

Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel

Colleen Sheppard



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4161>

DOI : [10.4000/revdh.4161](https://doi.org/10.4000/revdh.4161)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Colleen Sheppard, « Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 22 juin 2018, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4161> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.4161>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel

Colleen Sheppard

- 1 Chargée de plusieurs définitions, la notion de « discrimination systémique » recouvre plusieurs réalités qui se superposent. En tant que concept basé sur le groupe, la discrimination implique la construction sociale de la différence, de la diversité et de l'identité. Elle est profondément liée aux contextes sociaux, aux réalités sociétales et aux plus larges problèmes macro-structurels d'inégalités mondiales. Alors que tous les cas de discrimination, y compris des situations de discrimination individuelle bien distinctes, comportent des dimensions systémiques, le concept de « discrimination systémique » est apparu comme une notion juridique distincte. Dans cet article, je me concentre sur les aspects institutionnels de la discrimination systémique. J'explore la manière dont la discrimination systémique se manifeste dans les organisations de notre quotidien comme les établissements d'enseignement (écoles, universités) et nos lieux de travail. Comme point de départ à notre réflexion à travers un prisme systémique, voici ce qu'écrit Peter Senge :

« La pensée systémique est une discipline qui permet de concevoir des phénomènes dans leur intégralité. C'est un cadre qui permet de voir les interrelations plutôt que les éléments individuels, qui permet d'observer des processus de changement plutôt que des instantanés « statiques ». [...] Et la pensée systémique est une sensibilité pour l'interconnexion subtile qui donne aux systèmes vivants leur caractère unique »²

- 2 Faire le lien entre cette sensibilité pour les schémas d'exclusion et le concept juridique de discrimination est un défi significatif et important³. Il est particulièrement difficile d'essayer d'appliquer la « pensée systémique » au droit pour au moins deux raisons. D'une part, le droit s'est par convention concentré sur des différends individuels et distincts. D'autre part, il a tenu l'équité et la neutralité du *statu quo* institutionnel pour acquises. Historiquement, le droit n'a pas adopté une approche systémique.

Définition de la discrimination systémique par le prisme organisationnel

- 3 Pour commencer notre examen, il est utile d'examiner ce que les cours et les tribunaux ont qualifié de « discrimination systémique ». Nous nous penchons ici sur l'expérience canadienne. Au milieu des années 1980, la Cour suprême du Canada a expressément reconnu et défini la « discrimination systémique » dans une décision importante sur la discrimination fondée sur le sexe au sein de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada :

« [L]a 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 » [...]. Pour combattre la discrimination systémique, il est essentiel de créer un climat dans lequel tant les pratiques que les attitudes négatives peuvent être contestées et découragées »⁴

- 4 Comme la Cour l'a noté, la discrimination systémique peut résulter de politiques et de pratiques apparemment neutres et/ou de politiques et de pratiques expressément conçues pour exclure. Sa reproduction au fil du temps résulte de l'interaction entre l'exclusion, les attitudes et les croyances discriminatoires.
- 5 Le caractère dynamique et cumulatif de la discrimination systémique a été reconnu de façon éloquente dans la décision du Tribunal des droits de la personne du Québec *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire régionale Chauveau*. Cette décision traite des inégalités en matière d'éducation auxquelles sont confrontés les enfants en situation de handicap.

« [L]a discrimination peut aussi résulter d'un ensemble de facteurs complexes et de pratiques institutionnalisées qui interagissent de manière à produire un effet global d'exclusion sur les membres de groupes protégés. [...] [L]a discrimination dont il s'agit alors est dite « systémique » en ce sens qu'elle renvoie à une situation *cumulative et dynamique* d'interdépendance entre différentes variables [...] »⁵

- 6 Les dimensions historiques et sociétales plus larges de la discrimination systémique ont été reconnues par la Cour d'appel fédérale du Canada dans une affaire impliquant l'équité salariale au sein du gouvernement fédéral. La Cour décrit alors la discrimination systémique comme « un phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales. Elle ne peut être isolée sous la forme d'un seul acte ou d'une déclaration unique. Par sa nature même, elle s'étend sur une certaine période »⁶. On peut ainsi, par conséquent, énumérer certaines caractéristiques clés de la discrimination systémique.

