

Juridicité, normativité et scientificité du concept de discrimination systémique

Charles Tremblay Potvin et Ugo Gilbert Tremblay

Volume 52, numéro 2, 2023

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1106502ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1106502ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Tremblay Potvin, C. & Gilbert Tremblay, U. (2023). Juridicité, normativité et scientificité du concept de discrimination systémique. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 52(2), 311–378. <https://doi.org/10.7202/1106502ar>

Résumé de l'article

Cet article part du constat que le débat sur la discrimination systémique a pris la forme d'un dialogue de sourds ces dernières années au Québec. Alors que certains reprennent cette notion avec enthousiasme et n'hésitent pas à lui prêter une portée descriptive très extensive, d'autres la rejettent et refusent jusqu'à l'existence même du phénomène qu'elle cherche à nommer. Dans le but de jeter les bases d'un dialogue plus serein sur la question, cet article se livre à un effort de clarification conceptuelle. Pour ce faire, les auteurs tâchent d'abord de distinguer trois approches différentes susceptibles d'éclairer cette notion : l'approche scientifique, l'approche militante et l'approche juridique. Privilégiant l'approche juridique, ils s'attardent ensuite à dégager la définition de la notion de discrimination systémique en droit canadien, en veillant à circonscrire la nature des normes qui s'y rattachent. En identifiant un sens précis qui bénéficie déjà d'une reconnaissance officialisée par le droit, les auteurs soutiennent qu'il sera plus facile de cibler les voies par lesquelles la discussion à son sujet peut toujours avoir lieu.

Juridicité, normativité et scientificité du concept de discrimination systémique

par Charles TREMBLAY POTVIN
et Ugo GILBERT TREMBLAY*

Cet article part du constat que le débat sur la discrimination systémique a pris la forme d'un dialogue de sourds ces dernières années au Québec. Alors que certains reprennent cette notion avec enthousiasme et n'hésitent pas à lui prêter une portée descriptive très extensive, d'autres la rejettent et refusent jusqu'à l'existence même du phénomène qu'elle cherche à nommer. Dans le but de jeter les bases d'un dialogue plus serein sur la question, cet article se livre à un effort de clarification conceptuelle. Pour ce faire, les auteurs tâchent d'abord de distinguer trois approches différentes susceptibles d'éclairer cette notion : l'approche scientifique, l'approche militante et l'approche juridique. Privilégiant l'approche juridique, ils s'attardent ensuite à dégager la définition de la notion de discrimination systémique en droit canadien, en veillant à circonscrire la nature des normes qui s'y rattachent. En identifiant un sens précis qui bénéficie déjà d'une reconnaissance officialisée par le droit, les auteurs soutiennent qu'il sera plus facile de cibler les voies par lesquelles la discussion à son sujet peut toujours avoir lieu.

In recent years, the debate on systemic discrimination in Quebec has become polarized to the point of intransigence. Whereas some enthusiastically embrace the concept, freely applying it to a vast range of contexts, others reject it, going so far as to deny the very existence of the phenomenon it seeks to describe. With the goal of fostering a more constructive dialogue on the issue, this article sets out to clarify the underlying concept. The first task in doing so involves

* Charles Tremblay Potvin est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Laval, affilié au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Ugo Gilbert Tremblay est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier Marie-Pier Jolicoeur, Sophie Gagné et Michael Gasparro pour leur aide dans le repérage des sources et l'analyse des documents, tout en spécifiant que les propos contenus dans le présent texte n'engagent qu'eux-mêmes. La recherche à l'origine du présent texte a été financée par la Fondation du Barreau du Québec.

distinguishing between three separate approaches to understanding systemic discrimination: a scientific approach, an activist approach, and a legal approach. Opting for a legal approach, the authors arrive at a definition of the concept in Canadian law, whilst also defining related norms. It is argued that assigning a specific meaning to systemic discrimination, one that has been formally recognized in law, can help orient renewed discussion on the topic.

Este artículo parte del hecho que el debate sobre la discriminación sistémica ha tomado la forma de un diálogo de sordos estos últimos años en Quebec. Mientras unos retoman esta noción con entusiasmo y no dudan en darle un alcance descriptivo extensivo, otros la rechazan y niegan la existencia misma del fenómeno que ella pretende designar. Con el objetivo de sentar las bases para un diálogo más sereno sobre la cuestión, este artículo se empeña en un esfuerzo por aclarar el concepto. Para ello, los autores procuran primero distinguir tres enfoques diferentes susceptibles de arrojar luz sobre esta noción: el enfoque científico, el enfoque activista y el enfoque jurídico. Dando prioridad al enfoque jurídico, se dedican entonces a aclarar el concepto de discriminación sistémica en derecho canadiense, cuidando de circunscribir la naturaleza de las normas relacionadas. Al identificar el alcance exacto que goce de un reconocimiento oficial en derecho, los autores sostienen que será más fácil determinar los medios por los cuales puede tener lugar una discusión al respecto.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	315
I. Les différentes approches permettant d’appréhender le phénomène de la discrimination	322
A) L’approche scientifique	327
B) L’approche militante	338
C) L’approche juridique.....	341
II. La juridicité du concept de discrimination systémique	345
A) L’émergence du concept de discrimination indirecte dans la jurisprudence américaine et canadienne.....	346
B) La définition du concept de discrimination systémique dans l’affaire <i>Action Travail des Femmes</i> (1987).....	352
C) La jurisprudence subséquente à l’affaire <i>Action Travail des Femmes</i>	355
III. La discrimination systémique et la normativité	357
A) Les règles relatives à la discrimination directe et indirecte	359
B) Le concept de discrimination systémique renvoie-t-il à une règle primaire obligatoire?	364
C) La discrimination systémique et les règles secondaires de changement.....	366
D) La discrimination systémique et les règles secondaires d’adjudication.....	369
Conclusion	374

Introduction

The language of equality is so open and general that it is difficult to assign it precise legal meaning. At the same time, every nuance is critical. Too narrow an interpretation, and one sends the law down the formalistic cul de sac [...]. Too broad an interpretation, and one risks undermining long-standing social institutions and upsetting the careful equilibria crafted by Parliament and the legislatures to maintain social stability¹.

De quelques considérations préliminaires sur la question du droit à l'égalité

Force est de constater que la question du droit à l'égalité nous fait passer d'une crise sociale à l'autre. Il y a à peine plus d'une décennie, le Québec s'engouffrait dans ce qui a été coiffé du titre de « crise des accommodements raisonnables² », un débat sans fin qui perdure encore aujourd'hui avec la question de la laïcité de l'État³. Les vives tensions qui agitent ce débat ne sont pas sans rappeler celles qui ont entouré celui sur le statut de la langue française⁴, lequel mettait aussi en cause des questions

¹ Beverley MCLACHLIN, « Equality: The Most Difficult Right », (2001) 14 *S.C. Law Rev.* 17, 17.

² Qui a abouti au fameux rapport Bouchard-Taylor : COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Rapport, Québec, Gouvernement du Québec, 2008.

³ La *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3, est toujours en cours de contestation devant les tribunaux, la dernière décision sur le fond étant celle rendue par le juge Blanchard de la Cour supérieure en avril 2021 : *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466 (requête pour permission d'appeler accueillie, C.A. 2019-08-01, 500-09-028470-193, 2019 QCCA 1404. Voir aussi : *Mouvement laïque québécois c. English Montreal School Board*, 2021 QCCA 1675.

⁴ Voir notamment à ce sujet : Marcel MARTEL et Martin PÂQUET, *Langue et politique au Canada et au Québec : une synthèse historique*, Montréal, Boréal, 2010.

d'égalité. Aux États-Unis, les troubles sociaux les plus importants du dernier siècle ont concerné l'égalité, depuis le New Deal⁵ jusqu'au mouvement des droits civiques⁶. La crise la plus récente, déclenchée par la mort de l'Afro-Américain George Floyd, a fait ressurgir avec vigueur la question des inégalités raciales chez nos voisins du Sud. Cette crise a eu un double écho au Québec, d'abord avec le décès de l'Atikamekw Joyce Echaquan, ensuite parce que le gouvernement du Québec fait toujours figure d'exception au Canada dans son refus de reconnaître l'existence du « racisme systémique », concept qui se présente comme le point d'Archimède des revendications actuelles d'une importante frange du mouvement progressiste.

Le concept de racisme systémique illustre de manière particulièrement éloquente la difficulté dans laquelle peut se trouver le débat public en l'absence d'un nombre suffisant de prémisses partagées par les différents acteurs qui y participent⁷, en plus de rappeler la porosité de la frontière entre les questions de fait et les questions de valeur. C'est que le précipice qui sépare les protagonistes dans ce débat ne se limite pas à la question des finalités à poursuivre collectivement, mais concerne aussi la manière de nous représenter factuellement la réalité sociale. Évidemment, les désaccords sur les questions de fait sont loin d'être exceptionnels, mais c'est

⁵ La période du New Deal a donné lieu à des grèves d'une envergure inédite et à des affrontements violents. Voir notamment à ce sujet : Arthur M. SCHLESINGER JR., *The Coming of the New Deal*, Boston, Riverside Press Cambridge, 1959.

⁶ Lequel s'est aussi accompagné d'importantes perturbations : John HOPE FRANKLIN et Evelyn BROOKS HIGGINBOTHAM, *From Slavery to Freedom: A History of African Americans*, 9^e éd., New York, McGraw-Hill, 2010.

⁷ C'est que le débat ne peut avoir lieu que dans un contexte particulier. Il dépend de certaines conditions, au premier chef desquelles figure la *volonté* de ses participants d'entrer en contact, d'établir une « communauté effective des esprits » : Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, 6^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 18 et 19. Car si l'argumentation suppose l'existence d'un désaccord, objet du débat, elle implique aussi paradoxalement, au moins le temps qu'elle dure, un accord sur certaines prémisses communes, ne serait-ce que celle de l'opportunité de procéder par échange d'arguments dans le but de convaincre, de trouver un terrain d'entente, de faire avancer sa propre réflexion, voire simplement de socialiser.

la profondeur abyssale du fossé séparant les protagonistes qui laisse songeur en l'espèce, lorsque l'on constate que certaines personnes voient le racisme systémique comme étant omniprésent et au fondement même des sociétés occidentales, alors que d'autres vont jusqu'à nier purement et simplement son existence.

De l'état préoccupant du débat public et de quelques pistes sur les moyens de l'assainir

Pour bien prendre la mesure de la polarisation idéologique qui accompagne le thème de la discrimination systémique dans l'espace public québécois, il peut être éclairant de partir d'une figure très influente du mouvement nationaliste et conservateur québécois, le chroniqueur et sociologue Mathieu Bock-Côté. Dans un livre récent qui a fait grand bruit⁸, ce dernier aborde la question de la discrimination systémique d'une manière peu propice à favoriser le dialogue. Tout d'abord, en privilégiant un style pamphlétaire, l'auteur s'assure d'éloigner ceux et celles qui auraient voulu donner une chance à son argumentaire tout en ne partageant pas l'ensemble de ses prémisses politiques. Il faut dire que les auteurs très campés politiquement cherchent souvent moins à conquérir de nouveaux adeptes qu'à renforcer l'adhésion d'un auditoire déjà converti⁹. Ce qui frappe davantage, cependant, spécialement de la part d'un auteur qui prétend souvent célébrer les bienfaits de la conversation civique¹⁰, c'est que sa fermeture « formelle » ou « stylistique » au dialogue se double aussi d'une fermeture « substantielle ». Comme on peut le lire dans le passage qui suit, la possibilité même d'un débat authentique, où chaque partie accepte de voir sa vision modifiée au contact de l'autre, se trouve *a priori* exclue :

Si je consacre cet ouvrage au racialisme [à savoir selon l'auteur une vision qui fait de l'appartenance raciale un élément primordial de l'analyse sociologique], c'est d'abord pour comprendre en

⁸ Mathieu BOCK-CÔTÉ, *La Révolution racialiste, et autres virus idéologiques*, Paris, Presses de la Cité, 2021.

⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, préc., note 7, p. 59, 148 et 149.

¹⁰ Mathieu BOCK-CÔTÉ, « Il faut enseigner l'art du débat », *Journal de Montréal*, 28 octobre 2021, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2021/10/28/il-faut-enseigner-l-art-du-debat>>.

temps réel la révolution qui se déploie en explicitant le noyau théorique et idéologique, en montrant comment on ne saurait réduire au statut d'anecdotes et de faits divers les événements qui se multiplient dans l'actualité et qui témoignent de son avancée. Mais c'est aussi, plus modestement, pour mettre en garde ceux qui croient pouvoir en faire un usage modéré, à la manière réformiste, en triant entre les revendications de bon sens et les autres. Ceux qui s'imaginent ruser avec elle se feront broyer ou seront condamnés à s'y convertir. Qui entre dans sa logique n'en sort pas indemne. Il vaut la peine de paraphraser Pie XI : le racisme *est intrinsèquement pervers*. Il enferme nos contemporains dans une série de jeux de langage qui transforment la définition du racisme, du sexisme, de l'identité sexuelle, de la discrimination, de l'intégration, de la liberté d'expression et de la démocratie¹¹.

Il ne s'agit pas pour nous de remettre en question la légitimité du premier objectif formulé par l'auteur : comprendre un mouvement politique et montrer qu'il s'agit d'un mouvement de fond qui ne se réduit pas à un épiphénomène. C'est le second objectif qui se démarque le plus à nos yeux comme révélateur et symptomatique du climat actuel : en encourageant son auditoire à ne faire *aucune concession* au camp opposé, l'auteur franchit la ligne qui sépare le débat difficile du débat impossible et contribue par le fait même à la paralysie du débat qu'il dénonce fréquemment.

À sa décharge, Bock-Côté souligne que le refus du débat ne vient pas de lui de prime abord, mais du camp adverse, en citant par exemple la journaliste Reni Eddo-Lodge qui affirme décliner désormais toute discussion sur la question raciale avec des personnes blanches lorsque celles-ci ne concèdent pas d'emblée un certain nombre de prémisses qu'elle estime incontestables¹². Il mentionne également que le refus de l'argumentation est en quelque sorte consubstantiel au concept de « fragilité blanche » forgé par la sociologue et militante antiraciste Robin DiAngelo, lequel consiste à dépeindre toute objection en provenance d'une personne blanche comme le signe d'une attitude défensive visant à empêcher la

¹¹ M. BOCK-CÔTÉ, préc., note 8, p. 31 et 32.

¹² Reni EDDO-LODGE, *Why I'm No Longer Talking to White People About Race*, New York, Bloomsbury Publishing, 2018.

remise en question de ses privilèges¹³. Si de telles positions semblent effectivement peu enclines à réunir les conditions d'un dialogue franc et authentique, on voit mal comment la fermeture dialogique de certains *représentants* d'un courant de pensée devrait en soi suffire à justifier le refus de débattre des *propositions théoriques* de ce courant. En d'autres termes, ce n'est pas parce que certaines personnes à l'intérieur d'un courant de pensée se montrent réfractaires au débat que le débat lui-même doit être abandonné, à moins bien sûr de croire, comme cela semble le cas de Bock-Côté, que l'intégralité d'un important courant de pensée de la sociologie contemporaine est vouée, en vertu pour ainsi dire de sa structure même, à ne produire que des interlocuteurs de mauvaise foi.

Nous voilà donc face à ce qui a toutes les apparences d'un débat verrouillé, où chacun préfère le monologue idéologique à l'écoute sincère de l'altérité politique. Encore une fois, il ne s'agit pas pour nous de remettre en cause le droit de ne s'adresser qu'à son propre camp, mais il demeure que l'établissement d'un espace politique commun nécessite, à un moment ou à un autre, la tentative de rétablir le contact des esprits. Si le succès d'une telle tentative n'est jamais garanti, on gagne certainement à s'intéresser aux facteurs susceptibles de favoriser ses chances d'advenir.

Tout récemment, en 2019, les auteurs Peter Boghossian et James A. Lindsay ont écrit un ouvrage des plus instructifs sur la manière de mener des conversations pouvant paraître *a priori* impossibles, en ce qu'elles mettent en cause des personnes ayant des croyances radicalement différentes¹⁴. Les auteurs s'intéressent aux *conversations*, non aux *débats*, mais les conseils qu'ils formulent se transposent aisément d'un contexte à l'autre. Pensons par exemple à l'importance qu'il convient d'accorder à la définition des termes et aux critères permettant de reconnaître une affirmation comme vraie ou valide. À la lecture de cet ouvrage, un juriste ne manque pas d'être frappé par la proximité qui existe entre plusieurs des conseils proposés pour assurer le succès des conversations difficiles et différents principes de droit reconnus, comme si le système juridique avait

¹³ Robin DIANGELO, *White Fragility: Why It's So Hard for White People to Talk about Racism*, Boston, Beacon Press, 2018.

¹⁴ Peter BOGHOSSIAN et James A. LINDSAY, *How to Have Impossible Conversations: A Very Practical Guide*, New York, Lifelong Books, 2019.

acquis au fil du temps une fine connaissance des facteurs psychologiques susceptibles de favoriser l'échange d'idées en situation de conflit. La plus évidente est bien sûr la règle séculaire de notre discipline : écouter l'autre partie, *audi alteram partem*. On rappellera aussi l'importance de présumer de la bonne foi de l'adversaire¹⁵. Un autre conseil, plus pratique, consiste à faire la liste des points sur lesquels les *opinions convergent*, ce qui permet notamment d'identifier avec justesse le *lieu du désaccord*. Cette bonne pratique n'est pas sans rappeler l'étape du procès ou la partie d'un jugement qui consiste à énumérer les *concessions des parties* et à bien identifier la *question en litige*. Celui qui souhaite assainir le débat actuel sur les enjeux touchant au droit à l'égalité a intérêt à garder en tête ces quelques principes de base d'une dialectique bien menée.

