les motifs de lieu d'origine, de citoyenneté et d'origine ethnique pour veiller à ce que la personne chargée de l'enquête et, plus tard, la commission d'enquête puissent examiner si le harcèlement n'est pas lié en partie à la vulnérabilité réelle ou perçue de la femme à titre d'immigrante récente, à une perception de sa sexualité fondée sur son lieu d'origine et ainsi de suite. Le témoignage oral, effectué sous serment et soumis à un contre-interrogatoire, réussira peut-être mieux à dégager des preuves de la complexité de l'expérience de la plaignante ou du plaignant qu'une enquête de la Commission.

Jurisprudence des organismes internationaux

Jusqu'à maintenant, les organismes internationaux ont essentiellement utilisé une approche fondée sur un seul motif. Le problème des désavantages multiples et de la discrimination fondée sur plusieurs motifs, en particulier l'expérience des femmes membres d'une minorité, n'a pas été reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme³⁹. Les organismes de surveillance choisissent un aspect donné de la discrimination et ne tiennent généralement pas compte des autres abus simultanés. Ils ne parviennent donc pas à saisir la totalité du problème et des désavantages structurels dont des groupes comme les femmes membres d'une minorité font l'expérience⁴⁰.

Dans une affaire concernant le refus de la Grande-Bretagne d'accorder aux femmes détenant un permis de résidente permanente le droit de faire venir leur conjoint en Grande-Bretagne, la Cour européenne a conclu à un abus fondé sur le sexe, mais n'a pas examiné en détail la question de la discrimination fondée sur l'origine nationale ou la naissance⁴¹. Le résultat a été une comparaison qui tenait uniquement compte du sexe – c'est-à-dire que les résidentes permanentes ont été comparées aux résidents permanents – plutôt qu'une comparaison qui tienne compte du sexe et de la naissance. Il aurait été plus approprié de comparer les

³⁹ A.S. Åkermark, « Minority Women: International Protection and the Problem of Multiple Discrimination », dans L. Hannikainen, E. Nykänen, éd., *New Trends in Discrimination Law – International Perspectives* (Turku : Turku Law School, 1999), p. 85 et 86. La discussion du traitement de la discrimination multiple dans les affaires portées devant les organismes internationaux est tirée de cet article.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 99 et 100.

⁴¹ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. le Royaume-Uni*, CEDH Série A, N° 94 (1985).

résidentes permanentes (femmes) aux citoyens (hommes) pour démontrer l'ampleur véritable de la discrimination⁴².

Plus près de chez nous, on peut voir un exemple tout à fait remarquable de l'échec du Comité des droits de l'homme à examiner un acte discriminatoire fondé sur des motifs multiples dans l'affaire *Lovelace c. Canada*⁴³. L'affaire concernait une plainte au sujet de la *Loi sur les indiens* du Canada qui prévoyait que les femmes appartenant à une Première nation perdraient leur statut d'Indienne avec les droits associés si elles épousaient des hommes non membres d'une Première nation. Il n'y avait pas de perte de statut similaire pour les hommes membres d'une Première nation qui épousaient des femmes qui n'en étaient pas membres. Le Comité a choisi de se concentrer sur le droit à la culture, à la langue et à la religion des personnes appartenant aux minorités. En dépit du fait que la cause présentait un aspect marqué de discrimination fondée sur le sexe, le comité n'a pas sérieusement examiné le fait que Lovelace se voyait refuser le droit à sa culture *parce que c'était une femme*.

Le défaut de tenir compte des motifs multiples de discrimination a des répercussions importantes sur le plan international. Si la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des droits de l'homme conclut à une violation, les états concernés doivent modifier en conséquence la loi ou la pratique visée⁴⁴. C'est ainsi qu'une analyse incomplète peut avoir un effet sur le remède ou le résultat. De même, les affaires sont utilisées à titre d'exemples et de précédents par d'autres états lorsqu'ils édencent ou modifient leurs lois, rédigent des rapports en vertu de différents instruments internationaux et appliquent des principes devant leurs propres cours nationales⁴⁵.

⁴² Åkermark, *supra* note 39, p. 101-102.

⁴³ Opinions du Comité des droits de l'homme dans le document NU A/36/40(1981).

⁴⁴ Åkermark, *supra* note 39, p. 103.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 104.

VERS UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE

Les motifs multiples dans la jurisprudence sur le droit à l'égalité et les droits de la personne

Certaines cours et certains tribunaux ont commencé à reconnaître la nécessité de prévoir des dispositions spéciales en réponse à la discrimination fondée sur des motifs multiples, et à tenir compte du contexte social, économique et historique dans lequel se produisent les actes discriminatoires. Malgré ces progrès, les cours ont à peine commencé à comprendre ce qui constitue une approche intersectionnelle appropriée. Ce qui suit est une discussion de certaines affaires récentes qui témoignent d'une tendance en faveur de la reconnaissance des motifs multiples ou d'une analyse intersectionnelle dans une opinion de majorité ou dissidente.

Cour suprême du Canada

Récemment, les décisions de la Cour suprême du Canada ont inclus des commentaires sur les motifs multiples de discrimination et les motifs qui se recoupent ou se chevauchent. Dans certaines de ces décisions, le contexte social et les expériences de vie des personnes victimes de discrimination sont examinées. La perspective de la personne est réaffirmée.

Écrivant pour la minorité, dans l'affaire *Mossop*, la juge L'Heureux-Dubé a remarqué : « Il est de plus en plus reconnu qu'il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et que certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires ». Elle a ajouté que :

Classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte. Il peut être plus réaliste de reconnaître que deux types d'actes discriminatoires peuvent exister et se chevaucher.

Suit un commentaire sur la façon de traiter les formes multiples de discrimination lorsque les actes discriminatoires sont interdits pour deux motifs :

En pratique, lorsque deux types d'actes discriminatoires sont interdits, on peut ignorer la complexité du chevauchement et affirmer que la discrimination est fondée sur un motif ou l'autre. La personne se trouve protégée contre la discrimination dans un cas comme dans l'autre.