La discrimination systémique dans les organisations

- Politiques, règles et pratiques institutionnelles
 - Discrimination directe et indirecte
 - Préjugés conscients et inconscients
 - Effets cumulatifs des politiques discriminatoires
 - Discrimination dynamique et relationnelle
 - Cultures et sous-cultures organisationnelles
 - Réalités extra-institutionnelles
- 7 Comme indiqué ci-dessus, la discrimination systémique découle de règles, de politiques et de pratiques organisationnelles qui excluent ou désavantagent les individus de façon

disproportionnée selon leur appartenance à un groupe. Il est important de souligner que tant la discrimination directe que la discrimination indirecte peuvent être impliquées. Les effets discriminatoires peuvent résulter de règles, de politiques ou de pratiques apparemment neutres. La discrimination peut aussi être liée à des préjugés et à des stéréotypes manifestes qui entraînent une exclusion ou un traitement défavorable. Des recherches récentes sur les préjugés inconscients mettent en lumière les manières dont une exclusion directe ou un traitement désavantageux peuvent survenir alors même que les individus ne pensent pas discriminer⁷. La discrimination directe peut en fait être consciente et intentionnelle ou bien involontaire et enracinée dans des préjugés inconscients. Quoi qu'il en soit, l'impact sur les personnes exclues ou soumises à un traitement différencié désavantageux reste le même. En outre, les préjugés conscients et inconscients sont profondément systémiques : ils sont enracinés dans des normes sociétales, des stéréotypes, l'éducation et la culture.

- 8 Une autre dimension importante de la discrimination systémique est son caractère cumulatif. La discrimination engendre d'autres désavantages et encore plus d'exclusion. Si une personne se voit refuser une opportunité ou un avantage important, ce déni crée les conditions d'une exclusion accrue, et contribue à justifier l'approfondissement des différences de privilèges et de pouvoir. La discrimination systémique a ce que nous pourrions appeler un effet « boule de neige » qui prend de plus en plus d'ampleur à mesure qu'elle s'appuie sur les discriminations passées. Par ailleurs, la discrimination actuelle est légitimée par les effets continus de la discrimination passée⁸.
- 9 Enfin, il est important de noter que les effets d'exclusion ou les impacts discriminatoires des politiques ou des pratiques organisationnelles peuvent être dus à des réalités extraorganisationnelles. Par exemple, de longues journées de travail peuvent être incompatibles avec des responsabilités familiales, entraînant une exclusion disproportionnée de femmes, lesquelles ont traditionnellement assumé une plus grande part du travail familial. Le faible nombre de candidats issus de groupes sous-représentés peut être lié à leur sous-représentation dans les études ou dans les programmes de formation professionnelle qui sont requis des candidats. Ou encore, le caractère inaccessible des transports publics pour les personnes porteuses d'un handicap peut créer des obstacles à l'accès aux lieux de travail ou aux établissements d'enseignement. Ces liens intersectoriels peuvent limiter ce qu'une organisation peut faire dans certains cas, mais ils ne devraient pas permettre à une organisation d'ignorer les réalités contextuelles qui existent au-delà de l'organisation⁹. Ainsi, il est essentiel que les organisations aient l'ambition et la volonté de réviser leurs politiques et leurs pratiques de façon à tenir compte des contraintes ou des réalités extraorganisationnelles dans le cadre de leur obligation de lutter contre les inégalités et la discrimination.
- 10 Compte tenu des complexités de la discrimination systémique, on peut se poser la question de la capacité du droit à vraiment éliminer, réparer et prévenir la discrimination organisationnelle systémique. Dans ce court article, j'étudie trois manières par lesquelles le droit cherche à réglementer la discrimination systémique dans les institutions de la vie quotidienne. La première approche est le modèle traditionnel rétroactif du litige fondé sur les plaintes (1^o). La deuxième est une régulation proactive, destinée à générer des initiatives de réparation institutionnelle et à prévenir la discrimination (2^o)¹⁰. La troisième approche a recours au droit informel

des organisations, en tant que vecteur d'égalité et de changement institutionnel (3°). Ces trois approches sont souvent utilisées simultanément et il ne s'agit pas d'en choisir une à l'exclusion des autres. Bien que ces modèles juridiques se chevauchent et qu'ils soient interreliés, il est toujours utile de les distinguer et d'examiner leurs forces et leurs faiblesses.