De l'apport potentiel de l'analyse juridique au débat sur la discrimination

Il existe peut-être une autre forme de contribution que l'analyse juridique peut apporter au débat politique, bien qu'elle se rattache à certains éléments que nous venons d'énumérer sommairement. Considérons que le *droit en vigueur*, c'est-à-dire celui effectivement appliqué par les instances du système juridique, par opposition au droit idéal que les différents camps politiques aimeraient voir advenir, ce droit en vigueur, donc, est composé d'un ensemble de standards de conduite visant à guider la vie en société, à structurer nos institutions et à imposer des obligations aux individus. Pour qu'une règle particulière réussisse à s'inscrire dans ce droit en vigueur, elle doit recevoir un certain degré d'adhésion qui représente, au moins symboliquement, le consensus du moment¹⁶. Elle pourrait dès lors consti-

¹⁵ Ce qui rejoint par analogie la règle de preuve bien établie en droit civil selon laquelle la bonne foi se présume toujours, sauf exception : *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 2085, tout comme la présomption d'innocence en droit pénal consacrée à l'alinéa 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « *Charte canadienne* »), laquelle suppose une suspension du jugement avant d'avoir pu accéder à toute la preuve.

¹⁶ Il serait probablement plus juste de parler d'un consensus supposé que d'un consensus réel pour qualifier le type d'appui dont une règle a besoin pour faire son chemin dans le système de justice et se cristalliser durablement dans le droit en vigueur. Il peut s'agir tantôt d'un appui populaire exprimé par le législateur, tantôt d'un appui de la communauté juridique cristallisé dans la jurisprudence.

tuer une bonne base de discussion, ne serait-ce que par son caractère formel, obligatoire et effectif, mais il y a plus.

Le droit peut constituer un important vecteur de changement, mais il demeure essentiellement fondé sur des principes orientés vers le maintien de l'ordre existant, ne serait-ce que pour assurer la pérennité de ses propres institutions. Selon l'ancienne juge en chef du Canada Beverley McLachlin, le droit à l'égalité est celui qui pose le plus grand défi à cette fonction stabilisatrice du droit¹⁷. Dans leur volonté d'assurer un équilibre des pouvoirs propice au maintien de l'ordre social, les tribunaux ont cherché à circonscrire les concepts relatifs à sa mise en œuvre afin qu'ils soient non seulement intelligibles, mais susceptibles d'être opérationnalisés sur le plan normatif¹⁸. Il devrait donc en être ainsi de l'épineux concept de discrimination systémique utilisé par les tribunaux depuis plusieurs années déjà. Dès lors, l'analyse juridique classique pourrait nous aider à clarifier les termes du débat, à identifier les concessions réciproques des protagonistes et, partant, à cerner de manière plus précise le lieu du désaccord, la question en litige.

Dans cette perspective, l'objectif du présent texte est relativement modeste. Il consiste simplement en une tentative d'ajouter de la clarté au débat, essentiellement par l'analyse juridique, mais en s'intéressant aussi aux soubassements épistémologiques de la question afin de distinguer ce qui relève de la connaissance empirique du monde de ce qui se rapporte plutôt à l'univers des normes. Il s'agit donc de faire la lumière sur le concept *juridique* de discrimination systémique, en mettant de côté tout ce qui pourrait contribuer à l'obscurcir. En particulier, nous éviterons de nous prononcer sur la question de la preuve, sauf en ce qui concerne les règles juridiques relatives à son administration. Autrement dit, notre objectif n'est pas d'évaluer dans quelle mesure le phénomène de la discrimination

¹⁷ Comme l'indique la citation en exergue tirée de B. MCLACHLIN, préc., note 1, 17.

¹⁸ Sur l'apport des concepts juridiques à la réflexion philosophique au regard de leur vocation pratique et opératoire, voir notamment : Dominique LEYDET, « Le droit au secours de la philosophie? Sur l'usage des catégories juridiques en philosophie politique », dans Georges AZZARIA (dir.), *Le droit vu de l'extérieur : regards de non-juristes. Actes de la 3^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques tenue dans le cadre du colloque de l'ACFAS*, Pressbooks, 2014, en ligne : <<https://azzaria.pressbooks.com/part/dominique-leydet/>>.

systémique est réel et prouvé, mais d'éclaircir la dimension théorique et conceptuelle du problème. Par conséquent, toute référence à la réalité sociale doit être envisagée dans cette perspective et se limitera à des hypothèses de travail plutôt que de constituer une prise de position sur sa réalité empirique. Bref, notre objectif n'est pas de documenter le phénomène, mais d'analyser le concept.

La première section visera à identifier les spécificités de l'analyse juridique par rapport à d'autres approches du phénomène de la discrimination systémique, notamment celle des sciences sociales. Elle permettra ainsi de clarifier ce que nous entendons par la *juridicité* et la *normativité* d'une notion, par opposition à sa *scientificité*. Ce cadre analytique sera ensuite appliqué au concept juridique de discrimination systémique, respectivement dans les deuxième et troisième sections. Puisque le débat québécois entourant le phénomène de la discrimination systémique prend souvent la forme d'une confrontation entre la « gauche » et la « droite », nous concluons sur quelques leçons qui peuvent être tirées de notre analyse par ces deux camps rivaux. Faute de pouvoir apaiser les tensions, nous espérons au moins contribuer à clarifier les enjeux du débat, de telle sorte que les zones de désaccords puissent à l'avenir se préciser au contact des bonnes questions.

I. Les différentes approches permettant d'appréhender le phénomène de la discrimination

Pour cerner l'apport spécifique de l'analyse juridique au débat qui nous occupe, il convient de la distinguer de deux autres approches, soit celle des sciences sociales, dont l'objectif est de comprendre le réel dans une perspective descriptive, et l'approche militante, qui ambitionne de transformer le réel, notamment à travers l'évolution du droit, au nom de certains idéaux. Le droit est influencé par ces deux approches, mais ne saurait s'y réduire.

Avant d'analyser ces différentes approches, il nous faut effectuer quelques distinctions préliminaires et fondamentales. Tout d'abord, rappelons que contrairement aux termes « racisme » et « sexisme », le terme « discrimination » n'a *a priori* aucune connotation péjorative. Sur le plan

étymologique, ce terme provient de la même racine indo-européenne (*krei*) que les termes « critique », « critère », « crible » et « crise ». En grec ancien, le même terme (*krinein*), qui a donné le terme latin « *cernere* », renvoie à la notion de « discernement¹⁹ ». Entendue en ce sens large, la discrimination est donc une fonction inhérente à notre faculté de discernement qui dépend de notre capacité à établir des *critères* pour distinguer les éléments essentiellement dissemblables afin de les *discriminer*, de passer au *crible* les éléments qu'on souhaite classer dans des catégories correspondant à leur nature.

Dès lors, partout où il y a discernement, il y a discrimination, et c'est donc une fonction fondamentale de la faculté de juger des êtres humains que d'être en mesure de bien discriminer. Un processus d'embauche, par exemple, est toujours un processus de discrimination puisqu'il vise à identifier et à retenir les meilleurs candidats à l'exclusion des autres. Le système pénal cherche à distinguer les innocents des coupables et doit donc également, de ce point de vue, trouver les bons critères pour discriminer efficacement. L'objet du droit à l'égalité inscrit dans nos chartes n'est pas d'interdire toutes les discriminations, mais de limiter la discrimination aux seuls éléments pertinents au regard du mérite de la personne évaluée et d'éliminer la discrimination fondée sur des critères vecteurs de stéréotypes comme la race, le sexe, le handicap ou la religion. C'est dans cette perspective que nous pouvons aborder les trois catégories descriptives classiques de la discrimination, c'est-à-dire les trois types de discrimination qui se rattachent, factuellement, aux motifs prohibés par les chartes, avant d'analyser comment le concept de discrimination se traduit dans les catégories normatives du droit.

Tout d'abord, il y a ce qu'on appelle la discrimination *directe*, qui est la plus évidente puisqu'elle suppose une intention de discriminer sur la base des motifs en question. Elle peut donc évidemment être le fait d'un individu sexiste ou raciste, lequel peut être en situation d'autorité – un employeur membre du groupe A souhaite embaucher préférentiellement des

¹⁹ Voir : Denis JEFFREY, « Pédagogie de la pensée critique et émancipation du sujet », dans Ariane ROBICHAUD, Maurice TARDIF et Adriana MORALES PERLAZA (dir.), *Sciences sociales et théories critiques dans la formation des enseignants*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015, p. 171, à la p. 173.

employés membres de son groupe et se refuse absolument à embaucher des membres du groupe B – ou non – un membre du groupe A s’attaque à un membre du groupe B à cause de son appartenance à ce groupe. On parlera également de discrimination directe en présence d’une règle discriminatoire à première vue, sans égard à sa légitimité. Par exemple, la retraite obligatoire est une discrimination directe fondée sur l’âge, mais elle peut être justifiée en certaines circonstances²⁰. À noter par ailleurs qu’un critère de discrimination n’a pas à être le seul à intervenir dans la décision pour qu’on parle de discrimination directe. Il suffit qu’il ait été un facteur dans la distinction opérée²¹.

Le deuxième type de discrimination est celui qu’on appelle discrimination *indirecte* ou « par suite d’un effet préjudiciable », en ce sens qu’il ne concerne plus l’intention ou le critère explicite de discrimination, mais seulement les effets de la mesure ou de la décision. Ce genre de discrimination se produit lorsqu’une norme ou une règle en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur les membres de certains groupes²². Cette définition pose toutefois quelques problèmes d’un point de vue analytique. Tout d’abord, le fait de parler d’une « règle en apparence neutre » peut induire en erreur si on oublie qu’il s’agit justement d’apparence. Comme nous venons de le souligner, une règle n’est jamais neutre puisqu’elle établit toujours des critères et est donc forcément discriminatoire au sens large. L’obligation de rouler à un maximum de 100 km/h sur l’autoroute vise à discriminer ceux qui roulent trop vite de ceux qui roulent à une vitesse raisonnable. Lorsqu’on dit qu’une règle est neutre en apparence, on veut simplement dire que le critère de discrimination n’est pas directement lié aux caractéristiques des groupes protégés par les chartes.

²⁰ Voir à titre illustratif : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733.

²¹ Voir notamment à ce sujet : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 52.

²² Pour un exemple récent, voir : *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28.

De plus, la définition de la discrimination indirecte renvoie à des notions qui sont déjà moralement connotées, comme « effet préjudiciable » et « incidence disproportionnée ». À partir de quel niveau d'incidence peut-on parler de « disproportion » ou de « préjudice »? Pour l'instant, il suffit de constater que certaines normes ont un effet discriminant plus grand sur certains groupes. Tous ceux qui sont déjà allés dans un parc d'attractions ont pu constater que le parc discrimine les enfants en fonction de leur taille pour accorder l'accès à certains manèges. Cette règle se justifie pour des raisons de sécurité. Entre 10 et 12 ans, les filles sont en moyenne un peu plus grandes que les garçons. La règle aura donc pour effet d'exclure un peu plus de garçons que de filles, même si elle n'a pas été conçue pour discriminer sur la base du sexe. Par ailleurs, même si nous devons conclure que cette règle a un effet préjudiciable disproportionné de sorte qu'elle doit être considérée comme étant discriminatoire sur la base du sexe, des impératifs de sécurité peuvent encore la justifier. Il s'agit là d'une question normative, mais l'effet différentiel d'exclusion pour les membres d'un groupe donné demeure bien réel, observable et mesurable. Voilà un bon exemple de discrimination indirecte qu'on peut appréhender d'un point de vue purement descriptif, nonobstant toute incidence normative.

Nous en arrivons finalement au concept qui nous intéresse plus spécifiquement dans le cadre du présent texte, soit celui de discrimination *systémique*. Prenons comme point de départ la définition proposée par le Tribunal des droits de la personne du Québec et reprise par la Cour d'appel dans l'affaire *Gaz Métropolitain*. Il s'agirait de « la somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination²³ ».

En plus de reprendre l'idée d'effets disproportionnés qu'on trouve déjà dans la définition de la discrimination indirecte, cette nouvelle

²³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaudoin et autres) c. Gaz Métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 36; *Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 47 (ci-après « *Gaz Métropolitain* »).

définition ajoute les termes de « préjugés » et de « stéréotypes ». Ainsi formulée, cette définition de la discrimination systémique pose toutefois une question fondamentale : lorsqu'on parle de la « somme des effets d'exclusion », s'agit-il simplement de l'addition des éléments déjà mesurés par l'identification de la discrimination directe et indirecte, ou est-ce que le tout ajoute une dimension supplémentaire à la somme de ses parties? C'est que l'attention accordée à ce type de discrimination a notamment été le fait d'une méthode d'origine interdisciplinaire et adaptée par les sciences sociales, la méthode systémique²⁴, particulièrement présente dans l'étude des organisations²⁵ et de la gestion des ressources humaines²⁶. On pourrait ainsi penser que cette méthode n'est qu'une nouvelle manière d'appréhender un phénomène dont les éléments sont déjà compris dans les notions de discrimination directe et indirecte.

D'aucuns verront, dans les trois définitions que nous venons d'évoquer, simplement trois variations sur un concept unique de discrimination²⁷. Cette perspective rejoint le concept de discrimination au sens large. Néanmoins, la question qui nous intéresse consiste à déterminer si le concept spécifique de discrimination systémique possède une *normativité juridique autonome*. Nous chercherons à savoir s'il sert véritablement à générer des normes qui ne découleraient pas autrement des concepts de discrimination directe et indirecte, d'où l'intérêt de distinguer ces trois notions sur le plan non seulement quantitatif – la somme des effets déjà mesurés par la discrimination directe et indirecte –, mais aussi qualitatif. Nous voulons donc évaluer dans quelle mesure le concept de discrimination

²⁴ Pour un aperçu, voir : Daniel DURAND, *La systémique*, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 2017.

²⁵ Voir par exemple : Peter M. SENGE, *The Fifth Discipline: The Art and Practice of the Learning Organization*, New York, Doubleday, 2006, p. 68, cité par Colleen SHEPPARD, « Contester la discrimination systémique au Canada : droit et changement organisationnel », (2018) 14 *La Revue des droits de l'homme* 1, 1.

²⁶ Voir : Louise LEMIRE et Gaétan MARTEL, *L'approche systémique de la gestion des ressources humaines. Le contrat psychologique des relations d'emploi dans les administrations publiques du XXI^e siècle*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007.

²⁷ Voir en ce sens : Diane L. DEMERS, « La discrimination systémique : variation sur un concept unique », (1993) 8-2 *CJLS* 83.

systémique ajoute quelque chose de nouveau dans la mise en œuvre du droit à l'égalité.

A) L'approche scientifique

Commençons par nous intéresser à l'analyse du concept de discrimination systémique d'un point de vue purement descriptif, en mettant de côté autant que possible tout ce qui relève de près ou de loin de l'idéologie et de la normativité, conformément à notre objectif annoncé d'assainir le débat. Si le lecteur veut bien nous suivre dans cette direction, il nous semble opportun de faire comme si nous observions des astres ou des atomes ou, mieux encore, une espèce animale, *homo sapiens*, du point de vue d'extra-terrestres n'ayant aucun contact avec elle et ne pouvant donc l'influencer d'aucune manière. Une telle approche invite à s'abstraire des réflexes normatifs accompagnant généralement le traitement de phénomènes humains qui sollicitent naturellement plusieurs valeurs comme la quête d'égalité ou la lutte contre l'exclusion.

Sur le plan épistémologique, il s'agit simplement d'analyser la manière dont il convient d'élaborer des hypothèses et de les soumettre à l'épreuve des faits. C'est donc volontairement que nous éviterons de faire une recension des nombreuses études particulières qui empruntent à l'approche systémique pour étudier le phénomène de la discrimination, car comme nous l'avons annoncé, nous ne souhaitons pas entrer dans le fond du débat sur l'existence ou l'ampleur du phénomène. Nous cherchons plutôt à nous intéresser aux conditions de possibilité de ce débat. Il s'agit donc ici de rappeler les fondements de cette approche²⁸ dans l'unique but d'en

²⁸ Pour ce faire, nous nous référerons surtout à un texte publié en 1986 dans la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* par la sociologue et ancienne directrice de la recherche de la Commission des droits de la personne, Muriel Garon, et qui constitue encore aujourd'hui, du moins à nos yeux, l'un des plus clairs et des plus instructifs sur cette question : Muriel GARON, « Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit », (1986) 17-1 *R.D.U.S.* 191. Pour une synthèse récente des travaux effectués en cette matière, voir : Devah PAGER et Hana SHEPHERD, « The Sociology of Discrimination: Racial Discrimination in Employment, Housing, Credit, and Consumer Markets », (2008) 34 *Annual Review of Sociology* 181. Aux États-Unis, la réflexion sur cette question a par ailleurs été influencée de manière

dégager un concept qui pourra se transposer ensuite dans le champ juridique et enrichir l'analyse au regard de sa normativité.

À cet égard, pour qu'une hypothèse soit qualifiée de scientifique, il faut qu'elle admette *en théorie* la possibilité de sa propre réfutation²⁹. C'est là une condition fondamentale. Une théorie qui prend appui sur des postulats permettant de l'immuniser contre toute critique est, par définition, non scientifique. Par conséquent, l'analyse purement conceptuelle d'une théorie scientifique devrait permettre d'identifier des hypothèses susceptibles d'être testées, réfutées ou invalidées par des tests empiriques au regard du phénomène qu'elle cherche à expliquer. Autrement dit, il faut que la théorie exclue certains résultats *possibles* d'études empiriques effectuées en vue d'en vérifier le bien-fondé. Sa validité repose donc sur l'exclusion de la possibilité de certains faits qui seraient autrement observables si l'hypothèse était *fausse*. Ajoutons qu'il ne faut pas confondre la falsifiabilité théorique avec la falsifiabilité pratique. La scientificité d'une hypothèse repose sur la première, même si le test qui permettrait de la vérifier empiriquement demeure impossible ou difficile à réaliser en pratique en raison de considérations techniques ou éthiques. Dans un tel cas, la seule conclusion qu'on peut tirer est, tout en admettant la scientificité de l'hypothèse, qu'on ignore encore si elle est vraie ou fausse, en attendant d'être en mesure de la mettre à l'épreuve³⁰.

importante par Joe R. FEAGIN, *Systemic Racism: A Theory of Oppression*, New York, Routledge, 2006.