Toutefois, bien qu'il puisse y avoir plusieurs degrés de discrimination, il n'existe pas divers degrés de protection. Il y a des cas où une personne est

victime de discrimination pour plusieurs motifs, dont un seul toutefois est un motif illicite. On doit alors prendre soin de ne pas qualifier la discrimination de façon à priver cette personne de la protection offerte. [...] On ne devrait pas à la légère permettre une qualification qui prive de la protection de la Loi les personnes qui devraient légitimement en bénéficier⁴⁶.

Tout en accueillant généralement de façon positive la reconnaissance par la juge L'Heureux-Dubé du chevauchement des motifs de discrimination, beaucoup de commentateurs ont critiqué sa suggestion que, lorsque deux formes de discrimination sont illicites, on peut en choisir seulement une. Cela représente un retour à l'approche traditionnelle axée sur un seul motif, et non une analyse intersectionnelle. Le commentaire est sans doute lié aux faits de la cause, mais les mots de la juge L'Heureux-Dubé représentent cependant un pas important dans la reconnaissance de l'intersection de motifs multiples.

À l'occasion d'un arrêt subséquent, dans l'affaire *Egan*, la juge L'Heureux-Dubé, une fois de plus dans une opinion dissidente, a répété que les formes de discrimination ne peuvent pas être réduites à des compartiments étanches; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement. Les juges doivent se montrer sensibles aux réalités de ceux qui subissent la distinction lorsqu'ils en pèsent l'impact sur les membres du groupe touché⁴⁷.

Plus récemment, dans une décision de majorité dans *Law c. Canada*⁴⁸, la Cour suprême a reconnu qu'une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs peut être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1) :

[...] un demandeur peut rattacher son allégation de discrimination à plus d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. Cette façon d'aborder les motifs de discrimination est compatible avec la nature de l'analyse relative à l'égalité fondée sur le par. 15(1) de la Charte, essentiellement fondée sur l'objet et le contexte. Lorsqu'une partie allègue la discrimination en se fondant sur ce qu'elle présente comme un nouveau motif analogue ou sur une combinaison de divers motifs, cette étape de l'examen visant à déterminer s'il y a discrimination doit être axée sur la question de savoir si un motif, ou une combinaison de motifs, est analogue à ceux énumérés au par. 15(1) et pour quelle raison. Cette détermination se fonde sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine [...] Si la cour considère que reconnaître le motif, ou la combinaison de motifs, comme analogue irait dans le sens de la

⁴⁶ *Mossop, supra note 14, par. 53 et 54.*

⁴⁷ *Egan, supra note 1, p. 563.*

⁴⁸ [1999] 1 R.C.S. 497 [ci-après *Law*].

*réalisation de l'objet fondamental du par. 15(1), le motif, ou la combinaison de motifs, sera alors reconnu..*⁴⁹

La Cour a déclaré par ailleurs :

*Il n'y a donc aucune raison de principe pour laquelle une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs ne peut pas être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1)*⁵⁰.

À l'issue de l'affaire *Law*, la Cour suprême a appliqué cette analyse pour reconnaître un nouveau motif analogue de discrimination, à savoir « l'autochtonité-lieu de résidence ». Dans *Corbière c. Canada*⁵¹, la Cour a tenu compte d'une disposition de la *Loi sur les indiens* qui dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter aux élections de la bande. En établissant le nouveau motif analogue, la Cour a noté que le groupe qui est victime du traitement différentiel était défini à partir d'une combinaison de caractéristiques, à savoir le fait que c'étaient des personnes autochtones qui étaient membres d'une bande, mais vivaient en dehors d'une réserve. La décision de la juge L'Heureux-Dubé a également noté l'effet adverse particulier que la loi visée avait sur les femmes autochtones à cause de l'antécédent de perte involontaire du statut d'Indienne :

*Les femmes autochtones, que l'on peut dire **doublement défavorisées** en raison de leur sexe et de leur race, font partie des personnes particulièrement touchées par les mesures législatives se rapportant aux membres hors réserve des bandes indiennes, de par leur histoire et leur situation dans les sociétés canadienne et autochtone⁵². [C'est nous qui soulignons.]*

Par ailleurs, pour montrer comment la reconnaissance d'un motif analogue va dans le sens de l'objet du par. 15(1) de la *Charte*, la juge L'Heureux-Dubé a noté :

La deuxième étape [de l'enquête en vertu du paragraphe 15(1)] doit alors être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de dignité humaine et d'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser (par exemple, en l'espèce, la race, la qualité de membre d'une bande indienne et le lieu de résidence), et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà⁵³.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 554 et 555.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ [1999] 2 R.C.S. 203 [ci-après *Corbière*].

⁵² *Ibid.*, p. 259.

⁵³ *Ibid.*, p. 253.

La décision insiste de façon marquée sur une approche contextuelle qui reconnaît les stéréotypes, les préjugés et les dénis de dignité humaine dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, et admet que certaines caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser.

L'incapacité de reconnaître de nouveaux motifs analogues en vertu du *Code* ne signifie pas que les affaires portées devant la Cour suprême du Canada ne peuvent pas servir le travail de la Commission. Ces affaires représentent plutôt un premier pas important dans la reconnaissance que les motifs ne sont pas des compartiments rigides et étanches, et témoignent d'un mouvement vers une approche intersectionnelle et contextualisée. Comme la façon de procéder pour les affaires relatives aux droits de la personne et celles qui relèvent de la *Charte* doit être aussi congrue que possible⁵⁴, cette évolution de la jurisprudence de la Cour suprême invite les organismes de défense des droits de la personne à emboîter le pas en appliquant les motifs existants d'une façon qui favorise le plus possible l'approche intersectionnelle.

Cours et tribunaux

Plusieurs décisions notables qui reconnaissent les rapports entre des motifs multiples ont été rendues par les cours canadiennes et les tribunaux des droits de la personne.