- 11 Après avoir examiné la manière dont chacun de ces modèles juridiques aborde la discrimination systémique dans les organisations, j'arrive à la conclusion générale que les trois modèles comportent des limites significatives. Le droit antidiscriminatoire résiste à la discrimination systémique. Le litige rétroactif tend à s'attaquer à des cas individuels et distincts de discrimination plutôt qu'à des problèmes systémiques et structurels. Les organisations tenues de s'acquitter d'obligations légales et de rendre des comptes en vertu de modèles réglementaires proactifs trouvent des moyens de résister aux lois sur l'équité et d'en limiter les effets. Quant aux normes informelles internes au sein des organisations, elles restent profondément attachées au *statu quo*, l'exclusion et la discrimination étant enfouies dans l'invisibilité et les préjugés conscients et inconscients. Il est en conséquence difficile d'utiliser les normes juridiques pour transformer les organisations et le *statu quo* institutionnel est complexe à contester ou à supplanter. En dépit de ces difficultés, il est capital de travailler en vue d'un changement institutionnel en utilisant les trois stratégies juridiques identifiées. Comprendre les manières dont le droit résiste à la discrimination systémique permettra d'éviter certains des pièges les plus visibles. Cela pourrait aussi permettre des progrès en matière d'égalité et d'inclusion.

1°/

- Le modèle rétroactif du litige basé sur les plaintes

A/ - Les plaintes individuelles

- 12 La vaste majorité des plaintes de discrimination sont des plaintes individuelles. Dans certains cas, ces revendications individuelles ont un impact systémique majeur sur des institutions, en particulier si elles sont utilisées pour contester des politiques ou des pratiques clés. Par exemple, dans le domaine constitutionnel, des litiges contestant les restrictions faites au mariage entre conjoints de même sexe ont été portés devant les tribunaux à titre de cas pilotes¹¹. Leur succès a entraîné des changements fondamentaux pour l'institution juridique du mariage. Dans le contexte des droits de la personne, les plaintes déposées contre la Commission de transport de Toronto par David Lepofsky, pour avoir omis d'annoncer les prochains arrêts de métro et d'autobus pour aider les passagers aveugles et à d'autres personnes, illustrent comment une plainte individuelle peut entraîner un changement systémique important dans une politique¹². Par conséquent, certaines réparations dans des cas individuels peuvent avoir un impact systémique plus large, ce qui atteste de l'importance d'avoir recours au droit de cette manière¹³. Cependant, l'impact systémique des cas individuels tend à être exceptionnel. Comme indiqué ci-dessous, la plupart des cas individuels ne remettent pas en cause les inégalités systémiques ou structurelles sous-jacentes, et ce pour plusieurs raisons.
- 13 Pour commencer, il existe un problème structurel propre au modèle rétroactif des plaintes. L'on présuppose qu'en l'absence de plainte, le *statu quo* institutionnel est juste

et équitable. La discrimination est perçue comme étant une aberration ; elle est vue comme exceptionnelle et pouvant être gérée et réparée par des plaintes individuelles rétroactives. Deuxièmement, il y a un préjugé assimilationniste intégré dans de nombreuses plaintes individuelles de discrimination. En réclamant un traitement non discriminatoire, les individus cherchent souvent le droit d'être traités de la même façon que des groupes dominants au sein de la société. Ils revendiquent le droit à l'égalité en insistant sur leur similitude, plutôt que d'être inclus malgré leurs différences. Le *statu quo* institutionnel n'est pas remis en question ; dans certains cas, l'accommodement individuel est également demandé pour permettre à un individu de s'adapter plus facilement. Cependant, la transformation institutionnelle ne fait la plupart du temps pas partie des objectifs du litige¹⁴.

- 14 Une autre faiblesse du modèle de plaintes individuelles concerne l'accès à la justice. Déposer des plaintes individuelles est un processus difficile qui coûte cher. L'infrastructure publique des commissions des droits de la personne au Canada a été conçue pour faciliter l'accès à la justice face à la discrimination ; cependant, dans quelques juridictions, certaines commissions ont fermé leurs portes et les délais de traitement restent longs¹⁵. Par ailleurs, bon nombre des communautés les plus vulnérables, confrontées à des problèmes de discrimination systémique de longue date, ne déposent toujours pas de plainte relative aux droits de la personne et n'entreprennent pas d'action judiciaire. Les délais inhérents aux procédures judiciaires sont également très problématiques. Par exemple, l'affaire de discrimination *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*¹⁶, impliquant un jeune enfant dyslexique à qui l'on a refusé l'accès à une assistance éducative pour pallier ses difficultés dans une école primaire publique, a duré 15 ans. Bien que le litige ait commencé lorsque l'enfant était à l'école primaire, celui-ci a été diplômé du secondaire avant la fin du litige. Dans l'intervalle, les parents n'ont eu d'autre choix que d'envoyer leur enfant à une école privée, une option inenvisageable pour de nombreuses familles¹⁷.
- 15 Les difficultés liées à la preuve de la discrimination constituent un autre problème auquel se heurtent les plaignants individuels, en particulier lorsqu'ils cherchent à dénoncer des situations de discrimination systémique. Par exemple, dans les affaires impliquant un traitement différencié défavorable basé sur des préjugés inconscients, ce qui est souvent le cas dans les affaires de profilage racial, les juges sont parfois réticents à conclure que le traitement différencié est lié à une discrimination de groupe sur la base d'éléments de preuves circonstanciels. Des preuves de préjugés systémiques dans la société en général ou dans des secteurs particuliers de la société sont la plupart du temps insuffisantes : il faut disposer de preuves spécifiques concernant le préjugé racial par rapport à l'incident en question. Par exemple, dans *Bombardier*, un pilote canadien musulman né au Pakistan a prétendu avoir été victime de discrimination fondée sur son origine ethnique lorsqu'il s'est vu refuser l'accès à un programme de formation de pilotage au Canada sur la base du refus des autorités américaines de lui donner l'approbation de sécurité exigée par les États-Unis. Il n'existe pas d'exigence similaire d'approbation de sécurité au Canada. Une preuve d'expert sur la présence de profilage racial par les autorités américaines dans de nombreux programmes gouvernementaux américains n'a pas suffi. En rejetant la plainte de discrimination raciale, la Cour suprême du Canada a déclaré :