²⁹ Nous empruntons ici le critère *a priori* relativement simple, mais indéniablement efficace, du célèbre philosophe et épistémologue Karl POPPER, *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, trad. par Michelle IRÈNE et Marc B. DE LAUNAY, Paris, Payot, 2006.

³⁰ En sciences sociales, pour des raisons qu'il faudrait élucider, il arrive que les chercheurs aient tendance à conclure rapidement et à passer à autre chose sans trop se soucier des limites et de la reproductibilité de leurs études. Cela n'est sans doute pas sans lien avec la « crise de la reproductibilité » qui frappe les sciences sociales, dont le dernier chapitre a été marqué par l'étude de Marta SERRA-GARCIA et Uri GNEEZY, « Nonreplicable publications are cited more than replicable ones », (2021) 7-21 *Science Advances* 1. Dans plusieurs domaines des sciences naturelles, les scientifiques attendent parfois des décennies avant d'être en mesure d'élaborer un test empirique permettant de vérifier une hypothèse relativement insignifiante d'un point de vue pratique. Pour l'anecdote, le vulgarisateur scientifique Bill Bryson (*A Short History of Nearly Everything*,

D'un point de vue scientifique, ce que la théorie de la discrimination systémique cherche notamment à expliquer, ce sont les disparités statistiques entre groupes. Lorsqu'on constate de telles disparités, par exemple le fait que les membres de certains groupes ont un salaire moyen moins élevé que ceux d'un autre groupe, ou qu'ils sont surreprésentés ou sous-représentés dans certains secteurs, on peut poser l'hypothèse qu'elles s'expliquent par le phénomène de la discrimination systémique, en tout ou en partie. Dans cette perspective, *les disparités statistiques entre groupes ne peuvent toutefois constituer une preuve de discrimination systémique*³¹. Ce serait en effet une pure tautologie, faisant échec au critère de scientificité que nous venons tout juste d'évoquer. À rigoureusement parler, les disparités observées peuvent légitimement donner naissance à l'hypothèse de la discrimination systémique, mais on ne saurait établir la validité explicative de cette hypothèse en alléguant comme preuve le phénomène même qu'il s'agit d'expliquer. Pour s'en convaincre, il suffit de penser à un

New York, Broadway Books, 2003) raconte l'épisode plutôt cocasse de l'astronome Guillaume Le Gentil, lequel a passé plus de 10 ans dans une expédition qui se révéla être un échec total avant de rentrer chez lui pour se rendre compte que sa famille l'avait déclaré mort en son absence et avait liquidé tous ses biens. Son objectif était simplement d'observer le passage de Vénus pour arriver à calculer la distance qui sépare la Terre du Soleil...

³¹ Voir : M. GARON, préc., note 28, 220. Voir aussi à la page 241 : « Plus large sera l'écart observé dans la représentation d'un groupe, plus forte sera la "présomption" (et non pas la certitude) de l'existence de pratiques d'exclusion. » Cette idée rejoint l'opinion exprimée dans le rapport de la Commission d'enquête présidée par la juge Rosalie Silberman Abella, COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI, *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 2 et 3, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/rhdc-hrsdc/MP43-157-1-1984-1-fra.pdf> (l'italique est de nous) :

Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est *une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires*. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi. On pourra alors constater que des obstacles injustes ferment les portes à certains. *Ces conséquences ne sont pas nécessairement la preuve d'inégalités*, mais elles indiquent qu'il y a lieu d'examiner la situation de plus près pour déterminer si cette grave incidence résulte effectivement de pratiques injustes et nécessite l'adoption de mesures correctives, ou si elle découle d'une situation non discriminatoire.

groupe masculiniste qui soutiendrait l'existence d'une discrimination systémique envers les hommes dans le système pénal en se basant sur le seul constat des disparités entre les sexes en matière d'incarcération³². Dans ce cas, comme dans tout autre, l'hypothèse de la discrimination systémique nécessiterait une démonstration en bonne et due forme qui ne découle en rien de la seule observation d'un écart statistique. La même chose est vraie, par exemple, pour l'écart moyen de revenus constaté entre francophones unilingues et anglophones unilingues au Québec³³. Avant de conclure à l'existence d'une discrimination systémique envers les francophones, l'identification précise des différentes causes à l'œuvre est requise, et quiconque se contenterait de mentionner cet écart pour fonder une prétention de discrimination dérogerait aux exigences de la rigueur scientifique.

Ces précisions étant faites, notre objectif se limitera ici à exposer les fondements de la théorie de la discrimination systémique. Ceux-ci peuvent se décliner en une série de postulats hypothétiques, dont la scientificité se mesurera en fonction de la possibilité de les mettre à l'épreuve par un travail de vérification empirique. Il existe bien sûr déjà quantité d'études dans la littérature qui tentent de vérifier ces hypothèses et que nous n'exposerons pas pour les raisons déjà évoquées³⁴. Nous chercherons seulement à évaluer la *scientificité* de l'approche sur le plan théorique.

On appelle « groupes cibles » ceux dont il s'agit d'expliquer, par la théorie de la discrimination systémique, le désavantage relatif au regard des

³² Rappelons par exemple qu'en 2018, seulement 6 % des personnes détenues dans des pénitenciers fédéraux étaient des femmes : SERVICE CORRECTIONNEL CANADA, *Profil de la population de délinquants sous responsabilité fédérale de 2018*, 2018, en ligne : <<https://www.csc-scc.gc.ca/publications/092/005007-3033-fra.pdf>>.

³³ En 2015, les hommes francophones unilingues gagnaient 42 401 \$ alors que le revenu moyen des anglophones unilingues s'élevait à 51 709 \$, soit un revenu 17 % plus élevé. François VAILLANCOURT, *La rémunération des attributs linguistiques au Québec : résultats pour 2015 et évolution depuis 1970*, Cirano, Cahier scientifique, 2020, p. 22, en ligne : <<https://cirano.qc.ca/files/publications/2020s-52.pdf>>.

³⁴ Les sources que nous citerons ne visent qu'à offrir un aperçu du type d'études dont il s'agit.

indicateurs pertinents (niveau de salaire, sous-représentation, surreprésentation, etc.). Nous appellerons « groupe de référence » celui qui n'est pas désavantagé au regard de ces indicateurs dans une société donnée et qui forme souvent, mais pas toujours, la majorité au sein de cette société. Il existe certes des différences dans le contenu de cette théorie selon les auteurs et les études³⁵, mais de manière générale, ses principaux postulats peuvent être exposés comme suit :

Postulat n° 1. Les effets de la discrimination directe et indirecte, passée et présente, à l'égard des groupes cibles posent des obstacles à la réussite socioéconomique de leurs membres qui ne se réduisent pas au statut d'anecdotes et qui génèrent, chez les membres des groupes cibles, un désavantage relatif par rapport au groupe de référence³⁶.

Postulat n° 2. Ce désavantage relatif a un effet psychologique de découragement ou de blocage (*chilling effect*³⁷) chez les membres des groupes cibles, de sorte qu'une partie relativement plus grande d'entre eux,

³⁵ D. PAGER et H. SHEPHERD, préc., note 28, dégagent de la littérature trois catégories de facteurs à l'origine de la discrimination : les facteurs *intrapyschiques* qui incluent les stéréotypes et les préjugés inconscients, les facteurs *organisationnels* qui se rapportent notamment à la manière dont les organisations peuvent servir de courroie de transmission aux biais cognitifs et aux stéréotypes et, enfin, les facteurs *structurels* qui découlent notamment de l'héritage historique de discrimination. Cela dit, comme ces travaux se rapportent surtout à l'expérience américaine, il faut faire preuve de prudence et tenir compte des nuances nécessaires lorsque vient le temps de les transposer au contexte québécois. Le Tribunal des droits de la personne du Québec a par exemple refusé récemment de reconnaître comme un fait notoire, sur la base d'études sociologiques strictement américaines, le phénomène appelé « *driving while black* », selon lequel une personne noire conduisant une voiture voit ses risques de subir un contrôle routier décupler par rapport à une personne blanche : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Debellefeuille) c. Ville de Longueuil*, 2019 QCTDP 11.

³⁶ Ce postulat peut être établi par des études statistiques, mais celles-ci doivent être constamment mises à jour. Pour une introduction à la question dans le contexte canadien, voir : M. GARON, préc., note 28, 198 et suiv.

³⁷ Pour un aperçu, voir : D. L. DEMERS, préc., note 27, 91; Frances HENRY et Effie GINZBERG, *Who Gets the Work? A Test of Racial Discrimination in Employment*, Toronto, The Urban Alliance on Race Relations and the Social Planning Council of Metropolitan Toronto, 1985.

toujours par rapport au groupe de référence, décide de renoncer à poursuivre certains objectifs socioéconomiques (postuler à un emploi, rechercher une distinction, etc.), ce qui a pour effet de creuser encore davantage les disparités entre les groupes cibles et le groupe de référence.

Postulat n° 3. Cette (auto-)exclusion des membres des groupes cibles a pour effet de « naturaliser » les disparités qui en résultent, en nourrissant des stéréotypes, conscients et inconscients³⁸, selon lesquels les écarts constatés entre les groupes cibles et le groupe de référence s'expliquent simplement par la volonté ou les aptitudes nécessaires à l'atteinte de certains indicateurs de réussite socioéconomique, considérées comme étant moins présentes chez les membres des groupes cibles qu'au sein du groupe de référence.

Postulat n° 4. Ces stéréotypes sont porteurs de préjugés conscients et de biais cognitifs inconscients dans la population en général, tant chez les membres des groupes cibles (on parle alors d'*internalisation*) que chez ceux du groupe de référence, mais notamment chez les personnes qui occupent une fonction d'autorité, ce qui a un effet de *rétroaction* sur les sources primaires de discrimination directe et indirecte, les effets contribuant ainsi à alimenter les causes de la discrimination³⁹.

On trouve là au moins deux éléments qui caractérisent l'approche systémique en sciences sociales : 1) l'*interaction* entre les composantes du phénomène, c'est-à-dire que la vérité de chaque postulat, le cas échéant, dépend de la vérité des autres ou est influencée par celle-ci; 2) la *rétroaction*, ou « boucles récursives⁴⁰ », qui renvoie à l'idée que les

³⁸ Sur la formation et la persistance des préjugés et des stéréotypes, voir notamment : Jean-Baptiste LÉGAL et Sylvain DELOUVÉE, *Stéréotypes, préjugés et discrimination*, 2^e éd., Paris, Dunod, 2015.

³⁹ *Id.*, p. 10; D. L. DEMERS, préc., note 27, 92; M. GARON, préc., note 28, 205 et suiv.

⁴⁰ *Feedback loops* en anglais, concept utilisé dans plusieurs champs du savoir, tant en sciences naturelles qu'en sciences humaines et sociales, qui renvoie à l'idée de causalité circulaire par opposition à la perspective plus classique de la causalité linéaire. Il existe une abondante littérature sur ce sujet. Voir notamment : P. M. SENGE, préc., note 25, p. 68; L. LEMIRE et G. MARTEL, préc., note 26, p. 55-73.

effets produits par le système se retournent vers la source et contribuent ainsi à alimenter les causes initiales du phénomène. Il y aurait bien davantage à dire sur l'approche systémique, mais ces deux éléments sont les plus pertinents pour notre propos. Ils montrent que le concept de discrimination systémique, d'un strict point de vue analytique, ajoute quelque chose qu'on ne trouve pas dans les concepts de discrimination directe et indirecte. Le phénomène dans son ensemble ne saurait se réduire à la somme de ses parties, puisque pour démontrer l'existence de la discrimination systémique, il faut en effet être en mesure d'isoler ces éléments d'interaction et de rétroaction entre les différentes composantes du système.

Maintenant, la question qui se pose pour établir la scientificité de cette théorie explicative des disparités entre groupes n'est pas de savoir si le phénomène existe. Cette question est l'objet de la preuve scientifique elle-même, alors qu'ici nous nous plaçons en amont, au plan épistémologique. La question qu'il convient alors de poser à tous ceux qui demeurent sceptiques à l'égard du concept de discrimination systémique est la suivante : est-on disposé à admettre que le phénomène décrit par ce concept *peut* exister en tant que phénomène social et faire l'objet de preuves empiriques? Pour l'instant, il s'agit d'appréhender cette question d'un strict point de vue théorique et descriptif, c'est-à-dire abstraction faite des *difficultés techniques* qui peuvent représenter des obstacles à la preuve empirique de ce phénomène, ainsi que des *incidences normatives* pouvant découler d'une telle preuve. Si toute personne raisonnable devait répondre par l'affirmative à cette question, alors nous aurions là au moins une base pour créer le « contact des esprits » nécessaire afin de mener un débat serein sur les questions entourant la preuve et les incidences normatives du phénomène.

À la question que nous venons de formuler, certains pourraient toutefois objecter que la théorie de la discrimination systémique n'est pas vraiment scientifique parce que les postulats que nous avons énoncés pour la synthétiser sont si généraux qu'ils autoriseront toujours la formulation d'hypothèses *ad hoc* permettant de sauver le modèle malgré des résultats de recherche qui viendraient infirmer une hypothèse initiale dont la véracité

allait dans le sens de la théorie⁴¹. Dès lors, nous ne serions plus dans le domaine de la science, mais dans celui de l'idéologie ou de la pseudo-science.

Nous allons imaginer un exemple fictif pour illustrer cette idée, mais il convient d'abord d'ajouter deux précisions. Premièrement, nous avons effectivement formulé les postulats de la théorie de manière très générale, mais leur scientificité dépend du fait qu'ils puissent présider à l'élaboration d'hypothèses suffisamment précises pour être soumises à des tests empiriques. La preuve est donc complexe, car ce n'est que par une méta-analyse des différentes études effectuées que nous pouvons conclure avec un tant soit peu de rigueur à l'existence de la discrimination systémique dans un contexte donné. Deuxièmement, ajoutons que le concept de discrimination systémique peut référer à une réalité locale, par exemple une entreprise ou une organisation quelconque, ou plutôt à un phénomène plus diffus qui se déploierait dans l'ensemble de la société.

Examinons maintenant quelle forme pourrait prendre la formulation d'une hypothèse *ad hoc* visant à « immuniser » le modèle contre toute tentative de falsification, ce qui aurait pour effet de le dépouiller de son caractère scientifique. Imaginons l'existence d'une entreprise employant une imposante majorité d'hommes (le groupe de référence) et une minorité de femmes (le groupe cible). Les femmes y sont donc nettement sous-représentées par rapport à leur poids dans la société en général et nous voulons évaluer si cette sous-représentation s'explique par la discrimination systémique. Supposons que nous serions parvenus à établir de manière convaincante qu'il n'y a aucune discrimination dans l'entreprise à l'égard des femmes, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune pratique ayant pour objet ou pour effet de les exclure au moment de l'embauche ou en cours d'emploi, aucun stéréotype négatif à l'égard des femmes de la part de leurs collègues masculins, y compris les personnes en autorité dans l'entreprise. Malgré cette preuve, nous pourrions être tentés de sauver la théorie de la discrimination systémique en proposant une hypothèse *ad hoc* qui pourrait prendre la forme suivante : comme les femmes ont longtemps été – et jusqu'à tout récemment – confinées dans la sphère domestique et exclues

41

Voir : K. POPPER, préc., note 29, p. 101.

du secteur d'activité dans lequel opère notre entreprise fictive, elles ont intériorisé l'idée que ce genre de travail ne les intéressait pas. Suivant cette hypothèse, l'exclusion des femmes de l'entreprise proviendrait des préférences réelles des membres de ce groupe cible, mais cette conclusion ne permettrait pas de réfuter la théorie de la discrimination systémique, puisque ces préférences elles-mêmes deviennent le symptôme d'une discrimination historique. Autrement dit, ni le vécu conscient des personnes présumément victimes de discrimination systémique ni le constat de l'absence de biais chez les personnes susceptibles de discriminer ne suffirait à mettre en échec l'idée que la sous-représentation des femmes s'explique par une discrimination systémique. En fait, la seule façon de réfuter cette idée serait de prouver empiriquement que l'*inconscient* des femmes n'est pas porteur de désirs plus authentiques que ceux qu'elles pensent consciemment ressentir, ce qui est évidemment impossible. Car s'il peut être possible de prouver qu'une personne agit en contradiction avec ce qu'elle déclare consciemment (comme le montrent les études sur les biais inconscients⁴²), il n'est pas possible de prouver qu'une personne agit à l'encontre de ce qu'elle veut dans son inconscient profond, par définition inaccessible à l'observation empirique⁴³. Une théoricienne féministe serait

⁴² Les études sur les biais inconscients peuvent en effet révéler un décalage entre les croyances conscientes des individus et leur manière de se comporter concrètement dans une situation donnée, suggérant une dissociation entre le conscient et l'inconscient. Les études portant sur les biais inconscients en contexte de fusillade ont ainsi permis d'observer une tendance plus rapide à tirer sur les suspects de couleur noire que sur les suspects de couleur blanche, et ce, peu importe le niveau de préjugés raciaux mesuré. En d'autres termes, une personne qui n'affiche pas de préjugés raciaux conscients peut avoir un comportement tout aussi biaisé racialement en pratique qu'une personne qui présente un certain degré de préjugés raciaux conscients. Notons que dans ces études, les participants de couleur noire affichaient le même genre de biais que les participants de couleur blanche. Voir : B. Keith PAYNE, « Prejudice and Perception: The Role of Automatic and Controlled Processes in Misperceiving a Weapon », (2001) 81-2 *Journal of Personality and Social Psychology* 181 et plus particulièrement Joshua CORRELL, Bernadette PARK, Charles JUDD et Bernd M. WITTENBRINK, « The Police Officer's Dilemma: Using Ethnicity to Disambiguate Potentially Threatening Individuals », (2002) 83-6 *Journal of Personality and Social Psychology* 1314.