L'une des premières décisions et des plus significatives à cet égard est celle de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority c. Sparks*⁵⁵. Dans cette affaire, la Cour a reconnu que pour examiner si la loi a un effet discriminatoire, il faut prendre en considération les caractéristiques partagées par les personnes membres du groupe qui en subit les effets. La Cour a reconnu que la discrimination est l'effet combiné de facteurs multiples, y compris la pauvreté.

De façon générale, les personnes qui sont admissibles à un logement public font partie du groupe social défavorisé sur le plan économique, et elles sont ainsi défavorisées à cause de leur âge et de la baisse correspondante de leur revenu (personnes âgées), ou parce que ce sont des familles à faible revenu dont une majorité est désavantagée parce qu'elle est constituée de mères célibataires qui vivent de l'aide sociale et dont beaucoup sont noires [sic]. Le groupe des locataires des logements publics, dans son ensemble, est défavorisé historiquement parlant, par suite des effets combinés de plusieurs des caractéristiques personnelles énumérées au paragraphe 15(1)⁵⁶. [C'est nous qui soulignons.] [Traduction]

⁵⁴ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [ci-après *Meiorin*].

⁵⁵ (1993), 101 D.L.R. (4th) 224 (C.A. N.-É.) [ci-après *Sparks*].

⁵⁶ *Ibid.*, p. 234.

Dans une affaire importante relative aux droits de la personne en Ontario, *Kearney c. Bramalea Ltd. (N° 2)*⁵⁷, une approche très semblable a été suivie, mais dans le contexte d'une plainte en vertu du *Code*. L'affaire concernait l'utilisation du ratio loyer/revenu pour établir l'admissibilité à un logement locatif. Les témoins experts ont apporté la preuve à la commission d'enquête que le ratio loyer/revenu avait en réalité pour effet d'éliminer certains groupes défavorisés sur le plan économique qui avaient statistiquement le moins de chances de jamais atteindre le ratio requis. Les preuves statistiques présentées évoquaient la situation particulière des personnes identifiées par un chevauchement de motifs, comme les mères célibataires, les jeunes femmes seules, les femmes seules membres d'une Première nation, les femmes seules noires, les femmes seules de l'Asie du Sud, les femmes seules d'Afrique, les mères célibataires non encore citoyennes et les femmes sans attaches et assistées sociales.

Le tribunal a accepté la preuve que les critères utilisés avaient un effet différent sur les personnes en fonction de leur âge, sexe, race, état familial, citoyenneté, lieu d'origine et état d'assisté social. Il a reconnu que les preuves présentées démontrent qu'il était important de reconnaître que beaucoup de « groupes » se chevauchent ou s'entrecroisent de façon substantielle⁵⁸. Et il a conclu à des actes discriminatoires fondés sur chaque motif cité dans chaque plainte. Par exemple, dans l'affaire *Catarina Luis*, une mère célibataire noire, réfugiée de l'Angola et recevant des prestations familiales, la Commission a conclu à un acte discriminatoire fondé sur la race, le sexe, l'état familial, la citoyenneté, le lieu d'origine et l'état d'assisté social.

Dans la décision subséquente de l'affaire *Vander Schaaf*, la commission d'enquête est de nouveau revenue à une approche qui considérait essentiellement les motifs de discrimination allégués, à savoir l'âge, le sexe et l'état matrimonial, de façon isolée, au lieu d'accorder toute l'importance nécessaire à l'effet de leur entrecroisement. Dans une autre décision récente où la plaignante, une mère célibataire recevant une aide sociale, alléguait qu'on lui refusait un logement locatif à cause de sa source de revenu et de son état familial et matrimonial, le tribunal a noté que « afin d'appuyer sa plainte, la plaignante a seulement besoin de prouver que l'un ou plusieurs de ces motifs étaient à l'origine du refus de logement locatif⁵⁹ ». Bien que cette façon de procéder puisse être techniquement exacte, elle a tendance à nier la complexité de la discrimination à laquelle doivent faire face des groupes comme les mères célibataires assistées sociales. Elle ne devrait donc être appliquée que lorsque la preuve appuie seulement un motif et non si l'acte discriminatoire est clairement fondé sur un entrecroisement de motifs. Dans ces affaires, tous les

⁵⁷ (1998), 34 C.H.R.R. D/1 (Comm. d'enquête de l'Ont.) [ci-après *Kearney*]. La décision de la Cour supérieure, Cour divisionnaire, confirme la façon dont la commission d'enquête a accueilli et traité le témoignage d'expert : *Shelter Corp. c. Ontario (Comm. des droits de la pers.)* (2001), 39 C.H.R.R. D/111 (Cour supérieure de l'Ont.).

⁵⁸ *Kearney, ibid.*, p. D/16.

⁵⁹ *Birchall c. Guardian Properties Ltd.* (2000), 38 C.H.R.R. D/83, au par. 30 (BCHRT).

motifs devraient être reconnus, examinés et, si les preuves le justifient, la plainte devrait être renvoyée à une commission pour enquête sur la totalité des motifs.

Dans *Falkiner c. Ontario (ministère des Services sociaux et communautaires, maintien du revenu)*, la Cour divisionnaire de l'Ontario s'est inspirée de *Sparks* et *Corbière* pour conclure que « la reconnaissance des appelantes comme membres d'un groupe victime de discrimination en raison de leur situation comme mères chefs de famille et assistées sociales, un motif analogue aux motifs énumérés, avancerait la réalisation de l'objet fondamental du paragraphe 15(1), la protection de la dignité humaine⁶⁰ ».