« En l'espèce, la preuve d'expert en question n'était pas suffisamment reliée aux faits mis en cause pour établir l'existence d'un lien entre la décision des autorités

américaines sur laquelle Bombardier s'est appuyée et l'origine ethnique ou nationale de M. Latif »¹⁸

- 16 Cependant, dans une autre affaire, *Nassiah c. La commission des services de la municipalité régionale de Peel*¹⁹, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario s'est appuyé sur des données de profilage racial d'un service de police voisin pour évaluer si du profilage racial s'était produit, en soulignant le caractère multiethnique similaire des deux régions. Le Tribunal prend soin d'indiquer que les preuves de science sociale de profilage racial de l'autre région « ne répondent pas à la question de savoir si [le plaignant] [...] a été discriminé dans ce cas particulier ». Néanmoins, il explique que « ces éléments de preuve sont utiles pour identifier des facteurs ou des éléments indicateurs de profilage ou de discrimination raciale qui pourraient, s'ils étaient pris isolément et sans conscience du phénomène du profilage racial, sembler neutres »²⁰.
- 17 Dans les affaires impliquant de la discrimination indirecte, il est aussi souvent difficile de relier des preuves du contexte social général au traitement de certains individus, ou à des impacts bien identifiés de politiques spécifiques. Par exemple, dans *Première nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*²¹, l'affaire portait sur la question de savoir si l'exigence du diplôme d'études secondaires pour les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la Première nation de Kahkewistahaw constituait une distinction discriminatoire à l'encontre des membres les plus âgés de la collectivité vivant sur la réserve. La Cour suprême du Canada a rejeté la plainte parce que les données statistiques sur l'éducation des Autochtones étaient fondées sur des données pancanadiennes plutôt que sur des données spécifiques à la Première nation de Kahkewistahaw²². Il a été noté, cependant, dans un autre cas, que les plaignants n'ont pas toujours accès à la preuve statistique nécessaire pour étayer leurs revendications. À cet égard, « [c]réer une exigence absolue de preuve statistique dans tous les cas alléguant de la discrimination systémique mettraient les plaignants à la merci des choix de tenue de registres des intimés »²³. Il est important que les décideurs et les juges soient attentifs aux complexités contextuelles de la preuve de la discrimination et à la possibilité de tirer des conclusions de discrimination *prima facie*, lesquelles sont encore susceptibles d'être réfutées par ceux qui ont un plus grand accès aux données statistiques et à d'autres données institutionnelles²⁴.
- 18 Enfin, les réparations dans les cas individuels sont souvent limitées à la situation individuelle et ne visent pas à réparer le contexte systémique plus large de discrimination. Comme indiqué ci-dessus, il arrive dans certaines affaires qu'une réparation individuelle ait un impact systémique plus large lorsqu'une politique ou une loi spécifique influant sur de nombreux individus est annulée ou modifiée. Cependant, dans de nombreux cas, la réparation apporte une solution individuelle et ne requiert aucun changement systémique significatif. L'affaire *Moore* dont il a été question ci-dessus illustre un cas individuel où la Cour suprême du Canada a rejeté les réparations systémiques ordonnées par le Tribunal des droits de la personne²⁵. Considérant les réparations systémiques trop éloignées de la portée de la plainte, la Cour a limité les réparations à une déclaration selon laquelle il y avait eu discrimination et au remboursement à la famille Moore des sommes dépensées pour les frais de scolarité dans l'école privée, ce qui est sans conteste un résultat très individualisé²⁶.
- 19 La décision *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Centre maraîcher Eugène Guinois JR inc.*²⁷ illustre également les limites des réparations en matière de discrimination. L'affaire est un cas clair de discrimination raciale. Elle