⁴³ C'est d'ailleurs pour cette raison que Karl Popper excluait la psychanalyse du domaine de la scientificité. À ses yeux, l'appel à l'inconscient permettait d'échapper à toutes les réfutations, y compris en accusant les adversaires théoriques de la psychanalyse de la rejeter pour des raisons inconscientes.

bien sûr parfaitement autorisée à *croire* que c'est bien le cas, mais cette croyance serait spéculative et n'aurait pas le statut épistémique d'une hypothèse scientifiquement réfutable pouvant faire l'objet d'une démonstration admissible par tout observateur de bonne foi.

Dans cet exemple, l'hypothèse *ad hoc* suppose qu'une discrimination passée continue d'avoir des effets dans le présent, ce qui est autorisé par le *postulat n° 1*. Ces effets durables auraient entraîné une intériorisation et une naturalisation de l'exclusion des membres du groupe cible, conformément aux *postulats n°s 2 et 3*. Résultat : puisqu'on en vient à croire à tort que la sous-représentation du groupe cible s'explique par certaines caractéristiques intrinsèques de ses membres, on ne voit pas la pertinence de changer les choses pour tenter de modifier la situation, comme le prévoit le *postulat n° 4*.

Il est toutefois possible de nuancer ce que nous venons de dire en rappelant qu'une hypothèse *ad hoc* bien formulée peut être pertinente, pour autant que celle-ci réponde à deux conditions : 1) l'hypothèse *ad hoc* ne doit pas être invoquée dans le but de sauvegarder la théorie telle quelle, mais dans l'objectif de la faire évoluer, d'y ajouter des nuances afin de la rendre davantage conforme aux données empiriques dont nous disposons; et

Ainsi écrivait-il à propos des théories psychanalytique et marxiste qui prévalaient en son temps :

Celles-ci semblaient aptes à rendre compte de la quasi-totalité des phénomènes qui se produisaient dans leurs domaines d'attribution respectifs. L'étude de l'une quelconque de ces théories paraissait agir à la manière d'une conversion, d'une révélation intellectuelle, exposant aux regards une vérité neuve qui demeurait cachée pour ceux qui n'étaient pas encore initiés. Dès lors qu'on avait les yeux dessillés, partout l'on apercevait des confirmations : l'univers abondait en *vérifications* de la théorie. Quels que fussent les événements, toujours ils venaient confirmer celle-ci. Sa vérité paraissait donc patente, et les incrédules étaient à l'évidence des individus qui ne voulaient pas voir la vérité manifeste et refusaient de l'apercevoir, soit parce qu'elle allait contre leurs intérêts de classe, soit en raison de refoulements non encore « analysés » mais qui requéraient de manière pressante un traitement (K. POPPER, préc., note 29, p. 59 et 60).

2) l'hypothèse *ad hoc* doit être elle-même scientifique, c'est-à-dire susceptible d'être soumise à des tests empiriques et donc falsifiable⁴⁴.

Nous pouvons préciser cette idée à partir du même exemple. Rappelons que dans notre entreprise fictive, il n'existe aucune discrimination à l'époque contemporaine. Il serait néanmoins possible de formuler l'hypothèse qu'une discrimination passée a amené les femmes à intérioriser l'idée qu'elles sont moins aptes à effectuer le type de travail exigé par l'employeur en question et que cette idée se trouve en décalage avec leurs aptitudes réelles. Elles pourraient avoir fini par croire à tort que ce type de travail n'est pas fait pour elles, ou encore que l'employeur n'accepterait jamais de les embaucher et qu'il ne vaut donc pas la peine de tenter sa chance en déposant une candidature. Dès lors, il ne s'agit plus de sonder un inconscient inaccessible, mais de constater un décalage entre le désir des candidates potentielles et les obstacles qu'elles entrevoient dans la réalisation de ce dernier. Une telle hypothèse serait susceptible d'être mise à l'épreuve par des études empiriques, mais elle implique d'admettre que la discrimination n'est pas là où on la supposait au départ. Cela ne veut pas dire qu'elle ne se trouve pas ailleurs, mais simplement que la théorie initiale doit être ajustée et nuancée⁴⁵. En effet, selon cette nouvelle hypothèse, nous ne serions pas en présence d'une discrimination actuelle, mais des effets persistants d'une discrimination passée. Dès lors, il s'agit d'une nouvelle

⁴⁴ Dans un tel cas, la théorie peut demeurer scientifique mais dans une moindre mesure, car sa portée est modifiée et sa capacité explicative ou prédictive devient plus limitée, comme l'admet d'ailleurs K. POPPER, *id.*, p. 65.

⁴⁵ Nous pourrions arriver au même résultat avec l'exemple d'un groupe cible qui serait surreprésenté dans le système carcéral d'un territoire donné. Supposons que les données empiriques permettent de conclure que les membres du groupe cible en question adoptent des comportements qui les rendent davantage susceptibles de subir une interpellation policière et d'être mis en détention, sans qu'on puisse établir l'existence d'un quelconque profilage fondé sur des stéréotypes conscients ou inconscients. Encore une fois, la théorie de la discrimination autorise la formulation d'une hypothèse *ad hoc* : le groupe cible ayant été victime de discrimination historique, cela a eu pour effet, par exemple, de maintenir un pourcentage plus grand de ses membres dans un état de pauvreté ou d'itinérance qui explique leur tendance à adopter des comportements davantage susceptibles de tomber sous le coup de l'intervention policière. Une telle hypothèse serait tout à fait réfutable par des études empiriques, donc admissible d'un point de vue scientifique.

hypothèse nécessitant de nouvelles preuves, ce qui demeure conforme à la démarche scientifique. Il suffit d'ailleurs de poser à nouveau notre question de départ pour s'en apercevoir : peut-on admettre la *possibilité* que le phénomène décrit par ces hypothèses existe? Dans l'affirmative, on voit mal pourquoi un tel phénomène ne mériterait pas d'être étudié.

B) L'approche militante

Lorsque l'addition d'hypothèses *ad hoc* ne vise pas à faire évoluer la théorie, mais bien à l'immuniser contre toute critique, l'attitude de ses promoteurs doit alors être qualifiée de militante. Une telle attitude se remarque lorsque certains refusent toute concession qui aurait pour effet d'apporter la moindre nuance à leur théorie explicative. Souvent, l'approche militante se caractérise également par l'emploi de termes fortement connotés. On ne parlera plus de discrimination systémique (concept à vocation descriptive), mais de racisme systémique ou autres variations semblables : capacitisme, classisme, sexisme, etc., autant de concepts moralement connotés qui s'accompagnent généralement d'un élément de blâme et de réprobation. Enfin, une théorie perd son caractère scientifique quand elle est reformulée de manière à ce que sa logique interne exclue toute possibilité de la remettre en question, non pas grâce à l'addition de résultats empiriques qui viendraient chaque fois répondre aux objections et la corroborer, mais en raison des postulats mêmes qui la fondent sur le plan théorique.

Cette approche peut être illustrée de manière concise par cette formule du célèbre militant antiraciste Ibram X. Kendi : « When you truly believe that the racial groups are equal, then you also believe that racial disparities must be the result of racial discrimination.⁴⁶ » On remarque tout de suite le changement de perspective : il ne s'agit plus ici d'élaborer une théorie destinée à être soumise à une validation empirique, mais bien de promouvoir un idéal de société fondé sur l'égalité des résultats dans lequel il n'existerait plus aucune disparité statistique entre les groupes. Bien que le fait de militer pour un tel idéal soit parfaitement légitime d'un point de

⁴⁶

Ibram X. KENDI, *Stamped from the Beginning. The Definitive History of Racist Ideas in America*, New York, Nation Books, 2016, p. 11.

vue politique, il faut insister ici sur ce qui distingue cette approche de l'approche scientifique : dès lors qu'on postule que toute disparité statistique entre les groupes est le fruit du racisme systémique⁴⁷, la théorie de la discrimination devient militante dans la mesure où elle se ferme *a priori* à toute possibilité d'évoluer en fonction de la découverte de nouvelles données empiriques. Il s'agit d'une certaine façon de redéfinir le concept de « racisme » de manière à ce qu'il englobe l'ensemble des réalités sociales susceptibles d'expliquer ces disparités, sans que la théorie puisse aménager un espace en son sein pour d'autres facteurs explicatifs.

C'est à cette tâche de redéfinition que s'est attelée la sociologue et militante antiraciste Robin DiAngelo dans son livre à succès *White Fragility*⁴⁸. Celle-ci admet que selon sa définition classique et courante, le terme « raciste » est offensant parce qu'il renvoie à un état d'esprit coupable, immoral, consistant à entretenir l'aversion ou la haine envers les autres sur la base de leur appartenance raciale. Son objectif déclaré est alors de proposer une nouvelle définition du racisme pour y inclure l'ensemble des normes, pratiques ou usages qui ne participent pas à l'objectif ultime de mettre fin, dit-elle, au *statu quo* racial.

Derrière cette entreprise de redéfinition, il y a donc, bien sûr, une stratégie politique. Il s'agit de transposer la charge affective d'un terme très fortement connoté, *racisme*, à des situations qui ne sont pas d'emblée visées par ce terme, mais sur lesquelles on souhaite attirer l'attention, dans le but de susciter un changement social en stimulant la volonté politique nécessaire à ce changement. Dès lors, on quitte le champ de la scientificité pour entrer dans celui de la normativité. C'est moins la volonté de décrire « ce qui est » que le désir de prescrire « ce qui devrait être » qui constitue alors le moteur premier de l'action. À cet égard, Muriel Garon pose on ne

⁴⁷ Notons toutefois qu'Ibram X. Kendi préfère parler de « *racist policies* » et critique le concept de « *systemic racism* », cette expression étant selon lui trop vague et surtout redondante. C'est qu'il n'y a pas à ses yeux de racisme qui ne serait pas systémique : Ibram X. KENDI, *How to Be an Antiracist*, New York, One World, 2019, p. 13-23.

⁴⁸ DiAngelo reprend d'ailleurs à son compte la formule de Kendi selon laquelle toute disparité statistique entre les groupes doit être vue comme le signe du racisme systémique : R. DIANGELO, préc., note 13, p. 7-38.

peut mieux la « question en litige » dans le cadre du débat politique relatif au phénomène de la discrimination :

Il est clair toutefois qu'entre l'identification d'un mal social et la définition de moyens pour le combattre s'opère une série de choix idéologiques. Prétendre le contraire serait prétendre parler au nom d'une *vérité* absolue. L'essentiel des débats relatifs à l'identification et à la prise en charge collective d'un problème comme celui de la discrimination tourne autour de la question de savoir quand une société est justifiée d'intervenir pour contrecarrer le jeu « normal » des forces sociales⁴⁹.

Répetons-le ici pour éviter tout malentendu : il serait absurde de considérer un projet politique comme illégitime simplement parce qu'il s'écarte de la sphère contraignante de la scientificité. C'est le propre de toute proposition normative que de quitter cette sphère axée sur la recherche de la vérité pour amener le débat sur le terrain de la légitimité tout en cherchant à construire un rapport de force politique favorable à certaines valeurs ou à certains objectifs. Évidemment, une position normative ne peut s'émanciper complètement de la recherche de la vérité, en ce sens qu'elle prendra toujours appui sur certains faits. Dans un contexte militant, cependant, les questions de fait ne sont jamais complètement détachées des questions de valeur, spécialement parce qu'un choix doit toujours s'opérer quant aux faits sur lesquels on préfère insister, ce qui implique une hiérarchie à tout le moins implicite quant au rôle persuasif qu'on leur accorde dans le cadre des débats politiques. En d'autres mots, lorsque le débat se transpose sur le plan normatif, la question *ultime* n'est plus de savoir si la théorie ou les concepts utilisés pour nommer le réel sont vrais ou empiriquement démontrés, mais bien de savoir si le projet proposé est juste, et s'il suscite une adhésion suffisante pour s'inscrire durablement dans l'organisation de la société jusque dans ses institutions les plus structurantes, à commencer par le droit.

⁴⁹

M. GARON, préc., note 28, 196 (l'italique est de nous).

C) L'approche juridique

Le droit est influencé à la fois par l'activité scientifique et par l'activité militante, mais la rationalité juridique se distingue néanmoins de ces deux approches. Elle se distingue de la première par sa nature « décisionniste ». Si l'on veut croire que l'élaboration prudente du droit implique de prêter l'oreille à ce que la science a à dire, de prendre connaissance des données empiriques disponibles et pertinentes⁵⁰, on ne peut non plus ignorer que la rationalité juridique ne peut se permettre de s'enfermer indéfiniment dans la recherche de la vérité, d'autant qu'il est fréquent en science que les contours de celle-ci ne soient jamais entièrement établis et que des zones d'incertitude persistent⁵¹. Cela est d'autant plus vrai que le droit est appelé à trancher des questions de valeur. Par conséquent, il ne peut se tenir à l'écart du terrain idéologique. Il a vocation à s'aventurer sur le terrain même que l'approche scientifique cherche à éviter : celui des débats normatifs. Est-ce à dire pour autant que le droit se confond avec l'approche militante? Non, parce qu'il doit s'imposer comme instance ultime d'arbitrage des conflits et que cette fonction le force à maintenir un certain surplomb au regard de la joute militante⁵². Pour conserver l'effectivité de son rôle d'arbitre, le droit ne peut faire l'économie d'un certain pragmatisme, en demeurant conscient de ses propres limites et des

⁵⁰ Certains auteurs parlent toutefois d'une possible instrumentalisation de la science en soulignant, non sans raison, que les décideurs peuvent avoir tendance à gommer les nuances en sélectionnant uniquement les données susceptibles de justifier leur décision : Hélène ZIMMERMANN et Geneviève BRISSON, « Les juristes et la connaissance empirique du monde social : éclairages exploratoires à partir d'une étude de cas multiples », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique : actes des 4^e et 5^e Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 171, à la p. 195.

⁵¹ Ou, pour parler comme Ricœur, on peut dire que toute décision judiciaire « met fin à une délibération virtuellement indéfinie » : Paul RICŒUR, « L'acte de juger », dans *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 185, à la p. 187.

⁵² C'est-à-dire que, selon la formule canonique de Max WEBER, *Économie et société*, trad. par Jacques CHAVY et Éric DE DAMPIERRE, t. 1, Paris, Plon Pocket, 1995, p. 97, l'État « revendique avec succès le monopole de la contrainte physique légitime » sur son territoire. Or c'est le droit qui détermine les conditions d'exercice de cette contrainte : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles EISENMANN, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 44 et 45.

multiples tensions qui traversent le corps social. Il doit en ce sens s'appuyer sur des concepts opératoires⁵³ qui, bien souvent, ne vont pas aussi loin que ce qu'auraient souhaité les militants des différents camps qui s'opposent dans la société.

Ce pragmatisme de la méthode juridique s'illustre de façon particulièrement éloquente dans la manière dont il encadre le règlement des litiges dans le contexte d'un procès. Si le processus contradictoire du procès se présente comme une méthode pour permettre au juge de parvenir à la « vérité » sur l'affaire qui lui est soumise, un recul sur l'ensemble du processus montre que la manière de parvenir à la *vérité relative* du droit est soumise à un arbitrage des valeurs⁵⁴. C'est tout l'objet des règles de preuve. Celles-ci encadrent d'abord la question du standard de la preuve, c'est-à-dire le degré de certitude auquel le juge doit parvenir pour considérer que la preuve a été faite, ainsi que celle du fardeau de la preuve, notamment à partir de présomptions, qui détermine quelle partie aura à souffrir d'une insuffisance de la preuve⁵⁵.

On sait qu'en droit pénal, par exemple, le standard est celui de la « preuve hors de tout doute raisonnable », dont le fardeau est entièrement assumé par le ministère public, sauf exception. Dans ce domaine, le droit accorde une valeur prépondérante à la valeur de la présomption d'innocence en tenant compte du déséquilibre des forces qui existe entre l'accusé et la puissance collective de l'État. En droit civil, le standard est celui de la « prépondérance des probabilités » et le fardeau repose généralement sur les épaules de la partie qui veut faire valoir ses droits. Cependant, dans le domaine du travail, par exemple, le droit tient souvent compte du

⁵³ Tel que mentionné précédemment : *supra*, note 18.

⁵⁴ Voir par exemple à ce sujet : France HOULE et Clayton PETERSON, *Hors de tout doute raisonnable : la méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 2018.

⁵⁵ On trouvera tous les développements nécessaires à l'étude de ces questions dans les ouvrages de référence en droit de la preuve. Voir par exemple : Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005; Martin VAUCLAIR et Pierre BÉLIVEAU, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 24^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2017.

déséquilibre qui caractérise la relation employeur-employé. Par des règles de présomption⁵⁶, on demandera au salarié d'établir uniquement les éléments essentiels à l'ouverture du recours, alors que le fardeau de prouver que le recours n'est pas fondé reposera sur les épaules de l'employeur.

On aura donc compris que, même quand un jugement du tribunal repose sur des témoignages d'experts se référant à des études scientifiques, le fait que le juge en arrive à la conclusion que la discrimination systémique a été prouvée dans un contexte donné n'est pas en soi l'équivalent d'une preuve *scientifique* de l'existence du phénomène. Pour bien comprendre la portée d'une telle conclusion de la part d'un tribunal, il faut accorder une attention spéciale aux règles de preuve et au fardeau de persuasion qui reposait sur chaque partie⁵⁷. Ajoutons que la tendance à recourir à des preuves scientifiques dans le cadre d'un procès pour éclairer une situation sociale complexe ne constitue pas une raison pour alourdir ou modifier le fardeau de la preuve qui incombe aux justiciables ou aux pouvoirs publics⁵⁸, car la recherche de la vérité en droit ne répond tout simplement pas aux mêmes exigences que la recherche de la vérité en science. La même logique s'applique lorsque le législateur statue sur l'existence de la discrimination systémique pour décider d'y remédier. Un consensus social, qui peut suffire dans un tel cas, n'est évidemment pas soumis aux mêmes critères qu'un consensus scientifique.

⁵⁶ Voir par exemple l'article 17 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27.