Dans *Irshad (tuteur à l'instance de) c. Ontario (ministère de la Santé)*⁶¹, la Cour a reconnu que la raison pour laquelle les demandeurs n'étaient pas admissibles au régime d'assurance-santé – ce qui faisait l'objet de leur plainte en vertu de la *Charte* – n'était pas qu'ils étaient immigrants ni qu'ils avaient une déficience physique, mais qu'ils étaient des immigrants avec une déficience physique. S'ils n'avaient pas eu de déficience physique, ils auraient pu satisfaire aux exigences médicales prévues dans la *Loi sur l'immigration* et auraient donc eu droit à l'assurance-santé. S'ils étaient nés en Ontario, ils y auraient également eu droit, même avec leur déficience physique. Malgré la reconnaissance de l'effet du chevauchement des motifs, la Cour a rejeté la demande en vertu de la *Charte*. Il manquait un élément à cette décision qui aurait pu être différente si l'on avait procédé à une évaluation de cet entrecroisement des motifs. En appel, la Cour a accepté l'argument que, si ce n'était leur déficience physique, les demandeurs auraient été admissibles à l'assurance-santé. Cependant, elle a conclu que les critères d'admissibilité utilisés par l'Ontario étaient fondés sur le statut d'immigrant. C'étaient les autorités d'immigration fédérales qui avaient décidé que les déficiences physiques rendaient les demandeurs inadmissibles au statut d'immigrant admis. L'effet adverse du choix du critère, à savoir le statut d'immigrant, lequel était fondé sur la déficience physique, n'a pas été pris en considération.

Dans *Rivers c. Squamish Indian Council*⁶², le tribunal a examiné une plainte de discrimination fondée sur plus d'un des motifs énumérés. La plaignante, une femme autochtone qui était d'origine nationale et ethnique gitskane, alléguait qu'elle avait fait l'objet de discrimination parce qu'elle avait « seulement » épousé un homme qui appartenait à la bande Squamish, mais qu'elle n'était pas née au sein de cette bande et n'avait pas de lien de sang avec l'une de ses « principales familles »⁶³. Le membre dissident du tribunal a reconnu que la plainte était fondée sur des motifs multiples, c.-à-d. le statut national/ethnique et l'état familial, et a déclaré que les motifs allégués avaient été analysés séparément, mais qu'ils étaient étroitement liés et qu'en fait, ils se

⁶⁰ [2000] O.J. No. 2433 (Cour div. de l'Ont.), en ligne : QL. Cette décision a été portée en appel.

⁶¹ (1999), 60 C.R.R. (2d) 231 (Cour de l'Ont. [Div. gén.]); confirmé 197 D.L.R. (4th) 103 (C.A. Ont.).

⁶² *Rivers c. Squamish Indian Council*, [1994] C.H.R.T. N° 3 N° T.D. 3/94 [ci-après *Rivers*].

⁶³ *Ibid.*, p. 93 et 94.

chevauchaient⁶⁴. Tout en indiquant qu'il tiendrait compte de la dimension d'interaction des motifs multiples ou de la notion de recouplement, le membre dissident a alors entrepris d'analyser l'affaire en traitant les motifs tour à tour, sans prendre en considération les effets de leur chevauchement. Cette façon de procéder montre que les décideurs sont prêts à reconnaître la valeur de l'approche intersectionnelle mais que, dans certains cas, ils ne savent pas clairement comment l'utiliser.

Une affaire fournit un excellent exemple d'un tribunal qui reconnaît expressément l'entrecroisement de la race et du sexe pour conclure à un acte discriminatoire. Dans *Frank c. A.J.R. Enterprises Ltd.* (« *Nelson Place Hotel* »)⁶⁵, la majorité de la clientèle de l'hôtel de l'intimé était autochtone. Cependant, la plaignante et d'autres femmes autochtones avaient été expulsées de leurs chambres, et on avait refusé à plusieurs reprises de les servir dans le bar-salon. L'intimé a voulu alléguer que, comme il servait essentiellement des personnes autochtones, il ne pouvait pas avoir fait preuve de discrimination à l'endroit de la plaignante. (Essentiellement, l'intimé a plaidé que, puisqu'il ne traitait pas les autres personnes autochtones de façon discriminatoire, il ne pouvait pas avoir traité la plaignante de façon discriminatoire.) Le tribunal a considéré le contexte historique du traitement des personnes autochtones au Canada.

*[...] il n'est pas inconcevable pour un organisme, une entreprise, une nation ou un peuple, de continuer à faire affaire avec des gens qu'il ou elle méprise et de faire montre de discrimination à l'endroit de ces gens ou d'une catégorie de ces gens. [...] Ce n'est pas la première fois dans notre histoire que l'on a pour pratique commerciale de dépouiller les Autochtones de tous leurs dollars sans pour autant cesser de les mépriser. Le moins qu'on puisse dire est que les actions et les pratiques de l'intimé sont pétris de cette attitude négative à l'endroit des femmes autochtones en tant que catégorie de personnes*⁶⁶. [C'est nous qui soulignons.] [Traduction]

Le tribunal a été choqué par l'insinuation de l'intimé que la plaignante était une prostituée. « Ce qui est particulièrement choquant dans cette affirmation est le postulat que, parce qu'elle est autochtone et seule dans un hôtel, c'est une prostituée⁶⁷ ». Le tribunal a dénoncé en termes forts le chevauchement des motifs de race et de sexe, et a indemnisé la plaignante pour l'indignité de la discrimination dont elle avait été victime au titre à la fois de la race et du sexe :

Je reconnais que ce n'est pas l'endroit où pontifier sur les méfaits du sexisme et du racisme, mais qu'il me suffise de dire que le sexisme et le racisme se chevauchent souvent à un point tel que l'on ne sait parfois plus clairement laquelle de ces deux forces l'emporte. Cependant, je tiens à attirer l'attention sur l'ampleur de la plainte, sur le chevauchement

⁶⁴ *Ibid.*, p. 97.

⁶⁵ (1993), 23 C.H.R.R. D/228 (BCCR) [ci-après *Frank*].

⁶⁶ *Ibid.*, p. D/232.