impliquait des installations de travail séparées par groupes ethniques et des équipements de qualité inférieure pour les travailleurs d'origine étrangère dans une exploitation agricole. Quatre Canadiens d'origine haïtienne ont déposé une plainte en matière de droits de la personne alléguant de la discrimination raciale. Faisant publiquement état de son effroi face à l'affreuse situation de discrimination et de harcèlement, le Tribunal des droits de la personne du Québec déclare au début de sa décision : « [l]es événements que vous allez lire se sont déroulés ici, au Québec, durant les années 2000 et 2001 »²⁸. Le Tribunal s'est prononcé en faveur des plaignants et a conclu à l'existence d'une situation de discrimination et de harcèlement fondée sur la race, la couleur et l'origine ethnique. Il ordonne à l'employeur de cesser immédiatement ses pratiques discriminatoires, d'émettre des directives précises à l'endroit des responsables du personnel interdisant la discrimination, et de collaborer avec la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec pour développer une politique de non-discrimination et de lutte contre le harcèlement en milieu de travail. Il accorde également des dommages moraux, des dommages punitifs et des dommages matériels à chacun des quatre plaignants d'une somme d'environ 15 000 \$ par personne²⁹. Les plaignants ont eu gain de cause et ont reçu des réparations, y compris des dommages-intérêts, dans le cadre des paramètres traditionnels du système de plaintes relatives aux droits de la personne. Cependant, comme l'a souligné Adelle Blackett, le Tribunal a adopté une approche étroite des questions d'égalité dans l'affaire en se concentrant sur « l'inégalité des conditions, sans considérer que l'inégalité de l'emploi elle-même est un indicateur de racisme »³⁰. Elle note en outre que les dommages matériels accordés pour perte de salaire sont nettement inférieurs au salaire minimum, ce qui reflète le fait que les travailleurs agricoles sont insuffisamment protégés par les régimes modernes de droit du travail. Pourtant, les salaires très bas (par exemple 29 \$ par jour) pour les travailleurs agricoles saisonniers ne sont pas contestés dans la plainte ; la ségrégation professionnelle basée sur l'origine ethnique ne l'est pas non plus³¹. Blackett critique ainsi à la fois la trop faible compensation financière octroyée et l'absence de réparation systémique³².

- 20 Un dernier exemple est l'affaire *Lepofsky* impliquant la Commission de transport de Toronto (connue sous son acronyme anglais TTC). Pour garantir la mise en place de l'accommodement à la suite de la conclusion préliminaire de discrimination, le juge du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a nommé un observateur indépendant³³.

« Dans cette affaire, des réparations systémiques sont nécessaires pour remédier au fait que la TTC n'a pas mis en place d'accommodements fiables pendant plus de 10 ans, en dépit de nombreuses plaintes et de documents internes indiquant que l'accommodement n'était pas mis en place de manière appropriée »³⁴

- 21 L'affaire *Lepofsky* a révélé une histoire beaucoup plus profonde impliquant des années de non-accommodement et de retard institutionnel dans la mise en conformité avec des lois sur les droits de la personne. À bien des égards, cette décision illustre la manière dont les cas individuels s'inscrivent souvent dans des contextes d'inégalité systémique beaucoup plus larges et dont les réparations systémiques sont souvent nécessaires pour changer ces contextes.