⁵⁷ Dans le même sens, en droit criminel, un verdict d'acquiescement n'équivaut en rien à une preuve que l'acte qui a conduit à l'accusation n'a pas été commis. Le verdict résulte plutôt de l'application rigoureuse de certaines règles de preuve conçues pour minimiser les risques de « faux positifs », c'est-à-dire la condamnation de personnes moralement innocentes. On trouve un exemple éloquent de ce décalage entre preuve juridique et preuve empirique dans la récente affaire *R. c. Rozon*, 2020 QCCQ 8498, dans laquelle la juge Hébert conclut au paragraphe 142 : « En terminant, le Tribunal tient à souligner le courage dont a fait preuve AB en témoignant. Le Tribunal rappelle que le verdict d'acquiescement ne signifie pas que les incidents reprochés ne se sont pas produits. Il signifie tout simplement qu'il subsiste, dans l'esprit du Tribunal, un doute raisonnable quant à la culpabilité de monsieur Rozon parce que le ministère public ne s'est pas déchargé de son fardeau. »

⁵⁸ Comme le souligne à juste titre M. GARON, préc., note 28, 226.

Ces distinctions sommaires pointent vers deux perspectives possibles pour appréhender un concept juridique comme celui de la discrimination systémique, lesquelles seront l'objet des sections suivantes. D'une part, le concept juridique peut être appréhendé en fonction de son contenu, rejoignant ce que Kelsen appelle la perspective statique sur le droit⁵⁹. Le droit est alors envisagé à l'état de repos, comme une photographie de l'ensemble des normes en vigueur à un moment donné. Cette perspective statique peut être d'autre part distinguée de la perspective dynamique qui « a pour objet le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué⁶⁰ ». On s'intéressera alors à la manière dont le concept juridique est opérationnalisé à travers l'activité des différentes instances habilitées par le système juridique à créer ou appliquer les normes.

À la première perspective ici énoncée correspond ce que nous appelons la *juridicité* du concept de discrimination systémique, c'est-à-dire son *appartenance* au système juridique et sa *signification* proprement juridique, alors que la deuxième perspective correspond à ce que nous appelons sa *normativité*, c'est-à-dire le *degré de mise en œuvre* des règles de droit auquel il renvoie, ou la manière dont elles sont opérationnalisées pour se traduire en normes contraignantes⁶¹. Analyser la juridicité du concept de discrimination systémique consiste à s'interroger sur son appartenance au système et sur sa capacité à signifier quelque chose sur le plan du droit⁶². Autrement dit, il s'agit d'identifier sa signification proprement juridique, par opposition au sens qui lui est accordé dans d'autres champs du savoir comme les sciences sociales par exemple. Interroger sa normativité, c'est plutôt tenter d'identifier les règles auxquelles ce concept renvoie et la manière dont celles-ci se trouvent concrétisées par le système juridique à travers les différentes instances habilitées à les interpréter et à les appliquer sous la forme d'obligations ou

⁵⁹ H. KELSEN, préc., note 52, p. 78 et 117 et suiv.

⁶⁰ *Id.*, p. 78 et 193 et suiv.

⁶¹ Nous empruntons cette distinction à Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 64 et suiv.

⁶² *Id.*, p. 64.

de normes spécifiques⁶³. C'est donc s'intéresser à leur degré de mise en œuvre sur le plan normatif. Ce sont ces deux dimensions du concept juridique de discrimination systémique que nous allons maintenant étudier.

II. La juridicité du concept de discrimination systémique

Notons tout d'abord qu'il n'existe pas de définition du concept de discrimination systémique dans nos lois. Il s'agit d'un concept mobilisé par les tribunaux dans l'interprétation et l'application de la norme d'égalité protégée par la Constitution et les lois provinciales sur les droits de la personne⁶⁴. Notre objectif n'est pas ici de faire une revue exhaustive de cette jurisprudence. Nous allons simplement nous concentrer sur la définition qui a été accordée au concept de discrimination systémique à partir de certaines décisions clés de la Cour suprême du Canada. Comme les premiers développements les plus significatifs en matière de droit à la non-discrimination ont eu cours dans le contexte des relations de travail, c'est d'abord vers le domaine du droit de l'emploi que nous allons centrer notre analyse.

Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si le concept juridique de discrimination systémique correspond au phénomène décrit par les sciences sociales, caractérisé, comme nous l'avons vu, par les éléments d'*interaction* entre ses différentes composantes et de *rétroaction* des effets du phénomène sur ses causes, ou s'il se limite plutôt à la somme des effets conjugués de la discrimination directe et indirecte, auquel cas il n'ajouterait rien à ces deux concepts sur le plan définitionnel. À l'inverse, nous pouvons aussi nous demander si certaines dimensions de l'approche systémique se retrouvent déjà dans les concepts de discrimination directe et indirecte.

⁶³ *Id.*, p. 67.

⁶⁴ Voir notamment : art. 15 *Charte canadienne*; *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c. C-12, art. 10 (ci-après « *Charte québécoise* »).

A) L'émergence du concept de discrimination indirecte dans la jurisprudence américaine et canadienne

Pour comprendre l'évolution du concept de discrimination, tel qu'il s'est développé notamment dans le domaine de l'emploi, il convient d'abord de faire une incursion dans le droit américain en évoquant l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*⁶⁵. Avant cette affaire décisive, il était d'usage de limiter l'application du droit à l'égalité aux cas de discrimination « directe » en exigeant une preuve de son caractère intentionnel⁶⁶. La Cour suprême des États-Unis a alors opéré un important changement de perspective en centrant son analyse sur les *effets* de la mesure contestée, ce qui a permis l'émergence du concept de discrimination qu'on appellera « indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable ».

Avant le 2 juillet 1965, date d'entrée en vigueur de la *Civil Rights Act* de 1964 (CRA) aux États-Unis, la Duke Power Company appliquait une politique ouvertement discriminatoire à l'encontre de ses employés noirs, lesquels étaient confinés à un seul département de l'entreprise, celui du travail (ouvrier), dans lequel les salaires étaient les moins élevés. Cette pratique a toutefois été rendue illégale par la CRA. Pour obtenir une assignation dans tous les départements à l'exception de celui du travail, l'employeur exigeait un diplôme d'études secondaires. À partir de l'entrée en vigueur de la CRA marquant la fin de sa politique discriminatoire, il a ajouté à cette exigence, selon certaines modalités, celle d'effectuer avec succès deux tests de capacités et d'aptitudes cognitives : le Wonderlic Personnel Test et le Bennett Mechanical Comprehension Test.

Selon les statistiques officielles disponibles pour la Caroline du Nord où était située la compagnie, seulement 12 % des hommes noirs

⁶⁵ 401 U.S. 424 (1971) (ci-après « *Griggs* »). Cette affaire revêt en quelque sorte un caractère emblématique. Il est d'usage d'y revenir dans la plupart des études qui retracent l'évolution de la manière dont les tribunaux conçoivent le phénomène de la discrimination, au moins depuis le rapport Abella : COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI, préc., note 31, p. 9 et 10. On y réfère encore dans la récente décision de la Cour suprême du Canada : *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 22, par. 32.

⁶⁶ D. L. DEMERS, préc., note 27, 85.

étaient titulaires d'un diplôme d'études secondaires en 1960, comparative-ment à 34 % des hommes blancs. De plus, une étude effectuée en 1966 à partir d'une batterie de tests incluant les deux tests utilisés par la Duke Power indiquait que 58 % des Blancs obtenaient la note de passage comparative-ment à 6 % des Noirs. La Cour suprême a statué que ces deux exigences, le diplôme d'études secondaires et les tests de capacités cognitives, étaient discriminatoires à l'égard des Noirs et que cette discrimination n'était pas justifiée par les exigences réelles de l'emploi.

Il convient d'insister sur la *ratio decidendi* de la décision de la Cour suprême des États-Unis dans cette affaire parce que son approche sera ensuite entièrement reprise par la jurisprudence canadienne. Tout d'abord, on constate que le seul fait que les exigences posées par l'employeur pour obtenir une assignation dans les différents départements de l'entreprise aient un effet d'exclusion plus grand sur les Noirs que sur les Blancs est suffisant pour conclure à l'existence d'une discrimination. Il n'était donc nullement nécessaire de prouver une intention discriminatoire de la part de l'employeur, ni de faire la preuve que les demandeurs avaient été discriminés à l'école secondaire ou que les tests utilisés pour mesurer leurs capacités cognitives étaient culturellement biaisés à leur rencontre⁶⁷. Si le fait que la Duke Power appliquait une politique ouvertement discriminatoire dans le passé paraît *a priori* constituer un élément pertinent du dossier⁶⁸, il ne s'agissait pas pour autant d'un élément nécessaire à la preuve de la discrimination. Le concept de discrimination indirecte renvoie simplement au fait qu'une exigence pour obtenir un emploi ou une réaffectation entraîne une disparité entre deux groupes dans ses effets.

⁶⁷ Notons que cette question des biais culturels des tests de quotient intellectuel a toutefois fait l'objet d'une jurisprudence subséquente aux États-Unis, notamment dans le domaine de l'éducation en lien avec l'évaluation des aptitudes cognitives des enfants. Dans *Larry P. v. Riles*, 495 F. Supp. 926 (N.D. Cal. 1979), une cour d'appel des États-Unis a par exemple jugé que les tests d'intelligence standardisés étaient culturellement biaisés en défaveur des Noirs, alors qu'une autre a jugé le contraire dans les affaires *Georgia State Conference of Branches of NAACP v. State of Georgia*, 775 F.2d 1403 (11th Cir. 1985) et *Marshall v. Georgia*, CV 482-233 (Ga. Dist. Ct. 1984).

⁶⁸ Voir notamment à ce sujet : David J. GARROW, « Toward a Definitive History of *Griggs v. Duke Power Co.* », (2014) 67-1 *Vand. L. Rev.* 197.

La Cour se questionne néanmoins sur les facteurs systémiques qui ont pu expliquer cette disparité dans les taux de diplomation et les résultats obtenus aux tests standardisés, mentionnant le fait que les Américains d'ascendance africaine ont reçu une éducation de moindre qualité à l'époque de la ségrégation raciale aux États-Unis⁶⁹. On retrouve ici un élément que nous avons déjà mentionné à titre de composante importante du phénomène de la discrimination selon l'approche systémique en sciences sociales : le fait qu'une discrimination directe passée peut continuer d'avoir des effets dans le présent, même si elle a été abolie⁷⁰. Cependant, ce facteur historique n'est vraisemblablement mentionné par la Cour suprême des États-Unis qu'à titre d'*obiter dictum*. Il n'est pas nécessaire d'effectuer une telle preuve pour démontrer l'existence d'une discrimination indirecte et, d'ailleurs, la Cour affirme explicitement que le fait d'avoir été historiquement victime de discrimination n'est pas une condition d'application de la loi⁷¹.

À partir du moment où les exigences de l'employeur ont un effet préjudiciable disproportionné sur un groupe protégé par la loi, la question qui se pose est de savoir si les exigences en question sont justifiées par l'emploi⁷². Nous entrons alors dans la question de la justification de la discrimination et il revient à l'employeur de faire cette preuve. Or, en l'espèce, la Duke Power a été incapable d'établir que ses exigences étaient corrélées à une plus grande performance dans le cadre du travail précis pour

⁶⁹ La Cour cite l'affaire *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969), dans laquelle elle avait statué qu'un test de littératie exigé pour voter aux élections était indirectement discriminatoire sur une base raciale, justement parce que les différences de performance pouvaient s'expliquer par l'éducation déficiente qu'avaient reçue les Afro-Américains à l'époque de la ségrégation en Caroline du Nord.

⁷⁰ *Supra*, partie I, section A.

⁷¹ *Griggs*, préc., note 65, 430 et 431 : « the Act does not command that any person be hired simply because he was formerly the subject of discrimination, or because he is a member of a minority group. Discriminatory preference for any group, minority or majority, is precisely and only what Congress has proscribed ».

⁷² « The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited » : *id.*, 431.

lequel elles étaient imposées⁷³. Elles sont alors considérées comme arbitraires et la loi a justement pour objet d'éliminer les barrières arbitraires, artificielles et non nécessaires qui ont pour effet d'exclure de manière disproportionnée les membres d'un groupe protégé par l'interdiction de la discrimination. Pour qu'une exigence produisant des effets discriminatoires indirects soit considérée comme légale, l'employeur doit impérativement démontrer que la bonne marche de l'entreprise en dépend.

On constate ainsi que le concept de discrimination indirecte se distingue nettement de celui de discrimination systémique tel qu'il s'est développé dans les sciences sociales, puisqu'on n'y retrouve pas les éléments d'interaction et de rétroaction qui le caractérisent. Dans l'affaire *Griggs*, les facteurs systémiques et historiques qui ont pu jouer un rôle en amont sont certes mentionnés pour ajouter de la force à l'interprétation retenue par la Cour, mais ils ne font pas partie de la *ratio decidendi* à strictement parler. On peut aussi relever les effets systémiques de cette approche en aval, parce qu'elle offre un puissant levier juridique pour s'attaquer aux éléments du système qui seraient considérés comme des obstacles à l'égalité réelle⁷⁴. En effet, il ne s'agit plus seulement d'interdire la discrimination individuelle et intentionnelle ou d'abolir les normes directement discriminatoires sur la base d'un motif prohibé, mais bien de permettre la contestation de toute exigence neutre en apparence, mais potentiellement arbitraire, parce que non liée à la finalité recherchée, en l'occurrence la bonne marche de l'entreprise. Néanmoins, le *concept* de discrimination indirecte se limite à ce seul élément : la disparité entre groupes dans les effets préjudiciables résultant de l'imposition d'une exigence ou d'une norme.

Il y a un autre point pertinent qui ressort de l'approche retenue par la haute cour états-unienne : on ne cherche pas à trouver des coupables pour les punir, mais simplement à changer des pratiques jugées non nécessaires qui ont des effets discriminatoires. En ce sens, la question n'était pas de

⁷³ Au contraire, la preuve démontrait que les employés embauchés avant l'imposition de ces exigences, donc sans diplôme d'études secondaires et sans avoir passé les tests d'aptitudes cognitives, performaient tout aussi bien que les autres dans l'entreprise : *id.*, 431.

⁷⁴ Comme nous le verrons, *infra*, partie III, section A.

savoir si la Duke Power cherchait de manière détournée à maintenir ses anciennes pratiques discriminatoires. Bien sûr, si la preuve au dossier avait permis d'établir un mobile discriminatoire, cet élément ne serait pas sans pertinence. Il aurait notamment permis de justifier l'octroi de dommages punitifs additionnels, du moins en contexte québécois⁷⁵. L'intention n'est toutefois pas un élément qui participe du concept de discrimination indirecte. On s'intéresse uniquement aux effets de la norme.

Cette approche a été entièrement adoptée par la Cour suprême du Canada dès 1985 dans l'affaire *O'Malley (Simpsons-Sears)*⁷⁶. Se référant à l'affaire *Griggs*, la Cour conclut que l'horaire de travail établi par l'employeur, quoique sans intention de discriminer, a néanmoins des effets discriminatoires à l'endroit de la plaignante. Membre de l'Église adventiste, celle-ci considère avoir l'obligation religieuse stricte de respecter le sabbat. L'employeur devait alors démontrer qu'il ne pouvait raisonnablement accommoder la plaignante sans que cela lui occasionne une contrainte excessive. C'est la fameuse obligation d'accommodement raisonnable, également empruntée au droit américain⁷⁷. Précisons que le fait que la plaignante s'était convertie alors qu'elle travaillait déjà pour son employeur ne faisait pas échec à l'existence d'une discrimination dans cette affaire.

En même temps que l'affaire *O'Malley*, la Cour suprême a rendu une autre décision dans l'affaire *Bhinder*⁷⁸. Il s'agissait alors de déterminer si l'exigence de porter un casque de sécurité sur les lieux de travail était discriminatoire à l'endroit du plaignant de confession sikhe. Les juges formant la majorité ont adopté le même raisonnement centré sur les effets de la norme, concluant que celle-ci était discriminatoire envers le plaignant. Néanmoins, en l'espèce, la règle a été jugée justifiée par des exigences de

⁷⁵ En vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*.

⁷⁶ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après « *O'Malley* »). Voir aussi : *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

⁷⁷ Voir notamment à ce sujet : Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 104 et 105.

⁷⁸ *Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après « *Bhinder* »).

sécurité. La norme était donc légale. Cela dit, cette conclusion s'est imposée avec le concours des juges Beetz et Wilson qui plaidaient pour l'adoption d'une analyse différente de la majorité. Selon eux, la disposition en cause de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁷⁹ avait pour effet de restreindre le champ de la discrimination : si la norme est considérée comme une « exigence professionnelle normale », alors elle n'est pas discriminatoire. Cette opinion rattache donc le moyen de défense de l'employeur au concept même de discrimination plutôt qu'à une étape distincte de justification de cette discrimination. Ce n'est toutefois pas cette opinion qui a prévalu dans l'arrêt *Bhinder* ni dans la jurisprudence subséquente.

Ce qu'il faut retenir de cette jurisprudence au regard du concept de discrimination, c'est qu'il se limite à une différence de traitement qui est simplement *liée* à un motif prohibé par la loi⁸⁰. Ce lien entre le traitement différencié et le critère de discrimination n'a pas à être exclusif; il suffit qu'il ait contribué à la décision, soit parce que celle-ci se rapporte directement à un motif prohibé (discrimination directe), soit parce qu'elle occasionne une disparité à l'égard des groupes protégés par la loi dans ses effets préjudiciables (discrimination indirecte). Pour établir l'existence d'une discrimination, il n'est donc pas nécessaire de démontrer que la différence de traitement est arbitraire ou injustifiée. C'est plutôt la partie défenderesse qui devra démontrer, dans une étape subséquente, que la norme n'est pas arbitraire et que la distinction est par conséquent justifiée⁸¹.

⁷⁹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

⁸⁰ Cet élément a d'ailleurs été clarifié dans un récent arrêt de la Cour suprême : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 21. Dans cette affaire, la Cour a rejeté le critère du « lien causal » tel qu'il s'est développé en droit civil, le considérant inapproprié pour juger des affaires de discrimination.

⁸¹ Cet élément ressortait déjà de l'arrêt *Griggs*, préc., note 65, et a été confirmé récemment par la Cour suprême en droit canadien dans *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 22.