⁶⁷ *Ibid.*, p. D/233.

des motifs fondés sur le sexe et sur la race qui, à mon avis, est l'essence de cette plainte, et sur l'indignité subie par la plaignante. Je désire également attirer l'attention sur le fait que cette attitude et cette conduite de l'intimé me paraissent attester d'un comportement sexiste méprisant et malfaisant, entremêlé de racisme cynique et de mépris de la dignité, de l'humanité et des sentiments fondamentaux des femmes autochtones⁶⁸. [C'est nous qui soulignons.] [Traduction]

Les tribunaux et les cours reconnaissent de plus en plus la nécessité d'utiliser une analyse intersectionnelle. Ayant reconnu cette nécessité, ils réussissent plus ou moins bien dans leurs efforts pour appliquer ce type d'analyse aux plaintes de discrimination. Dans certaines affaires, l'analyse tient compte de l'effet de l'existence de motifs multiples alors que dans d'autres, les décideurs tendent à revenir à l'examen séquentiel de chaque motif pris séparément. Cependant, il faut reconnaître qu'il y a eu des progrès, parmi lesquels 1) une reconnaissance par la Cour suprême que l'on peut admettre un chevauchement de motifs comme un nouveau motif analogue où entrent en jeu le contexte social, le désavantage historique et la dignité humaine fondamentale⁶⁹; 2) l'application d'une analyse contextuelle axée sur la façon dont la société traite la personne et construit son identité, ce qui comprend l'examen des préjudices historiques, du contexte social, politique et culturel, et des problèmes socio-économiques⁷⁰; 3) l'utilisation des preuves statistiques pour illustrer la situation particulière des groupes identifiés par un entrecroisement de motifs⁷¹; 4) les conclusions de discrimination fondées sur tous les motifs qui constituent l'identité de la plainte, et pas seulement ceux qui sont les moins complexes ou les moins sujets à controverse⁷²; et 5) le rejet du recours, aux fins de comparaison, à des personnes ou des groupes qui sont identifiés par certains des motifs de la plaignante ou du plaignant, mais pas par tous, parce qu'ils ne constituent pas des sujets de comparaison appropriés⁷³.

Réparations

Bien que les cours et les tribunaux aient reconnu la réalité de la discrimination fondée sur plus d'un motif, il n'existe pas d'instructions claires en ce qui concerne la réparation pour ce type de plainte. Il y a très peu de preuves qui montrent que les réparations imposées en réponse aux plaintes relatives aux droits de la personne tiennent compte de la multiplicité des motifs ou du chevauchement des motifs de discrimination. Alors que certaines décisions de tribunaux reconnaissent que la discrimination peut être ressentie à plusieurs niveaux, cela ne semble pas se répercuter dans les réparations et les montants adjugés. Par exemple, bien qu'une documentation importante ait été présentée dans l'affaire *Kearney* sur l'impact de la politique du propriétaire en termes de motifs multiples de

⁶⁸ *Ibid.*, p. D/234.

⁶⁹ *Law*, *supra* note 48 et *Corbière*, *supra* note 52.

⁷⁰ *Frank*, *supra* note 65, *Sparks*, *supra* note 56 et *Kearney*, *supra* note 57.

⁷¹ *Kearney*, *ibid.*

⁷² *Kearney*, *ibid.* et *Frank*, *supra* note 65.

⁷³ *Frank*, *ibid.* et *Corbière*, *supra* note 52.

discrimination, les réparations ne reconnaissaient pas les effets multiples de l'acte discriminatoire ni n'en tenaient compte. Dans l'affaire *Olarte*, la Cour a reconnu que l'intimé avait profité de la situation particulièrement vulnérable de ses travailleuses immigrantes qui dépendaient de lui, avaient un grand besoin de travailler, ne parlaient peut-être pas anglais et pouvaient sembler, à cause de leurs antécédents culturels, plus susceptibles de se soumettre à l'autorité masculine. Bien que leur situation particulièrement défavorisée ait été reconnue, la réparation imposée ne tenait pas compte du fait que cela ait pu causer un plus grand préjudice.

Dans l'affaire *Crozier*, l'intimé avait tenté d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante, une lesbienne, en essayant de la convaincre que sa vie sexuelle actuelle présentait des problèmes qui pourraient se régler si elle avait des rapports hétérosexuels avec lui. Le tribunal a reconnu que « la conduite de l'intimé est une forme de harcèlement pour cause à la fois d'orientation sexuelle et de harcèlement sexuel⁷⁴ ». Le tribunal s'est fondé sur l'analogie avec une affaire hypothétique entre une plaignante et un intimé de races différentes et a conclu qu'une telle situation constituerait un harcèlement racial autant que sexuel. L'avocat de la plaignante a insisté pour que des montants séparés soient adjugés. Bien que le tribunal ait accepté que « l'élément de harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle ajoute du poids au harcèlement sexuel dont l'intimé était coupable » et que la vulnérabilité de la plaignante était « sans aucun doute accrue par le fait que, comme lesbienne, elle faisait partie d'un groupe marginalisé⁷⁵ », il a conclu que « les violations des deux dispositions du Code étaient étroitement liées, mais qu'aucune ne redoublait l'effet de l'autre⁷⁶ ».

Dans l'affaire *Egan*, la juge L'Heureux-Dubé a fait appel à une analogie intéressante pour démontrer l'impact qu'un acte discriminatoire peut avoir sur différents groupes :

Nul ne contesterait que deux projectiles identiques, lancés à la même vitesse, peuvent néanmoins laisser une marque différente selon le genre de surface atteinte. De la même manière, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables⁷⁷.

De même, dans l'affaire *Sparks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a examiné l'impact des caractéristiques de M^{me} Sparks (une personne de couleur [une Noire], une femme, une mère chef de famille, une assistée sociale, une locataire subventionnée et une personne pauvre) et les désavantages que les dispositions

⁷⁴ *Supra* note 25, p. D/247.

⁷⁵ *Ibid.*, p. D/248.

⁷⁶ *Ibid.*, p. D/249.

⁷⁷ *Egan*, *supra* note 1, p. 553.

législatives en cause présentaient pour elle, de façon globale et cumulative – c.-à-d. la façon dont Irma Sparks les ressentait⁷⁸.