B/ - Les litiges impliquant plusieurs plaignants et les recours collectifs

- 22 Les litiges complexes, impliquant plusieurs plaignants ou des recours collectifs, soulèvent souvent des problèmes systémiques. Dans le contexte juridictionnel des droits de la personne, plusieurs plaintes peuvent être réunies en une seule affaire ou bien un syndicat, la société civile ou une association locale peuvent déposer une plainte au nom de plusieurs individus. Dans certaines juridictions, des commissions des droits de la personne ou des organismes gouvernementaux peuvent également déposer des plaintes de discrimination dans divers contextes³⁵. Des affaires civiles, impliquant des plaintes de nature constitutionnelle, peuvent être intentées sous forme de recours collectifs, ou bien l'intérêt pour agir peut être reconnu à la société civile ou à des organisations communautaires. De même, des recours collectifs peuvent être certifiés dans des cas d'allégations de violence physique ou sexuelle généralisée, de violation des obligations fiduciaires, de harcèlement sexuel et de négligence systémique.
- 23 L'un des cas les plus connus de violation systémique des droits de la personne est l'affaire *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*³⁶, également connue sous le nom d'Action travail des femmes. Une plainte de discrimination systémique fondée sur le sexe a été déposée par l'organisation communautaire pour l'emploi des femmes, Action travail des femmes, sous forme d'un recours collectif³⁷. Dans cette affaire, comme indiqué plus haut, la Cour suprême du Canada a reconnu le concept de discrimination systémique. Elle a également approuvé les programmes d'équité en matière d'emploi (y compris les quotas d'embauche temporaire) en tant que mécanisme pour prévenir les discriminations futures.
- « Un programme d'équité en matière d'emploi [...] est conçu pour rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique. L'objectif n'est pas d'indemniser les victimes du passé ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vus refuser inéquitablement un emploi ou une promotion, quoique certains de ces individus puissent profiter d'un régime d'équité en matière d'emploi. Plutôt, le programme d'équité en matière d'emploi tente de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses qui ont arrêté leurs prédécesseurs »³⁸
- 24 Par conséquent, l'affaire *Action travail des femmes* revêt une importance cruciale à la fois pour la définition de la discrimination systémique et pour l'approbation de réparations proactives basées sur des groupes.
- 25 Une affaire beaucoup plus récente de discrimination systémique complexe est celle de la *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*³⁹. En 2007, la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et l'Assemblée des Premières Nations ont déposé une plainte en matière de droits de la personne au nom des enfants autochtones vivant dans des réserves et au Yukon, alléguant un sous-financement discriminatoire des services de protection de l'enfance. L'audience a comporté une série de requêtes préliminaires, de décisions provisoires et d'appels, puis 72 jours d'audience sur près de deux ans une fois la plainte entendue⁴⁰. Le Tribunal canadien des droits de la personne a rendu sa décision en 2016, environ neuf ans après le dépôt de la plainte initiale, et a conclu que le gouvernement fédéral avait discriminé les enfants autochtones vivant dans les réserves et au Yukon sur la base de

leur race. Compte tenu de la complexité de l'affaire, le Tribunal a demandé des arguments supplémentaires concernant les réparations⁴¹.

- 26 Une tendance intéressante dans les litiges civils consiste dans l'utilisation de recours collectifs pour contester des formes systémiques de discrimination, de harcèlement, d'abus et de préjudices contre des groupes. Récemment, les tribunaux ontariens ont certifié un recours collectif important intenté au nom d'enfants autochtones adoptés par des familles non autochtones dans les années 1960, appelé « la rafle des années soixante »⁴². Bien qu'elle ne soit pas formulée en termes de non-discrimination, la plainte allègue une perte de culture et d'identité, une revendication intégrante au droit à l'égalité des peuples autochtones.
- 27 Dans le domaine spécifique de la discrimination et du harcèlement fondés sur le sexe, les poursuites sous forme de recours collectif sont apparues comme une alternative importante aux plaintes en droits de la personne. Un exemple important est le recours collectif contre le gouvernement canadien du fait d'une discrimination fondée sur le genre, de harcèlement et d'intimidation ainsi qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la Gendarmerie royale du Canada (GRC). La décision certifiant le recours collectif indique que « [l]es plaignantes allèguent que la GRC et sa direction ont manqué à leurs obligations légales et à leurs devoirs issus de la common law et du droit contractuel de leur fournir un environnement de travail exempt de discrimination, de harcèlement et d'intimidation »⁴³. Comme dans beaucoup de recours collectifs, les parties ont négocié un règlement⁴⁴.
- 28 Ces initiatives de litige impliquant plusieurs plaignants et des certifications d'action collective constituent une occasion importante d'utiliser des revendications juridiques pour contester de grandes tendances d'iniquité systémique. Ces litiges, d'une importance cruciale, sont fondés sur un travail relatif à la preuve fort créatif et consciencieux par des avocats et des organisations de la société civile. Ils témoignent de vastes problèmes institutionnalisés d'iniquité systémique. Cependant, malgré leur importance en tant que stratégie juridique pour contester les inégalités systémiques, ces cas sont très complexes, longs et coûteux. Vu les défis qu'ils présentent, l'on compte relativement peu de tels cas dans le paysage légal. Les problèmes de preuve sont importants. Toutefois, les conséquences des réparations d'une décision positive dans de telles situations peuvent être grandes. Il y a un risque, néanmoins, que les réparations ne soient pas mises en œuvre de manière effective, même à l'issue d'un jugement⁴⁵.