B) La définition du concept de discrimination systémique dans l'affaire *Action Travail des Femmes* (1987)

Il n'aura fallu attendre que deux années après les affaires *O'Malley* et *Bhinder* pour que la Cour suprême soit confrontée à une affaire⁸² qu'elle considérera comme un cas authentique de discrimination systémique à l'égard des femmes. Cette affaire a notamment mis en cause l'organisme Action Travail des Femmes et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) à titre d'employeur. Action Travail des Femmes a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne en prétendant que les femmes qui travaillaient pour le CN étaient victimes de discrimination systémique en tant que groupe identifiable.

Selon la Cour, la preuve déposée en première instance, composée notamment de témoignages des salariées, mais aussi de rapports d'enquête produits à la demande de l'employeur lui-même, est très étoffée. On note tout d'abord que les femmes ne représentaient que 4 % de la main-d'œuvre totale du CN et 0,5 % des postes de cadres supérieurs au début des années 1970. En 1981, elles occupaient seulement 0,7 % des emplois manuels et de la main-d'œuvre non spécialisée de l'entreprise dans la région du Saint-Laurent, comparativement à 13 % de la main-d'œuvre ouvrière au Canada⁸³. La preuve retenue par le tribunal de première instance fait notamment état des éléments suivants :

- Il existe plusieurs pratiques de gestion directement discriminatoires à l'endroit des femmes dans l'entreprise. Les candidates féminines ne sont pas traitées de la même manière que les candidats masculins dans le processus d'embauche. Par exemple, elles sont soumises à des tests physiques non imposés aux candidats masculins. On tente de les dissuader de postuler à des emplois traditionnellement masculins menant à des promotions tout en les dirigeant vers les postes de secrétaires ou de nettoyage.
- Certaines femmes ont témoigné avoir été victimes de harcèlement discriminatoire de la part de leurs collègues masculins. Par exemple,

⁸² CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114 (ci-après « *Action Travail des Femmes* »).

⁸³ *Id.*, 1120 et 1141.

une femme a été l'objet d'une agression et s'est fait crier des obscénités, alors qu'une autre a été victime de rejet explicite de la part de ses collègues à cause de son sexe.

- Certaines exigences d'emploi pour l'obtention de plusieurs postes au CN ont des effets discriminatoires indirects à l'égard des femmes. Par exemple, l'utilisation du Bennett Mechanical Comprehension Test⁸⁴ et l'exigence d'une expérience en soudure défavorisent les femmes de façon disproportionnée.
- De manière générale, le personnel masculin du CN entretient un grand nombre de stéréotypes négatifs à l'égard des femmes. On considère qu'elles ont une influence négative sur la main-d'œuvre ou qu'elles n'ont pas la force de caractère ou la force physique nécessaire pour occuper certains postes traditionnellement masculins. Les contremaîtres sont bien souvent défavorables aux candidatures féminines.
- Les femmes au service du CN sont tout à fait conscientes de l'attitude généralement défavorable et négative à leur endroit. Par exemple, on leur dit qu'elles prennent la place des hommes et elles partagent la crainte de tomber sur un surveillant hostile aux femmes.
- Le CN a reconnu l'existence d'un problème concernant l'intégration des femmes à l'entreprise, mais il n'y a pas de véritable mobilisation de la part de la haute direction pour y remédier. Par exemple, les efforts de recrutement sont essentiellement dirigés vers les écoles techniques où il n'y a presque pas de femmes. En outre, les quelques politiques mises en place sont peu rigoureuses, limitées et inefficaces.

Sur la base de ces éléments de preuve, le tribunal de première instance a émis une série d'ordonnances visant à mettre fin aux pratiques en vigueur au sein du CN jugées directement ou indirectement discriminatoires à l'égard des femmes. De plus, il a aussi émis une autre série d'ordonnances visant à faire en sorte que 13 % des emplois traditionnellement masculins soient occupés par des femmes à l'intérieur d'un certain délai, ce qui correspond au taux de présence féminine dans la main-d'œuvre ouvrière au Canada. Pour ce faire, le CN se voit imposer l'obligation de respecter un quota d'embauche de 25 % de candidates féminines advenant que l'objectif

⁸⁴

Le même test que celui utilisé dans l'affaire *Griggs*, préc., note 65, lequel était alors moins bien réussi par les femmes que par les hommes en moyenne.

ne soit pas atteint dans un délai d'un an, jusqu'à ce que l'objectif de 13 % soit atteint.

Pour fonder son appel, le CN prétendait que le tribunal de première instance n'avait pas le pouvoir d'imposer une telle obligation de combler 13 % des emplois non traditionnels par de la main-d'œuvre féminine. La Cour suprême a plutôt donné raison à la partie plaignante en s'appuyant sur l'idée que la nature particulière de la discrimination systémique nécessite justement ce genre d'intervention afin, dit-elle, de « rompre le cercle vicieux de la discrimination⁸⁵ ». Cette idée de « cercle vicieux » renvoie de toute évidence à l'idée de *rétroaction*, ou *boucle récursive*, que nous avons définie comme étant un élément caractéristique du concept de discrimination systémique tel qu'il s'est développé dans les sciences sociales⁸⁶. La Cour suprême le dit d'ailleurs très clairement lorsqu'elle énonce la définition de ce concept :

[La] discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles », par exemple que les femmes « ne peuvent tout simplement pas faire le travail⁸⁷ ».

La plupart des éléments issus des recherches en sciences sociales se trouvent ainsi intégrés au concept juridique de discrimination systémique, notamment le fait que la sous-représentation initiale du groupe cible a un effet de *naturalisation* des causes de l'exclusion du groupe, de *rétroaction* des effets du phénomène sur ses causes initiales par l'alimentation de

⁸⁵ *Action Travail des Femmes*, préc., note 82, 1143.

⁸⁶ *Supra*, partie I, section A.

⁸⁷ *Action Travail des Femmes*, préc., note 82, 1139, référant au rapport Abella : COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI, préc., note 31, p. 9 et 10.

préjugés et de stéréotypes et, conséquemment, d'*interaction* entre les différentes composantes du phénomène.

C) La jurisprudence subséquente à l'affaire *Action Travail des Femmes*

Depuis cet arrêt rendu dans l'affaire *Action Travail des Femmes*, la Cour suprême et les instances inférieures s'y réfèrent à titre d'arrêt de principe au regard de la définition du concept de discrimination systémique⁸⁸. Ce fut le cas notamment dans les décisions du Tribunal des droits de la personne et de la Cour d'appel du Québec dans le cadre de l'affaire *Gaz Métropolitain*⁸⁹, ainsi que dans l'affaire *Moore*⁹⁰ qui a donné lieu à une décision de la Cour suprême en 2012.

Cependant, seulement deux ans après l'affaire *Action Travail des Femmes*, la Cour suprême du Canada a rendu une autre décision d'importance, l'arrêt *Andrews*⁹¹, dans laquelle elle est venue circonscrire le concept général de discrimination au sens juridique. Toute distinction, même fondée sur un motif énuméré par les chartes, n'est pas forcément discriminatoire, nous dit la Cour sous la plume du juge McIntyre. Pour qu'il y ait discrimination au sens des chartes, il ne doit pas seulement y avoir une distinction entre des groupes ou des individus, mais encore faut-il que cette distinction entraîne un certain *préjudice* ou un *désavantage* pour les personnes visées par la distinction. La Cour en vient ainsi à proposer la définition suivante du concept juridique de discrimination :

[La] discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non

⁸⁸ Voir par exemple : *Alliance de la Capitale nationale sur les relations interraciales c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social)*, 1997 CanLII 1433 (T.C.D.P.); *Perera c. Canada*, 1998 CanLII 9051 (C.A.F.), [1998] 3 CF 381.

⁸⁹ Préc., note 23.

⁹⁰ *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 (ci-après « Moore »).

⁹¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (ci-après « Andrews »).

imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfiques et aux avantages offerts à d'autres membres de la société⁹².

Par sa généralité, cette définition englobe donc les trois types reconnus de discrimination, mais elle n'en demeure pas moins plus restrictive que la notion générique que nous avons évoquée à partir de l'étymologie de ce terme, laquelle renvoie à un simple phénomène de sélection ou de tri préférentiel entre divers éléments⁹³. C'est que le concept juridique de discrimination a une vocation non seulement descriptive, mais *normative*. En d'autres termes, le concept juridique de discrimination n'a pas pour vocation de recouvrir toute distinction fondée sur un motif prohibé, mais seulement celles qui s'avèrent préjudiciables.

Voici donc ce que nous pouvons retenir au terme de cette analyse. Tout d'abord, il ressort de l'arrêt *Andrews* que le concept général de discrimination, au sens juridique, se compose de trois éléments distincts, à savoir : 1) une différence de traitement; 2) liée à un motif prohibé; 3) ayant pour effet d'entraîner un préjudice⁹⁴. La discrimination se manifeste cependant de différentes manières, que l'on peut classer en fonction de trois concepts distincts : la discrimination directe, indirecte et systémique. Le concept juridique de discrimination systémique, en plus d'intégrer les trois composantes découlant de l'arrêt *Andrews*, réfère, selon l'expression de la Cour suprême dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*, au « cercle vicieux de la discrimination ». Il s'agit donc bien d'un concept juridique distinct. La question qui se pose à présent est de savoir si ce concept renvoie à des normes distinctes par rapport à celles qui régissent la discrimination directe et indirecte.

⁹² *Id.*, 174.

⁹³ *Supra*, partie 1.

⁹⁴ Nous reprenons ici la synthèse de Daniel PROULX, « Droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, n° 16.

III. La discrimination systémique et la normativité

Il ne s'agit pas dans la présente partie de faire une analyse détaillée et exhaustive des normes susceptibles de se rattacher de près ou de loin au concept de discrimination systémique, mais de tenter de déterminer si ce concept apporte, par rapport aux concepts de discrimination directe et indirecte, une « valeur normative ajoutée ». Autrement dit, nous chercherons à déterminer si ce concept renvoie à certaines règles qui ne découlent pas déjà des seuls concepts de discrimination directe ou indirecte et, dans l'affirmative, nous chercherons à exposer la nature de ces règles en fonction des catégories de règles qu'on retrouve dans l'œuvre de Herbert Hart.

Suivant Hart, les règles primaires sont celles qui énoncent des obligations de faire ou de ne pas faire quelque chose, alors que les règles secondaires accordent des pouvoirs juridiques aux instances du système et aux particuliers. Ces dernières comprennent la règle de reconnaissance qui permet d'identifier les règles appartenant à un système juridique particulier, les règles de changement qui déterminent comment on peut abroger ou modifier les règles existantes, ou en créer de nouvelles, ainsi que les règles d'adjudication qui accordent aux instances habilitées l'autorité de déterminer si une règle a été violée et d'imposer une sanction en cas de violation, tout en spécifiant la procédure à suivre ainsi que les modalités d'exercice de ces pouvoirs⁹⁵. C'est donc à travers ces règles secondaires d'adjudication, qui comprennent notamment les règles de preuve et d'interprétation des lois, que les règles primaires générales vont se concrétiser en normes individualisées dans le cadre du processus judiciaire.

Dans les pages qui précèdent, nous avons analysé le contenu du concept juridique de discrimination, lequel demeure généralement le même, quelle que soit la loi applicable. Toutefois, ce concept se rattache toujours à des modalités normatives susceptibles de varier d'une loi à l'autre à plusieurs égards. La portée de la protection conférée peut d'abord varier. La *Charte canadienne*, par exemple, ne s'applique qu'à l'État alors que la *Charte québécoise*, applicable au secteur privé, demeure limitée aux

⁹⁵ Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 91-99.

champs de compétence de la province. Les motifs de discrimination prohibés ne sont pas non plus identiques selon la loi en cause. L'article 10 de la *Charte québécoise* contient une liste exhaustive de motifs prohibés tandis que la liste de l'article 15 de la *Charte canadienne* n'est pas exhaustive.

Deuxièmement, comme nous l'avons vu, pour qu'il y ait discrimination au sens juridique, l'exclusion doit entraîner un certain préjudice. Or la nature de ce préjudice varie d'une loi à l'autre. En vertu de la *Charte québécoise*, le droit à l'égalité n'est pas indépendant des autres droits et libertés de la personne. À ce titre, il n'interdit que les discriminations qui mettent en cause la reconnaissance ou l'exercice de ces droits, ou celles qui interviennent dans certains contextes particuliers comme celui de l'emploi⁹⁶. En vertu de la *Charte canadienne*, il faudra plutôt établir l'un des éléments suivants, soit : 1) que la discrimination a pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé préexistant à l'égard du groupe concerné; ou 2) qu'elle repose sur des stéréotypes à l'égard du groupe en question⁹⁷. On trouve ici des éléments qui ne sont pas étrangers au concept de discrimination systémique (désavantages historiques, préjugés). Cependant, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'un quelconque « cercle vicieux » pour établir une violation de l'article 15 de la *Charte canadienne*. En présence d'une discrimination directe ou indirecte, il suffira d'établir qu'une telle discrimination a pour effet de perpétuer un désavantage préexistant ou qu'elle s'appuie sur des stéréotypes.

Troisièmement, les moyens de défense vont aussi varier d'une loi à l'autre ou en fonction du contexte. Ce sont les règles secondaires d'adjudication qui indiquent comment les règles primaires interdisant la discrimination sous différentes formes doivent être mises en œuvre. Il revient d'abord à la partie plaignante d'établir l'existence d'une discrimination *prima facie*. Ensuite, le fardeau de la preuve se déplace sur les épaules de la partie défenderesse qui « peut présenter soit des éléments de preuve réfutant l'allégation de discrimination *prima facie*, soit une

⁹⁶ Art. 16 *Charte québécoise*.

⁹⁷ Voir : D. PROULX, préc., note 94, n° 32, citant R. c. *Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 17, 18 et 23-25.

défense justifiant la discrimination, ou les deux⁹⁸ ». Toute discrimination n'est donc pas prohibée, mais seulement celle qui ne respecte pas les critères de justification établis par la jurisprudence.

A) Les règles relatives à la discrimination directe et indirecte

Il existe certaines distinctions entre la discrimination directe et la discrimination indirecte sur le plan normatif. Les critères de preuve et les sanctions possibles ne sont pas tout à fait les mêmes. Par exemple, comme la discrimination indirecte s'évalue sans égard à l'intention de discriminer, il ne sera généralement pas possible d'exiger, dans ce contexte, des dommages-intérêts punitifs en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise* qui exige la preuve d'une atteinte intentionnelle⁹⁹. Il s'agit là de considérations relatives aux règles secondaires d'adjudication, lesquelles indiquent comment les règles primaires doivent être appliquées et sanctionnées. Nous verrons maintenant que l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada au regard des moyens de défense en contexte d'emploi permet d'identifier la nature des règles relatives à la discrimination directe et indirecte ainsi que leurs interactions avec le concept de discrimination systémique.

En 1990, soit trois ans après l'affaire *Action Travail des Femmes*, la Cour suprême du Canada a rendu une nouvelle décision dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool*¹⁰⁰. Cette affaire présente plusieurs similitudes avec l'affaire *O'Malley*. Le plaignant, de confession chrétienne adventiste, affirme que sa religion lui interdit de travailler pendant le sabbat et les jours saints. Son absence non autorisée par l'employeur un lundi de Pâques lui vaut finalement un congédiement. La majorité de la Cour revient alors sur l'affaire *Bhinder* dans laquelle on s'était demandé si l'exigence de l'employeur était une « exigence professionnelle normale ». Or selon la majorité dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool*, la défense d'une telle

⁹⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 21, par. 64.

⁹⁹ D. PROULX, préc., note 94, n° 95.

¹⁰⁰ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après « *Central Alberta Dairy Pool* »).

exigence ne s'applique qu'en cas de discrimination *directe*. Rappelons que dans ce type de discrimination, la norme contestée établit une distinction directement sur la base d'un motif interdit par la loi. Par conséquent, si l'employeur démontre que cette distinction est justifiée par les exigences du poste, la norme est légale et l'analyse s'arrête là, alors que s'il n'arrive pas à faire cette preuve, la norme doit être déclarée nulle parce que contraire au droit à l'égalité. À l'inverse, en présence d'une discrimination *indirecte*, la norme est neutre en apparence, mais elle produit des effets préjudiciables eu égard aux caractéristiques spécifiques d'un groupe protégé. Dans un tel contexte, comme la norme n'est pas directement discriminatoire, elle est *a priori* légale, mais l'employeur a une obligation d'accommodement raisonnable pour peu que la contrainte qui en découle ne soit pas excessive. Autrement dit, la norme elle-même n'est pas remise en question puisqu'elle est neutre. Simplement, l'employeur doit aménager des exceptions, dans les limites de ce qui est raisonnable, pour accommoder les groupes qui en subissent un préjudice.

En 1999, dans le cadre de l'affaire *Meiorin*¹⁰¹, la Cour suprême du Canada a modifié ce cadre d'analyse applicable aux cas de discrimination. La plaignante, pompière forestière au service du gouvernement de la Colombie-Britannique depuis trois ans, a été congédiée après avoir échoué à quatre reprises à de nouveaux tests imposés par son employeur pour évaluer sa condition physique. C'est plus précisément la norme aérobique fixée par l'employeur, consistant à effectuer une course à l'intérieur d'un certain délai, qui constituait la cause de ses échecs. Voici comment la Cour résume les éléments de preuve produits en première instance qui ont permis d'établir l'existence d'une discrimination en l'espèce :

La preuve acceptée par l'arbitre démontrait qu'en raison de différences physiologiques la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Même en s'entraînant, la plupart des femmes sont incapables d'accroître leur capacité aérobique au niveau requis par la norme aérobique, bien que l'entraînement puisse permettre à la plupart des hommes de le faire. L'arbitre a également entendu des témoignages selon

¹⁰¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après « *Meiorin* »).

lesquels entre 65 et 70 pour 100 des postulants réussissent les tests à leur premier essai, tandis que seulement 35 pour 100 des postulantes en font autant. Parmi les 800 à 900 membres de l'équipe de choc employés par le gouvernement en 1995, seulement 100 à 150 étaient des femmes¹⁰².