Dans *Ghosh c. Domglas*⁷⁹, une plainte de harcèlement fondé sur un handicap, le tribunal a introduit la notion de race, bien que cela n'ait pas été allégué dans la plainte, pour noter que cela pouvait avoir eu un effet sur le préjudice subi :

[...] bien qu'il n'y ait rien pour suggérer que M. Ghosh ait été harcelé à cause de sa race, en examinant les dommages, il faut considérer que l'auteur du méfait prend sa victime telle qu'il la trouve. Son appartenance à une minorité visible n'a peut-être rien eu à faire avec le harcèlement, mais je n'ai pas de doute que ce fait a été un facteur subjectif d'accroissement de sa vulnérabilité et de son angoisse⁸⁰. [Traduction]

Comme, dans les affaires relatives aux droits de la personne, l'objectif des réparations est en partie d'installer la personne dans le poste qu'elle aurait occupé s'il n'y avait pas eu discrimination, il est essentiel de prendre en considération les dommages qu'elle a subis en conséquence de l'acte discriminatoire. À cet égard, la reconnaissance de la juge L'Heureux-Dubé que les personnes qui sont plus socialement vulnérables ressentent l'effet plus fortement est importante pour décider des remèdes à appliquer en réparation des actes discriminatoires fondés sur des motifs multiples et entrecroisés. Donc, bien que dans certaines affaires, un montant plus important ne soit peut-être pas justifié, il peut y avoir des situations où la vulnérabilité particulière de la personne, en conséquence de l'entrecroisement des motifs, devrait être reconnue dans les dommages-intérêts pour dignité blessée, souffrance morale et ainsi de suite⁸¹. Ce pourrait être un autre facteur à examiner pour déterminer l'étendue du préjudice subi par la plaignante ou le plaignant en conséquence de la discrimination ou du harcèlement.

À part les compensations monétaires, le Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique (le « groupe de travail ») a suggéré que la meilleure façon de prévenir la discrimination systémique et d'y remédier (y compris la discrimination fondée sur des motifs multiples) est de faire appel aux principes d'égalité de l'action positive et à l'obligation de fournir des accommodations reconnue au nom des droits de la personne⁸². Le groupe de travail note que la loi sur l'égalité des droits, qui applique l'approche contextuelle, fournit la justification

⁷⁸ M. Jackman, « Constitutional Contact with the Disparities in the World: Poverty as a Prohibited Ground of Discrimination Under the Canadian Charter and Human Rights Law », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 2 (1994), p. 76.

⁷⁹ *Ghosh c. Domglas Inc. (N° 2)* (1992), 17 C.H.R.R. D/216 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

⁸⁰ *Ibid.*, au par. 21.

⁸¹ Un auteur a suggéré que, dans la catégorie hautement discrétionnaire des dommages-intérêts pour humiliation et souffrance (c.-à-d., des dommages-intérêts généraux), la perception du tribunal de toutes les caractéristiques du plaignant devrait avoir un rôle à jouer; voir *Disappearing Women*, *supra* note 22, p. 41.

⁸² Association du Barreau canadien, Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique, *Les assises de la réforme : Égalité, diversité et responsabilité*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1993 (présidente : l'hon. Bertha Wilson), p. 17 et 18.

des programmes d'action positive qui « reconnaissent que les ententes sociales et juridiques actuelles ont procuré des avantages à certains groupes et des désavantages à d'autres [...] [et] ont pour objectif de rétablir l'équilibre⁸³ ». Le Code permet de remédier aux désavantages historiques sur une base proactive, par l'intermédiaire de *programmes spéciaux* (art. 14), destinés à alléger un préjudice ou un désavantage économique auquel font face des personnes ou des groupes défavorisés.

L'obligation d'accommodation est également un principe central de la loi sur les droits de la personne et peut entraîner la transformation des politiques, des pratiques et des normes institutionnelles afin de répondre aux besoins de différents groupes⁸⁴. La décision de la Cour suprême dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, faisait remarquer que les employeurs, les fournisseurs de services et d'autres devraient élaborer des règles et des normes neutres d'une façon qui soit aussi inclusive que possible⁸⁵. Cela pourrait inclure la considération des personnes qui sont identifiées par un chevauchement des motifs. Parmi les réparations possibles, on pourrait donc exiger des intimés qu'ils établissent des normes prévoyant l'accommodation individuelle des personnes qui présentent des identités complexes.

Recherches universitaires sur les identités à motifs multiples et entrecroisés

Reconnaissant que l'expérience particulière de la discrimination telle qu'elle est vécue par différentes personnes risque de ne pas être saisie par une méthode de défense des droits de la personne axée sur un seul motif, les chercheurs et les universitaires ont recommandé d'utiliser une analyse intersectionnelle.

Plusieurs auteurs ont examiné la question des identités fondées sur des motifs multiples et entrecroisés et ses correspondances avec l'expérience vécue par les gens dans leur environnement social, économique, politique et légal. Un certain nombre de rapports et de recherches socio-économiques décrivant les expériences vécues dans la société, le lieu de travail et d'autres sphères sociales soulignent la portée des facteurs multiples qui constituent les identités, et reconnaissent leur importance non seulement dans le discours sur les droits de la personne, mais aussi dans l'élaboration des politiques dans ce domaine. Esmeralda Thornhill⁸⁶, Nitya Iyer (anciennement Duclos)⁸⁷, Emily Carasco⁸⁸ et

⁸³ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁵ *Supra* note 54, au par. 68.

⁸⁶ E. Thornhill, « Regard sur le racisme : Perspectives juridiques à partir d'un vécu noir » (1993), 6 C.J.W.L. 1, et E. Thornhill, « Focus on Racism: Legal Perspectives from a Black Experience » (1994), Currents 8, tel que discuté dans C. A. Aylward, *Canadian Critical Race Theory: Racism and the Law* (Halifax: Fernwood, 1999), p. 45

⁸⁷ N. Iyer, « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity », *Queen's Law Journal*, vol. 19 (1993), p. 179; *Disappearing Women*, *supra* note 22.

⁸⁸ A Case of Double Jeopardy: Race and Gender, *supra* note 16.