2°/ - La réglementation proactive : une nouvelle dynamique

- 29 La reconnaissance juridique de la discrimination systémique dans les années 1980 a questionné le caractère approprié du modèle rétroactif basé sur des plaintes pour s'attaquer aux problèmes institutionnalisés de discrimination. Comme l'a écrit la juge Rosalie Abella dans son important *Rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi* de 1984 :

« La discrimination systémique rend nécessaire l'adoption de mesures systémiques. Plutôt que de voir en la discrimination une seule victime et un seul coupable, l'explication systémique reconnaît *grosso modo* que ce sont les systèmes et les pratiques que nous avons adoptées, parfois à notre insu, qui préjudicient à certains groupes de la société »⁴⁶

- 30 Ainsi ont émergé des techniques réglementaires législatives visant, de manière proactive, à identifier la discrimination, à la prévenir et à lutter contre elle sans compter sur des plaintes rétroactives. De telles techniques de réglementation imposent des devoirs et des obligations juridiques aux acteurs publics et privés pour identifier spécifiquement les obstacles à l'inclusion et pour développer des initiatives proactives spécifiques pour lutter contre les inégalités et la sous-représentation. De telles stratégies réglementaires sont qualifiées de « réflexives »⁴⁷ ou de « responsives »⁴⁸, car elles « tentent d'adapter les mécanismes de régulation à des contextes donnés, en particulier en cherchant à insérer des dispositifs juridiques formels dans des pratiques autorégulatrices de la part des acteurs de la société »⁴⁹. Elles résonnent également avec des notions de droit facilitateur décrit par des chercheurs sur le pluralisme juridique comme un droit « qui ne fonctionne pas en imposant des obligations, mais en [...] conférant des pouvoirs juridiques » aux acteurs non étatiques⁵⁰.
- 31 Au Canada, l'on trouve des exemples de ce type de réglementation dans la législation sur l'équité en matière d'emploi et dans le Programme de contrats fédéraux, développés dans le sillage du *Rapport de la Commission royale* de la juge Abella, dans lequel elle a conclu que « [l']action positive et l'équité en matière d'emploi préconisent l'adoption de mesures systémiques et systématiques pour faire contrepoids à la discrimination systémique »⁵¹. La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* (fédérale) clarifie son objectif, en déclarant qu'elle a pour objet de :
- « [...] corriger les désavantages subis, dans le domaine de l'emploi, par les femmes, les autochtones, les personnes handicapées et les personnes qui font partie des minorités visibles, conformément au principe selon lequel l'équité en matière d'emploi requiert, outre un traitement identique des personnes, des mesures spéciales et des aménagements adaptés aux différences »⁵²
- 32 L'équité salariale prévue par la législation est une autre illustration importante d'un changement de stratégie réglementaire, laquelle s'éloigne du modèle rétroactif basé sur les plaintes pour tendre vers une approche systémique proactive⁵³. Plus récemment, des mesures législatives proactives ont été adoptées en Ontario pour garantir, au sein des établissements d'enseignement, l'accessibilité pour les personnes porteuses d'un handicap et pour lutter contre la violence sexuelle⁵⁴. Les mesures dans ces deux domaines imposent des obligations proactives aux institutions pour identifier les inégalités et les combattre.
- 33 Ainsi, il y a eu d'importantes initiatives législatives imposant des obligations proactives aux institutions pour identifier les inégalités systémiques et pour lutter contre elles. Ces réformes sont importantes et constituent une avancée positive vers une application plus efficace des lois antidiscriminatoires. D'abord, elles inscrivent l'équité dans les priorités institutionnelles. Elles allègent le fardeau des individus en ce qui a trait au dépôt des plaintes et des poursuites et obligent plutôt les organisations publiques et privées à examiner en leur sein les obstacles systémiques et les tendances en matière d'exclusion et de sous-représentation. Les initiatives réglementaires proactives ont un impact : elles ont déjà corrigé certains problèmes de discrimination systémique⁵⁵. Cependant, les progrès sont inégaux et une sous-représentation importante et des obstacles institutionnels à l'inclusion persistent⁵⁶.
- 34 Nombreuses sont les difficultés rencontrées lorsque l'on cherche à assurer l'égalité par le biais d'une réglementation réfléchie. Pour commencer, il est important de noter qu'elles ne s'appliquent qu'aux grands lieux de travail ou aux institutions. Une autre

critique récurrente est l'insuffisance de la surveillance et le manque de transparence institutionnelle en matière de conformité⁵⁷. Les initiatives législatives imposent des obligations juridiques aux acteurs institutionnels, mais l'efficacité de la conformité institutionnelle n'est pas toujours surveillée soigneusement. Dans la plupart des régimes de réglementation, les institutions doivent soumettre des rapports documentant leur conformité avec des initiatives en matière d'équité. Cependant, il existe souvent un arriéré important dans la surveillance gouvernementale et une réticence à imposer des pénalités notables pour le manque de conformité⁵⁸. La nécessité d'une surveillance publique robuste et diligente des régimes de réglementation réfléchie est pourtant largement reconnue comme étant essentielle à leur efficacité⁵⁹.