On voit que la norme aérobique fixée par l'employeur n'a pas les mêmes effets en moyenne sur les femmes et sur les hommes. La norme est donc discriminatoire à première vue (*prima facie*). À noter que le fait que la disparité statistique soit attribuable à des différences physiologiques entre les hommes et les femmes ne change rien à ses effets discriminatoires, ce qui confirme qu'il n'est nullement nécessaire de faire la preuve d'une discrimination historique pour justifier une telle conclusion. Cependant, comme il s'agit d'une norme neutre, et non d'une discrimination directe, le cadre d'analyse établi dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool* commanderait de passer tout de suite à l'étape de l'obligation d'accommodement raisonnable sans remettre en question la norme elle-même. Or dans *Meiorin*, la Cour va abolir cette distinction et l'un des arguments invoqués pour justifier ce changement de cap se rapporte au concept de discrimination systémique¹⁰³.

En l'espèce, l'arbitre avait conclu qu'il n'existait aucune preuve crédible permettant de démontrer que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour qu'une personne, homme ou femme, soit en mesure d'exécuter le travail de pompier forestier de façon sûre et efficace. Or selon le cadre d'analyse établi dans *Central Alberta Dairy Pool*, cela ne justifie pas d'annuler la norme elle-même. On doit seulement se demander s'il est possible d'accommoder raisonnablement les membres du groupe auquel appartient la plaignante. Ou comme le dit la Cour, il s'agit simplement d'évaluer « la façon dont des personnes "différentes" peuvent cadrer dans le "courant dominant" que représente la norme¹⁰⁴ ». Dans la mesure où la discrimination indirecte constitue l'un des éléments qui participent du phénomène de la discrimination systémique, cette approche, précise la Cour, ne permet pas de lutter efficacement contre cette dernière, puisque les

¹⁰² *Id.*, par. 11.

¹⁰³ *Id.*, par. 39 et suiv.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 40.

normes établies par ce « courant dominant » sont mises à l'abri de tout examen, le « système » devant seulement se demander s'il peut accommoder les personnes lésées sans subir une contrainte excessive.

Ainsi, même si la Cour en vient à la conclusion que l'existence de la discrimination systémique justifie de modifier les règles applicables à la discrimination indirecte, on constate que c'est toujours de discrimination indirecte dont il est question dans l'affaire *Meiorin*, c'est-à-dire que nous sommes simplement en présence d'une norme en apparence neutre qui a des effets préjudiciables discriminatoires. La Cour n'affirme nulle part que l'existence de cette norme constitue en soi une preuve du « cercle vicieux » de la discrimination systémique. Elle utilise plutôt le concept de discrimination systémique en tant qu'argument au soutien de sa position¹⁰⁵, l'objectif étant de ne pas laisser inutilement en place des normes injustifiées qui pourraient avoir des effets systémiques indésirables. Une norme aux effets discriminatoires qui n'est pas justifiée par les exigences du poste doit donc être abolie purement et simplement; il ne suffit pas d'imposer une simple obligation d'accommodement raisonnable. Ce n'est que si une telle norme est justifiée qu'on devra *au surplus* se demander s'il est possible d'accommoder les membres du groupe lésés. Adopter une telle approche en matière de discrimination indirecte permet de lutter plus efficacement contre la discrimination systémique, nous dit la Cour.

Ce raisonnement rejoint donc celui de l'affaire *Griggs*. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les exigences de l'employeur étaient contraires à la loi, dans la mesure où celle-ci visait à abolir tous les obstacles arbitraires, c'est-à-dire non justifiés par l'objectif poursuivi et ayant un effet préjudiciable sur les groupes protégés. De la même manière, si l'employeur dans l'affaire *Meiorin* avait pu démontrer que la norme aérobique prescrite était justifiée par les exigences de

¹⁰⁵ On pourrait donc dire que la Cour réfère ici non pas à une règle particulière, mais à un principe général de non-discrimination, rejoignant ainsi la perspective de Ronald DWORKIN, « Le positivisme », (1985) 1 *Droit et Société* 31, qui considère que les juges n'appliquent pas seulement des règles, mais mobilisent aussi d'autres types de standards de conduite afin de justifier leur décision d'interpréter la loi dans un sens ou dans l'autre ou pour combler les lacunes du droit et trancher les situations qui ne sont visées par aucune règle particulière.

l'emploi, alors cette norme aurait été maintenue¹⁰⁶. Rappelons que dans l'affaire *Griggs*, les facteurs systémiques pouvant expliquer la sous-performance moyenne des Afro-Américains dans certains tests n'avaient été évoqués qu'à titre d'éléments contextuels permettant d'éclairer la question de la justification de la norme applicable. Or c'est exactement le même rôle que joue le concept de discrimination systémique dans l'affaire *Meiorin*, tandis que nous demeurons fondamentalement en présence d'un cas de discrimination indirecte.

Autrement dit, il existe toujours trois concepts renvoyant à trois types distincts de discrimination. Toutefois, en optant pour une approche unifiée dans *Meiorin* pour établir les règles applicables à la discrimination directe et indirecte, la Cour suprême a aboli l'une des distinctions qui existaient entre ces deux types de discrimination sur le plan de la normativité¹⁰⁷. Les concepts de discrimination directe et indirecte font référence à deux phénomènes distincts, mais les règles qui leur sont applicables sont maintenant les mêmes au stade de la justification. Ces concepts renvoient donc pour l'essentiel aux mêmes règles primaires établissant l'obligation de ne pas discriminer en l'absence d'une justification et, lorsqu'une telle justification est présente, à celle de tenter d'accommoder les personnes touchées jusqu'à la limite de la contrainte excessive.

¹⁰⁶ La Cour suprême du Canada ajoute toutefois que l'employeur aurait eu une obligation d'accommodement raisonnable à l'égard des femmes : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 101, par. 55. On peut donc en déduire que si la norme avait été justifiée par le fait que la capacité aérobique prescrite était nécessaire à l'accomplissement sûr et efficace de certaines interventions en contexte d'incendie de forêt, il aurait fallu se demander si l'employeur pouvait affecter les employées avec une capacité aérobique moindre à des tâches mieux adaptées à leurs capacités, par exemple.

¹⁰⁷ Certains ont d'ailleurs applaudi cette décision de la Cour suprême dans *Meiorin* tout en insistant sur l'importance du concept distinct de discrimination indirecte pour lutter efficacement contre la discrimination systémique : Colleen SHEPPARD, « Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U. », (2001) 46-2 *R.D. McGill* 533.

B) Le concept de discrimination systémique renvoie-t-il à une règle primaire obligatoire?

On l'a vu, les discriminations directes et indirectes peuvent participer de la discrimination systémique. Une personne physique ou morale, une entité ou un État peut être responsable du préjudice qui découle de ces types de discrimination, mais une personne peut-elle être déclarée responsable de discrimination systémique en l'absence de toute discrimination directe ou indirecte? En d'autres termes, existe-t-il une obligation juridique de ne pas discriminer sur le plan systémique? Cette question est plus complexe qu'il n'y paraît à première vue.

La première difficulté qui se pose ne concerne pas seulement la discrimination systémique, mais aussi la discrimination indirecte : c'est que le caractère illégal de la décision d'exclure ne peut parfois être constaté qu'*a posteriori*¹⁰⁸. Dans un contexte comme celui de l'affaire *Meiorin*, par exemple, l'employeur ne sait pas forcément à l'avance que la norme qu'il souhaite adopter aura un effet d'exclusion plus grand sur un groupe protégé. Cela est encore plus vrai pour la discrimination systémique, dont la preuve est complexe et ne peut être établie qu'après que le « cercle vicieux de la discrimination » s'est installé dans l'organisation. Dès lors, peut-on vraiment parler d'une règle primaire que l'employeur ou quelque personne en autorité aurait l'obligation de respecter avant même de pouvoir constater que son comportement est potentiellement illégal?

Plutôt que de renvoyer à une obligation de ne pas faire, on pourrait considérer que le concept de discrimination systémique renvoie à une obligation de faire cesser la discrimination et de réparer le préjudice subi à partir du moment où cette discrimination est constatée ou portée à la connaissance de la personne responsable. On peut aussi supposer l'existence d'une obligation de *moyens* qui oblige à prendre les mesures raisonnablement nécessaires pour s'assurer que l'organisation en cause soit exempte de discrimination systémique. Ces deux obligations formeraient ainsi une règle similaire à celle prévue à l'article 81.19 de la *Loi sur les*

¹⁰⁸

D. PROULX, préc., note 94, n° 103.

*normes du travail*¹⁰⁹ concernant le harcèlement psychologique en milieu de travail : « L'employeur doit prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et, lorsqu'une telle conduite est portée à sa connaissance, pour la faire cesser.¹¹⁰ » Cette idée rejoint le passage suivant de l'arrêt *Meiorin* :

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire¹¹¹.

Autrement dit, dans l'affaire *Meiorin*, la Cour considère que l'employeur *aurait dû savoir* que la norme aérobique aurait un effet d'exclusion plus grand à l'égard des femmes. Le problème, selon la Cour, est que les experts mandatés pour élaborer la norme aérobique n'ont pas analysé l'impact potentiel de cette norme sur les groupes protégés par le droit à l'égalité. Ils se sont contentés de décrire les caractéristiques des

¹⁰⁹ *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1.

¹¹⁰ Pour des exemples de harcèlements discriminatoires au travail mettant en cause des enjeux systémiques, voir notamment : Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'«égalité réelle» en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », dans S.F.C.B.Q., vol. 405, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 43, aux p. 68-73.

¹¹¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 101, par. 68.

personnes testées, composées majoritairement d'hommes, sans chercher véritablement à cibler la norme minimale nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail de pompier forestier ni à déterminer si tous les groupes ont besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter ce travail de façon sûre et efficace¹¹². L'employeur avait donc l'obligation de prendre les moyens raisonnablement nécessaires pour s'assurer que sa norme n'était pas discriminatoire. Il aurait également dû entreprendre une étude des effets discriminatoires de la norme aérobique lorsque la question a été soulevée par la plaignante et que le problème a ainsi été porté à sa connaissance¹¹³.

Si l'on transpose ce raisonnement dans le contexte de la discrimination systémique, on peut considérer que le responsable d'une organisation a l'obligation de prendre les moyens raisonnables pour s'assurer qu'il n'y a pas de discrimination systémique dans son organisation et pour faire cesser ce type spécifique de discrimination à partir du moment où son existence est portée à sa connaissance. Autrement dit, une personne qui constate que les membres de certains groupes sont sous-représentés dans son organisation aurait l'obligation de prendre les moyens raisonnables pour s'assurer que cette sous-représentation n'est pas occasionnée par des pratiques, des habitudes ou des biais discriminatoires non justifiés¹¹⁴.

C) La discrimination systémique et les règles secondaires de changement

Si la personne qui dirige une organisation constate l'existence de discrimination systémique en son sein, quelles mesures peut-elle mettre en place pour tenter de remédier à la situation? Influencés par les études en sciences sociales sur la question¹¹⁵, les législateurs ont envisagé des mesures dites de « discrimination positive » visant, selon les mots de la Cour suprême dans l'affaire *Action Travail des Femmes*, à briser le « cercle

¹¹² *Id.*, par. 72 et suiv.

¹¹³ *Id.*, par. 77.

¹¹⁴ Voir dans le même sens : Mary CORNISH, Fay FARADAY et Jan BOROWY, « Securing Employment Equity by Enforcing Human Rights Laws », dans Carol AGÓCS (dir.), *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, p. 217.

¹¹⁵ M. GARON, préc., note 28, 226 et suiv.

vicieux » (car c'est bien l'objectif qui est visé, mais on ne saurait dire s'il permet de le faire sans avancer des preuves à l'appui de cette prétention). Ces mesures peuvent toutefois sembler aller à l'encontre du droit à la non-discrimination à l'égard du groupe de référence. En vertu de la *Charte québécoise*, par exemple, il est tout autant interdit, en principe, de refuser d'embaucher une femme parce qu'elle est une femme que de refuser d'embaucher un homme parce qu'il est un homme¹¹⁶. Ayant une valeur constitutionnelle, le droit à l'égalité interdit également l'adoption de lois discriminatoires, alors que la *Charte québécoise* rend sans effet toute clause discriminatoire dans un contrat¹¹⁷. Ce sont là des règles secondaires de changement, puisqu'elles encadrent la possibilité d'adopter de nouvelles règles et d'abroger ou de modifier les anciennes.

Cela dit, les chartes prévoient expressément la possibilité d'adopter de nouvelles règles qui semblent *a priori* aller à l'encontre du principe de non-discrimination, si l'objectif consiste à redresser une situation de discrimination préexistante. L'article 15 de la *Charte canadienne* énonce ainsi, à son deuxième paragraphe, que le « paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques¹¹⁸ ». La *Charte québécoise* établit pour sa part, à l'article 86, ce qui suit : « Un programme d'accès à l'égalité a pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi, ainsi que dans les secteurs de l'éducation ou de la santé et dans tout autre service ordinairement offert au public. Un tel programme est

¹¹⁶ Voir par exemple : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Émond) c. Procureur général du Québec (Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, 2021 QCTDP 8.

¹¹⁷ Art. 13 *Charte québécoise*.

¹¹⁸ Voir notamment à ce sujet : *R. c. Kapp*, préc., note 97, par. 41 : « un programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15, si le gouvernement peut démontrer (1) que le programme a un objet améliorateur ou réparateur et (2) que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue ». Voir aussi : *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, par. 37-41.

réputé non discriminatoire s'il est établi conformément à la Charte. » Les programmes d'accès à l'égalité en emploi sont maintenant bien établis dans le secteur public et dans les entreprises de compétence fédérale¹¹⁹, alors que la *Loi sur l'équité salariale* énonce expressément, à son article premier, qu'elle a pour objet « de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe¹²⁰ ».

En toute rigueur, il convient cependant de rappeler que la volonté de remédier à certaines disparités statistiques entre les groupes ne constitue pas nécessairement une preuve ou une admission de l'existence de la discrimination systémique¹²¹. Néanmoins, un programme de redressement adopté de manière volontaire a pu donner l'occasion aux tribunaux d'intervenir pour contrôler sa mise en œuvre¹²². C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Gaz Métropolitain* où la discrimination a été largement constatée à l'occasion même de la mise en œuvre d'un programme d'accès à l'égalité dans l'emploi adopté volontairement par l'employeur¹²³. Le Tribunal des droits de la personne et la Cour d'appel ont jugé que certaines mesures de recrutement en vigueur dans l'entreprise, comme le test Bennett, n'étaient pas rationnellement liées à l'objectif du programme volontaire consistant à recruter davantage de femmes¹²⁴.

¹¹⁹ *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, RLRQ, c. A-2.01; *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

¹²⁰ *Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001, art. 1.

¹²¹ Ce serait du moins la position adoptée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ainsi que l'approche retenue en droit américain : M. GARON, préc., note 28, 230, note 82, citant *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267 (1986). C'est également l'orientation qui découle du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*, puisque celui-ci nécessite non pas la preuve que le groupe visé est victime de discrimination, mais bien qu'il est « défavorisé » : *supra*, note 118; COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI, préc., note 31, p. 16.

¹²² Voir par exemple : *Tanisma c. Montréal (Ville de)*, 2013 QCCS 2479, où la Cour supérieure a jugé illégale une politique de la Ville de Montréal qui va à l'encontre de son propre programme d'accès à l'égalité.

¹²³ *Gaz Métropolitain*, préc., note 23, par. 12.

¹²⁴ Voir notamment : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaudoin et autres) c. Gaz Métropolitain inc.*, préc., note 23, par. 185.

Une logique similaire a été adoptée par la Cour suprême dans l'affaire *Alliance*¹²⁵. Les juges majoritaires ont statué que la non-rétroactivité de certaines mesures de redressement dans la *Loi sur l'équité salariale* était discriminatoire et n'était pas justifiée au regard de l'objectif de faire respecter la loi elle-même. Autrement dit, même si le législateur n'était pas tenu d'adopter la *Loi sur l'équité salariale* ni de la maintenir en vigueur¹²⁶, la règle de non-rétroactivité, qui fait elle-même partie d'un régime mis en place dans le but de lutter contre la discrimination salariale systémique, a néanmoins été jugée contraire au droit à l'égalité parce qu'elle n'apparaît pas justifiée par cet objectif du législateur aux yeux de la Cour¹²⁷. Dans ce contexte, on pourrait dire que le concept de discrimination systémique ne renvoie pas à une règle particulière, ni même à l'ensemble des règles instaurées par le régime mis en place, mais à un autre type de standard, comme un principe ou un objectif politique de réduction des inégalités invoqué par le législateur pour justifier son action¹²⁸. Ce faisant, cet objectif constitue une forme d'admission et les tribunaux pourront se considérer comme justifiés d'intervenir pour encadrer la liberté d'action du législateur en fonction de cet objectif déclaré.

D) La discrimination systémique et les règles secondaires d'adjudication

On compte notamment parmi les règles d'adjudication celles qui se rapportent à la preuve de même que celles relatives aux remèdes et aux

¹²⁵ *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17 (ci-après « *Alliance* »). Voir aussi : *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, préc., note 118.

¹²⁶ *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, préc., note 125, par. 33 et 42. Voir aussi : *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39, par. 62-65.

¹²⁷ On trouve un raisonnement similaire dans l'affaire *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 22, en lien cette fois avec un programme de partage de poste adopté par l'employeur dans le but de faciliter la conciliation des obligations professionnelles et familiales, notamment à la faveur des femmes en retour d'un congé de maternité.

¹²⁸ Rejoignant ainsi les standards évoqués précédemment et théorisés par R. DWORKIN, préc., note 105.

sanctions. En ce qui concerne la preuve, la Cour suprême a statué dans l'affaire *R.D.S.* que les tribunaux pouvaient prendre connaissance d'office du « passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne¹²⁹ ». Néanmoins, faire la preuve de l'existence de la discrimination systémique dans un contexte donné et contemporain demeure complexe. Les statistiques de disparités entre les groupes ne suffisent pas. Il faut démontrer ce « cercle vicieux » ou cette « culture institutionnelle d'exclusion¹³⁰ » qui caractérise ce phénomène, ce qui est loin d'être une chose facile.