Carol A. Aylward⁸⁹ sont plusieurs chercheuses qui ont étudié la question du chevauchement de la race et du sexe, et ont analysé dans leurs publications la situation des personnes qui se heurtent à des désavantages fondés sur des motifs multiples. Celia Rothenberg⁹⁰, écrivant au sujet de la communauté palestinienne à Toronto, note la diversité parmi les femmes palestiniennes et observe que les différences entre la vie des femmes « ne sont pas entièrement dues aux idiosyncrasies et aux circonstances individuelles. La vie de ces femmes illustre plutôt la façon dont les facteurs socio-économiques plus larges se manifestent dans la communauté palestinienne⁹¹. » Insistant sur les différents points de vue politiques et les différentes identités religieuses, elle écrit qu'il est important que les législateurs et les analystes de la culture évitent les généralisations et tiennent plutôt compte de la diversité.

Dans un article expliquant qu'il est nécessaire que les éducateurs soient sensibles aux rapports entre la race, le sexe et la classe sociale, Goli Rezai-Rashti⁹² dénonce la tendance à compartimenter les questions relatives à l'équité ou à les traiter comme des sujets différents, si bien que les enseignants et les élèves ne font jamais l'analyse systématique de la nature relationnelle du sexe, de la race et de la classe sociale. Par ailleurs, Rezai-Rashti écrit que le manque de sensibilité culturelle ou de compréhension de la complexité des questions relatives à l'équité a pour effet d'aliéner les élèves membres d'une minorité. Par exemple, Rezai-Rashti évoque un groupe d'élèves musulmanes de Somalie qui avaient le sentiment que « du fait de leur situation socio-économique, de leur race, de leur culture, de leur religion et, ce qui n'est pas le moins important, de leur sexe, elles étaient perçues par les autres élèves, et parfois par les enseignants, comme intrinsèquement inférieures à cause de l'ordre pseudo-hiéarchique qu'elles entretenaient avec d'autres groupes culturels et religieux dans leur école. Du fait de leur religion (l'islam) et de leur sexe, elles étaient amenées à croire que les autres élèves les percevaient comme des personnes soumises, obéissantes, opprimées et même mutilées, incapables de ressentir aucune espèce de plaisir sexuel⁹³ ». Les élèves ont déclaré qu'un programme sur la mutilation génitale féminine, diffusé par la SRC en 1995, avait suscité du racisme dans leur école et contribué à créer un environnement qui encourageait en quelque sorte les autres élèves à « persister dans leur harcèlement » parce que l'information présentée était « décontextualisée » et rabaisait leur culture et leur histoire⁹⁴.

Selon l'analyse de Rezai-Rashti, beaucoup d'enseignants considèrent les questions de race, de classe et de culture d'un point de vue essentialiste, c.-à-d. un point de vue à partir duquel les femmes sont vues comme stables, homogènes

⁸⁹ Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide, *supra* note 7.

⁹⁰ C. E. Rothenberg, « Diversity and Community: Palestinian Women in Toronto », *Les cahiers de la femme*, vol. 19 (1999), p. 75.

⁹¹ *Ibid.*, p. 76.

⁹² G. Rezai-Rashti, « Gender Equity Issues and Minority Students: Connections of Race, Gender and Social Class », *ORBIT*, Ontario's Magazine for Schools, vol. 28 (1997), p. 24.

⁹³ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

et non différenciées, plutôt que d'un point de vue « non essentialiste, instable et conflictuel⁹⁵ ». D'après Rezai-Rashti, une perspective essentialiste qualifierait certaines cultures d'« arriérées » à cause de leur traitement abusif des femmes, alors qu'une perspective non essentialiste aiderait les élèves à « faire une analyse plus approfondie et plus critique du racisme, du sexism et des questions de classe dans les différentes cultures⁹⁶ ».

Carl F. Stychin a appliqué une analyse intersectionnelle à l'examen du nationalisme et de l'identité au Canada, en insistant sur la reconnaissance dans la constitution de l'orientation sexuelle comme motif analogue de discrimination⁹⁷.

Pour les femmes avec un handicap, une analyse fondée sur les motifs entrecroisés qui mettrait l'accent sur la perspective de la plaignante et sur une approche contextuelle permettrait de répondre aux expériences particulières des femmes qui ne sont pas reconnues dans l'élaboration des procédures et des politiques sur les droits de la personne. Diane Pothier, par exemple, écrit que ses expériences sont définies par le fait qu'elle est une femme avec un handicap⁹⁸.

Le groupe de travail a écrit que la notion juridique d'égalité impose d'examiner plusieurs notions connexes : la dichotomie entre l'égalité formelle et l'égalité de fait; l'approche contextuelle; la discrimination et la discrimination multiple⁹⁹. Le groupe de travail examine la question de la discrimination multiple telle que ressentie par une avocate et la décrit comme :

[...] l'effet cumulatif et composé de la discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques de groupe. Il est difficile, sinon impossible, de dissocier la discrimination fondée sur le sexe de celle fondée sur d'autres caractéristiques, dont la race [...]

Il est essentiel de voir que l'expérience de la discrimination multiple est différente de celle du traitement différent pour un seul motif de discrimination. Il n'est pas toujours facile d'apprécier cette distinction à cause de la perspective habituelle sur la discrimination.[...]

*La discrimination raciale et sexuelle peut se produire de façon combinée, et elle est ancrée dans la société tout entière, notamment dans les systèmes juridique et judiciaire. Tant la discrimination individuelle que la discrimination systémique peuvent être attribuées à des attitudes endurcies qui imposent des stéréotypes rigides, où les différences ethniques sont accentuées au détriment de ceux qui ne peuvent pas se conformer au *statu quo* [...]*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ C. F. Stychin, « A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics and the Canadian National Imagination », *Dalhousie Law Journal*, vol. 17 (1994), p. 61.

⁹⁸ Connecting Intersecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences, *supra* note 11.

⁹⁹ *Les assises de la réforme : Égalité, diversité et responsabilité*, *supra* note 82, p. 13.

Les avocates autochtones sont aussi victimes de discrimination sexuelle et raciale dans la profession. De plus, elles partagent les inquiétudes de tous les membres des Premières nations. [...] De même, les lesbiennes sont aux prises avec des stéréotypes négatifs et poussées à ressembler à leurs collègues hétérosexuelles. [...] Les avocates handicapées sont victimes de l'ignorance en ce qui concerne leur capacité d'agir à titre professionnel¹⁰⁰.

Cela témoigne de l'utilisation croissante qui est faite de la notion d'identités multiples et entrecroisées pour déterminer comment la discrimination peut être ressentie de façon différente par chaque personne.

Finalement, dans les récentes discussions sur la modification possible de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les auteures ont noté la nécessité, pour les enquêteurs et les juges, de percevoir les particularités de la discrimination que subissent les femmes, notamment celles qui sont autochtones, noires, handicapées, lesbiennes et mères monoparentales et ont suggéré qu'une loi modifiée devrait énoncer explicitement ce qui suit :

[...] l'un [des] buts [de la loi] consiste à se pencher sur les formes de discrimination qui sombrent le plus aisément dans l'oubli à cause du cloisonnement des motifs, c'est-à-dire les formes concurrentes de discrimination que vivent les femmes autochtones, les femmes de couleur, les immigrantes, les femmes ayant une incapacité, les lesbiennes, les mères seules et les femmes âgées¹⁰¹.

COMMENT APPLIQUER L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE

Les professeurs Aylward, Pothier et Iyer ont suggéré d'appliquer l'analyse intersectionnelle sur deux fronts. Sur le premier front, il faut passer d'une perspective axée sur un seul modèle à une analyse construite sur l'idée que les expériences individuelles sont fondées sur des identités multiples qui s'exposent à plus d'un motif. Sur le second front, il faut alors poursuivre l'analyse pour examiner les faits de la cause en fonction des facteurs contextuels. D'après Aylward, procéder à une analyse contextuelle, c'est examiner les stéréotypes discriminatoires; l'intention de la loi, du règlement ou de la politique; la nature ou la situation de la personne en cause; et les antécédents sociaux, politiques et légaux de la façon dont la personne est traitée dans la société.

L'analyse intersectionnelle peut évoluer en fonction des progrès effectués dans l'analyse de l'égalité des sexes, l'analyse critique des races et l'analyse des droits des personnes avec un handicap ainsi que de la jurisprudence sur l'égalité des droits. Ce sont toutes des stratégies qui se sont développées pour répondre aux

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 15 et 16.

¹⁰¹ S. Day et G. Brodsky, « *L'inégalité économique des femmes et la Loi canadienne sur les droits de la personne* », Ottawa, Condition féminine Canada, octobre 1999, en ligne : Condition féminine Canada <<http://www.swc-cfc.gc.ca/search/search-f.html>>.

stéréotypes et prendre en compte les expériences uniques et multiples des personnes en fonction de leur race, de leur sexe ou de leur handicap, et qui doivent nécessairement faire partie du cadre contextuel et analytique de l'étude de la discrimination. L'analyse intersectionnelle permet d'observer la personne sous l'optique de son contexte social. Elle peut prendre en compte, dans une certaine mesure, les conditions sociales associées à la pauvreté, au faible revenu et à la clochardise.

Dans certaines affaires, des motifs comme le sexe, la race ou un handicap, pour n'en nommer que quelques-uns, peuvent se recouper et, ensemble, produire des effets uniques, créant des « minorités discrètes et insulaires » dont les caractéristiques constituent un handicap social. D'autres fois, l'une de ces caractéristiques peut s'entrecroiser avec d'autres motifs, comme l'état d'assisté social ou l'état familial, ou se conjuguer avec la situation économique et sociale et la classe, pour créer des expériences de vécu unique dont il n'est pas tenu compte dans le cadre actuel de défense des droits de la personne. Même lorsque la discrimination est combinée avec d'autres motifs, comme l'état d'assisté social et l'état familial, une approche traditionnelle et non intersectionnelle risque de ne pas en révéler toute l'ampleur.

PROCHAINES ÉTAPES

Ce document a examiné la nécessité de saisir de façon plus complète la façon dont les gens font l'expérience de la discrimination. La Commission a déjà commencé à utiliser une approche intersectionnelle pour traiter certaines des plaintes dont elle est saisie. Elle a également adopté l'analyse intersectionnelle pour examiner sous une autre optique la façon dont elle effectue son travail d'élaboration des politiques. L'action de la Commission, dans tous les secteurs, repose maintenant sur une conception de la discrimination qui y voit essentiellement le produit de la construction sociale de l'identité, fondée sur des facteurs sociaux, historiques, politiques et culturels. C'est ce dont témoigne le document *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, le nouveau cadre de la Commission pour protéger les droits des personnes avec un handicap.

C'est l'occasion pour la Commission de tirer parti du travail effectué jusqu'ici et de chercher des façons plus concrètes d'appliquer le principe des motifs multiples à tous les aspects de son mandat. Le présent document constitue la première étape dans le déploiement de ces efforts. Les auteurs ont examiné des affaires relatives aux droits de la personne et des affaires relevant de la *Charte* ainsi que différentes publications pour analyser les risques de défaillances lorsque l'analyse des motifs multiples n'est pas appliquée. Ils présentent les développements positifs qui pourront guider la Commission dans l'utilisation d'une approche intersectionnelle. Le présent document de travail est un point de départ et une invitation à la poursuite de la discussion sur les façons dont la Commission peut mettre en œuvre une approche intersectionnelle.

Dans le cadre de la prochaine étape, le personnel de tous les secteurs de la Commission ainsi que des experts de l'extérieur seront invités à procéder à des consultations. La Commission invite donc les lecteurs de ce document à lui faire parvenir leurs commentaires, en particulier, sur les moyens concrets qu'elle peut mettre en œuvre pour utiliser une approche intersectionnelle dans tous les secteurs de son travail, à savoir l'admission et la rédaction des plaintes, la médiation, les enquêtes et les poursuites ainsi que l'élaboration des politiques et l'éducation. Les soumissions écrites seront acceptées jusqu'au 31 octobre 2002 et peuvent être envoyées à :

Commission ontarienne des droits de la personne
Consultation sur l'intersectionnalité
Direction des politiques et de l'éducation
7^e étage, 180 rue Dundas Ouest
Toronto, Ontario
M7A 2R9

Télécopieur: (416) 314-4533
Courriel: info@ohrc.on.ca