Concernant les remèdes et les sanctions, les lois sur les droits de la personne accordent généralement à la victime le droit d'obtenir la cessation de la discrimination illicite ainsi que la réparation du préjudice matériel et moral qui en découle, comme le prévoit l'article 49 de la *Charte québécoise*, lequel autorise aussi le versement de dommages-intérêts punitifs advenant une atteinte intentionnelle. Dans les quelques cas de discrimination systémique portés devant les tribunaux, une série d'ordonnances a ainsi été rendue pour faire cesser la discrimination. Les pratiques se traduisant par de la discrimination directe ou indirecte ont bien sûr été sanctionnées, que ce soit en ordonnant le versement de dommages-intérêts ou en invalidant une norme discriminatoire. Dans l'affaire *Gaz Métropolitain*¹³¹, le Tribunal des droits de la personne a par exemple ordonné de retirer, dans le cadre du processus d'embauche, les questions tirées du test Bennett, considéré comme discriminatoire à l'égard des femmes. Cependant, il n'était pas nécessaire de faire la preuve de la discrimination systémique pour obtenir une telle ordonnance, puisqu'un test à l'embauche jugé discriminatoire constitue une discrimination indirecte. L'avantage pour la partie demanderesse de faire la preuve difficile de la discrimination systémique se trouve dans la possibilité d'obtenir un autre type de remède, c'est-à-dire une réparation de type systémique, comme la Cour suprême l'a établi dans l'affaire *Action Travail des Femmes*¹³². C'est sans doute là que se trouve la

¹²⁹ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 46 (ci-après « R.D.S. »).

¹³⁰ Pour paraphraser l'expression retenue dans l'affaire *Gaz Métropolitain*, préc., note 23.

¹³¹ *Id.*

¹³² Préc., note 82. La Cour d'appel fédérale a également reconnu que l'article 24 de la *Charte canadienne* permet aux tribunaux de droit commun d'ordonner des

principale « valeur normative ajoutée » du concept juridique de discrimination systémique.

Au Québec, la compétence du Tribunal des droits de la personne en cette matière est tributaire de celle de la Commission, laquelle peut, selon l'article 80 de la *Charte québécoise*, « s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate ». Cette formulation assez large a amené la Commission et le Tribunal à imaginer différentes réparations systémiques, que ce soit sous forme d'ordonnance contraignante ou de simple recommandation, par exemple pour enjoindre les dirigeants d'une organisation à former ou informer son personnel au regard des enjeux de discrimination et des règles juridiques applicables en la matière, à se doter d'une politique antidiscriminatoire, à mettre sur pied un comité représentatif visant à lutter contre la discrimination ou à mettre en œuvre une politique ou un programme de même nature¹³³.

En outre, l'article 88 de la *Charte québécoise* énonce spécifiquement qu'un tribunal peut ordonner l'élaboration d'un programme d'accès à l'égalité supervisé par la Commission des droits de la personne. Ces programmes, qui s'appliquent surtout en matière d'emploi, mais peuvent aussi concerner les services publics comme ceux des secteurs de la santé et de l'éducation¹³⁴, reposent sur une méthodologie relativement complexe. Il ne s'agit pas simplement de fixer un quota d'embauche fondé sur la proportion du groupe cible dans la population générale. On effectuera plutôt une « analyse de disponibilité » pour établir une cible¹³⁵. Dans l'affaire

mesures de redressement de type systémique comme un programme d'équité en emploi lorsque le contexte s'y prête : *Perera c. Canada*, préc., note 88.

¹³³ Pour un aperçu des ordonnances de ce genre rendues par le Tribunal des droits de la personne en contexte d'emploi, voir : B. VIZKELETY, préc., note 110, aux p. 77-79. Pour une revue de la jurisprudence au Canada anglais et plus spécifiquement en Ontario, voir plutôt : M. CORNISH, F. FARADAY et J. BOROWY, préc., note 114, aux p. 226 et 227.

¹³⁴ Comme le prévoit expressément l'article 86 de la *Charte québécoise*.

¹³⁵ Voir notamment : Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique : fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, coll. « Études et documents de recherche sur les droits et libertés »,

Action Travail des Femmes, le tribunal de première instance s'était basé sur le taux de présence féminine dans la main-d'œuvre ouvrière au Canada. La Cour suprême mentionne quant à elle que ce type d'ordonnance a une vocation à la fois préventive et réparatrice.

Dans l'affaire *Moore*, la Cour suprême a toutefois statué que ce genre d'ordonnance devait être limité aux véritables cas de discrimination systémique au sens où elle a défini ce concept dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*. En présence d'une plainte individuelle en discrimination directe ou indirecte, ce type de réparation n'est pas justifié, selon la Cour, et ce, même si la preuve produite devant le tribunal met en cause certains éléments d'ordre systémique¹³⁶. Pour obtenir une réparation de type systémique, la réclamation doit être de nature collective et la discrimination systémique doit être alléguée et prouvée.

En matière pénale, il existe également plusieurs règles d'adjudication liées à l'objectif politique de lutter contre la discrimination systémique et la surreprésentation de certains groupes dans le système carcéral. Celles-ci se rapportent notamment au profilage racial¹³⁷, à la mise en liberté sous caution¹³⁸, à la sélection du jury¹³⁹ et aux critères de détermination de la peine¹⁴⁰. Cependant, il n'est pas forcément nécessaire

Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989. Voir aussi : *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*, RLRQ, c. C-12, r. 3.

¹³⁶ *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 90, par. 57 et suiv.

¹³⁷ Voir notamment : Louis BELLEAU, « Aperçu de la jurisprudence en matière de profilage racial dans le litige pénal », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en profilage racial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 249.

¹³⁸ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 493.2. Voir à ce sujet : *R. c. Zora*, 2020 CSC 14.

¹³⁹ Voir : *R. c. Chouhan*, 2021 CSC 26.

¹⁴⁰ *Code criminel*, préc., note 138, par. 718.2e); *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13. Voir aussi : *R. v. Morris*, 2021 ONCA 680, par. 13, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario refuse d'étendre aux délinquants noirs l'approche de l'arrêt *Gladue* qui se rapporte aux critères de détermination de la peine visant à remédier à la surreprésentation des autochtones dans le milieu carcéral, tout en spécifiant que « that jurisprudence can, in some respects, inform the approach to be taken when assessing the impact of anti-Black racism on sentencing ». La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse est allée encore plus loin dans cette direction : *R. v. Anderson*, 2021 NSCA 62, par. 118.

de produire une preuve de discrimination systémique pour faire appliquer ces règles, auquel cas le concept de discrimination systémique renvoie plutôt, comme c'était le cas pour la *Loi sur l'équité salariale*, au principe général de non-discrimination ou à un objectif politique de réduction des inégalités, lequel vise en quelque sorte à justifier les règles adoptées¹⁴¹.

En ce qui concerne plus spécifiquement le profilage racial, il est intéressant de noter qu'il constitue d'abord une discrimination directe dans la mesure où l'interpellation policière est directement fondée sur l'identité raciale de la personne interpellée. Il pourrait aussi s'agir d'une discrimination indirecte lorsqu'une pratique policière a des effets disproportionnés sur certains groupes. En droit criminel proprement dit, la preuve du profilage racial pourra donner lieu aux réparations habituelles en matière de violation des droits fondamentaux en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*, notamment l'exclusion d'un élément de preuve ou même l'acquiescement¹⁴². Cela dit, les tribunaux ont de plus en plus tendance à reconnaître que ces actes s'inscrivent dans un contexte de discrimination systémique. Dans le cadre de poursuites civiles, le Tribunal des droits de la personne du Québec a ainsi émis des ordonnances de type systémique consistant en l'obligation d'offrir une formation à l'ensemble des membres du corps de police mis en cause¹⁴³.

Une étude complète de la normativité du concept de discrimination systémique commanderait d'effectuer une recension de l'ensemble de ces règles et d'analyser dans le détail leur signification exacte et la manière dont elles sont opérationnalisées à travers les décisions de justice. Même si l'objectif du présent texte consistait simplement à exposer les différents types de règles qui se rattachent au concept de discrimination systémique en vue d'éclairer les débats politiques entourant la question du droit à

¹⁴¹ *Supra*, partie III, section C, note 128.

¹⁴² L. BELLEAU, préc., note 137.

¹⁴³ Voir : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (DeBellefeuille) c. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21. Dans cette affaire, le juge Brunelle s'appuie notamment sur le fait que la Ville a elle-même reconnu l'existence du profilage racial dans son plan d'action et s'est engagée à prendre des mesures pour le combattre (par. 206). Voir aussi la décision : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Nyembwe) c. Ville de Gatineau*, 2021 QCTDP 1, dans laquelle le Tribunal n'émet que des recommandations.

l'égalité, nous espérons néanmoins avoir mis la table à une analyse plus exhaustive de ces aspects dans l'avenir.

Conclusion

Comme le lecteur l'aura remarqué, nous avons tenté, dans les pages qui précèdent, d'analyser le concept juridique de discrimination systémique sans prendre position à l'égard du phénomène auquel il renvoie ou des normes légales qui s'y rapportent. Notre but premier étant de favoriser l'émergence d'un dialogue plus serein sur cette question entre les différentes factions qui s'opposent à son sujet, nous avons cru préférable de nous situer en amont des questions les plus litigieuses. À cet égard, il convient de revenir sur l'objectif énoncé en introduction en se demandant dans quelle mesure l'analyse que nous avons proposée permet d'éclairer le débat politique au sujet de la discrimination systémique. Nous aborderons successivement les leçons que pourraient en tirer les « conservateurs » et les « progressistes ».

La première constatation qui semble s'imposer est que la critique de la théorie de la discrimination systémique ne saurait se faire en bloc¹⁴⁴. Il incombe à ceux qui s'opposent au concept même de discrimination systémique de nous expliquer exactement ce qui ne fonctionne pas, selon eux, avec ce concept, en dehors de certaines de ses instrumentalisation militantes. Dès lors que le concept est bien compris, il devient difficile de prétendre que le phénomène qu'il décrit ne peut pas exister dans une société comme le Québec, d'autant qu'il dépend d'une preuve complexe et ne saurait par conséquent être rejeté du revers de la main. À l'inverse, si toutes les parties prenantes du débat acceptaient la validité descriptive du concept et la possibilité du phénomène auquel il renvoie, la discussion pourrait avoir lieu sur des bases plus solides, et même progresser. Le désaccord pourrait alors porter sur deux problématiques distinctes : la question normative du droit relatif à la discrimination d'un côté (quand celle-ci commande-t-elle l'intervention des tribunaux et jusqu'où faut-il aller pour remédier à la situation?) et la question factuelle de l'ampleur du phénomène de l'autre

¹⁴⁴

Comme le suggère M. BOCK-CÔTÉ, préc., note 8.

(quelle est la part contributrice réelle du phénomène dans certaines disparités observées?).

Sur le plan normatif, certains s'opposent au fait que toute norme ayant une incidence disproportionnée sur un groupe protégé soit automatiquement considérée comme discriminatoire, imposant ainsi l'obligation de la justifier. C'est là une position qui se rapporte essentiellement aux règles de preuve, mais qu'en est-il lorsqu'il est démontré qu'une norme entraîne un effet discriminatoire tout en n'étant liée à aucun objectif légitime identifiable? Faudrait-il, selon ces critiques, la conserver ou l'abolir? Certains s'opposent par ailleurs à toute forme de « discrimination positive » à titre de remède potentiel, mais si l'existence d'une culture institutionnelle de discrimination est effectivement démontrée dans un contexte donné, que ce soit au sein d'une organisation, d'une municipalité, d'une nation, faut-il laisser les choses comme elles sont, sans réagir? S'il faut agir pour contrer la discrimination systémique, comment doit-on s'y prendre? Voilà les questions auxquelles ceux qui critiquent l'état actuel du droit devraient s'attarder, au lieu d'en rester à des querelles de langage.

Quant à la question factuelle, elle est simple à formuler, mais néanmoins complexe à résoudre : comment quantifier rigoureusement le phénomène de la discrimination systémique au Québec et quelle est son étendue précise? Voilà le débat de fond que nous avons laissé de côté dans le cadre du présent texte, mais qui fait l'objet d'une littérature de plus en plus abondante. Face à la persistance de certaines disparités statistiques entre les groupes protégés par le droit à l'égalité¹⁴⁵, quelle est la réponse de

¹⁴⁵

Les statistiques disponibles sur cette question sont fort nombreuses et doivent être constamment mises à jour. Pour ne donner que les exemples les plus patents, on peut citer les chiffres relatifs aux écarts de salaire entre les hommes et les femmes (18,8 % en 1998 et 13,3 % en 2018) et au taux d'incarcération des autochtones (20 % de la population carcérale totale en 2008-2009 et 28 % en 2017-2018, alors qu'ils ne formaient qu'un peu plus de 4 % de la population canadienne). Nous ne référons ici qu'au constat empirique des disparités qui n'appellent que dans un deuxième temps seulement une explication sur leurs causes. Pour des exemples d'analyses de ces disparités et de leurs causes, que nous ne citons ici qu'à titre purement indicatif, voir : Rachelle PELLETIER, Martha PATTERSON et Melissa MOYSER, « L'écart salarial entre les sexes au Canada : 1998 à 2018 », *Statistique*

la droite québécoise? Tant que celle-ci refusera de s'engager véritablement dans ce débat, elle perdra *de facto* toute possibilité de l'influencer de manière durable. Cependant, si elle accepte de mener un débat de fond, alors elle ne peut pas simplement se contenter de dénoncer les affirmations les plus impressionnistes du camp adverse pour tenter de le discréditer. Elle doit nous expliquer les faiblesses méthodologiques des études en question et, surtout, proposer une théorie de substitution crédible pour expliquer ces écarts statistiques. Un débat fondé sur la raison commande de se ranger derrière la théorie la plus plausible pour rendre compte de ces disparités. Si les conservateurs n'en ont aucune à offrir, alors celle de la discrimination systémique aura toutes les chances d'être la seule à orienter l'action des décideurs.

En ce qui concerne maintenant les revendications associées à la gauche, le premier constat qui s'impose est que les concepts de « racisme » ou de « sexisme » systémique ne sont dotés d'aucune normativité autonome par rapport au concept juridique de *discrimination* systémique fondée sur la race ou le sexe. Le choix d'utiliser ces termes fortement connotés au lieu d'un terme plus neutre peut certes s'expliquer par des considérations rhétoriques, par exemple dans le but de frapper l'imaginaire et de donner plus de poids aux arguments, mais il nous semble que deux inconvénients notables peuvent tout de même découler de cette stratégie.

Le premier inconvénient se rapporte au fait que, pour l'instant, des mots comme « racisme » et « sexisme » semblent encore perçus comme des insultes par la majorité de la population en raison de la forte charge émotionnelle et historique qui les imprègne. Certains s'étonnent que ces termes puissent offusquer et susciter une forte réaction de rejet de la part de leurs adversaires idéologiques, mais cette réaction est proportionnelle à la lourde réprobation sociale qui accompagne les accusations de racisme ou de sexisme dans leur usage courant (usage qui implique généralement une croyance dans l'infériorité de certains groupes ou une volonté consciente de

Canada, 11 octobre 2019, p. 5 et 11, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/75-004-m/75-004-m2019004-fra.htm>>; Scott CLARK, *Surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale canadien : Causes et réponses*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2019, p. 11, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/cjs-oip/oip-cjs-fr.pdf>>.

discriminer)¹⁴⁶. Le refus de plusieurs de se voir accoler ces étiquettes, même dans un sens récemment redéfini, traduit paradoxalement le succès des luttes antiracistes et féministes passées. Bien entendu, le constat de cette résistance à l'emploi de certains termes ne constitue pas en soi une raison de leur préférer le terme plus neutre de discrimination. On peut toutefois se demander si ce choix stratégique n'a pas pour effet de cantonner le débat aux seules questions de vocabulaire, retardant ainsi sa transposition sur le plan des principes. À cet égard, le passage suivant du fameux rapport de la juge Abella, rédigé à l'occasion de la Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi, porte à réflexion :

Les propos qui sont tenus à l'égard de l'égalité donnent souvent lieu à des réactions très vives. On prend fréquemment position sans réfléchir suffisamment, quel que soit le point de vue, et malgré tout on s'entête dans ses opinions, si bien qu'il devient pratiquement impossible d'avoir une discussion constructive. À la longue, les paroles elles-mêmes l'emportent sur le débat et engendrent une espèce de résistance excluant le bon sens. Dans pareils cas, il peut être utile de modifier le vocabulaire de manière à rendre le débat plus raisonnable. Il faut opposer des principes et non des émotions¹⁴⁷.

Le deuxième inconvénient se rapporte au risque de banalisation de ces termes. Si, comme on l'a vu, la discrimination peut parfois être justifiée sur le plan juridique, le racisme et le sexisme ne sont jamais justifiables. En confondant les deux concepts avec les termes de racisme et de sexisme systémiques, n'est-on pas en train de brouiller le sens de certains messages? Si l'on doit voir le racisme dans la moindre disparité entre groupes¹⁴⁸ et si chacun doit confesser sa participation au racisme systémique, comme l'exigent certains militants¹⁴⁹, le concept de racisme ne risque-t-il pas peu à peu de se vider de sa charge affective et de perdre une partie de sa puissance de stigmatisation? Ces questions, que nous formulons en guise d'ouverture,

¹⁴⁶ Sur le fait que l'accusation de racisme, systémique ou non, est perçue comme une insulte dans la population générale, voir : Samuel R. BAGENSTOS, « Implicit Bias's Failure », (2018) 39-1 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 37, 50 et 51.

¹⁴⁷ COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI, préc., note 31, p. 7.

¹⁴⁸ Comme le plaide I. X. KENDI, préc., note 46.

¹⁴⁹ C'est l'essentiel du projet de R. DIANGELO, préc., note 13.

s'appuient certes sur des hypothèses spéculatives, mais compte tenu de la gravité du sujet, il nous semble qu'elles méritent une réflexion sérieuse.