- 35 Un deuxième problème est la place grandissante que prennent les technocrates et les gestionnaires dans le droit à l'égalité dans les organisations⁶⁰. En particulier, dans les lieux de travail non syndiqués, les rapports et les analyses de conformité sont effectués par des spécialistes des ressources humaines sans contribution significative des employés. Dans le contexte de l'équité salariale, par exemple, les ressources humaines assument la responsabilité de déterminer des salaires égaux pour des tâches de valeur égale, grâce à des schémas complexes décrivant les tâches, les conditions de travail et les compensations. Ce qui était auparavant une lutte politique pour la justice salariale devient un domaine hautement technique et spécialisé de la gestion du personnel⁶¹. Comme l'ont souligné Simon Deakin, Colm McLaughlin et Dominic Heesang, « la métamorphose du programme des droits civils, orienté sur le droit, en pratique de gestion de la diversité a entraîné de nouveaux dilemmes »⁶². Ils observent que la « déradicalisation du droit a aussi été la condition préalable à son institutionnalisation réussie au niveau de l'entreprise : « au fur et à mesure que les règles légales sont reformulées en termes managériaux, elles peuvent être affaiblies, mais elles sont néanmoins plus facilement incorporées aux routines organisationnelles »⁶³. En effet, le récent livre de Tristin Green intitulé *Discrimination Laundering : The Rise of Organizational Innocence and the Crisis of Equal Opportunity Law*, ou « Le blanchiment de la discrimination : la croissance de l'innocence organisationnelle et la crise du droit l'égalité des chances », critique la mutation vers la « gestion de la diversité » au sein des lieux de travail. En particulier, il dénonce la tendance à se concentrer sur les actes individuels des employés (surveillés par le biais de systèmes de plaintes individuelles pour identifier et réprimander les actes fautifs) plutôt que sur des problèmes organisationnels et structurels plus vastes de partialité et d'exclusion⁶⁴. Bien qu'il puisse être important de créer des ponts avec les organisations en utilisant des discours et des pratiques qui résonnent bien dans la culture institutionnelle, le risque subsiste que des discours sur la diversité justifient et légitiment des inégalités persistantes tout en donnant l'illusion du progrès.
- 36 Les initiatives réglementaires proactives peuvent par ailleurs être entravées par une résistance institutionnelle, à la fois cachée et manifeste, à la mise en œuvre effective des droits à l'égalité. Linda Hamilton Kreiger explique comment les organisations résistent aux réformes juridiques qui remettent en cause le *statu quo* institutionnel⁶⁵. Elle documente le phénomène de capture institutionnelle qui implique la « réaffirmation subtile [et parfois inconsciente] de normes préexistantes, de significations sociales et de pratiques institutionnalisées dans un régime juridique formel destiné par ses promoteurs à les déplacer »⁶⁶. Une résistance plus manifeste au programme des droits à l'égalité prend la forme de réactions hostiles, lesquelles

contestent explicitement les mérites et les objectifs des réformes juridiques et affirment la « supériorité normative du cadre sociojuridique préexistant »⁶⁷.

- 37 Déléguer aux acteurs non étatiques la mise en œuvre d'importantes normes de droit public, telles que l'égalité, est donc risqué. Comme Christopher McCrudden nous alerte, les valeurs démocratiquement établies qui sont intégrées dans les lois antidiscriminatoires peuvent être compromises. Il considère qu'« [e]ncourager les délibérations sur la manière de mettre en œuvre peut [...] encourager des délibérations sur jusqu'où il faut mettre en œuvre, et ultimement s'il faut ou non mettre en œuvre, sapant les valeurs mêmes [d'égalité] »⁶⁸. Le tournant réglementaire réfléchi ne doit donc pas être assimilé à un pluralisme radical, dépourvu de normes de droit formel. Il reste « une forme de régulation de par sa nature même, et n'est pas basé sur la notion de droit comme un ordre spontané »⁶⁹.
- 38 En outre, les relations de pouvoir inéquitables au sein des institutions non étatiques peuvent nuire au fonctionnement efficace et équitable de la régulation réfléchie. Une représentation équitable des divers groupes et des communautés au sein d'une organisation est essentielle. Les lieux de travail syndiqués, par conséquent, facilitent une régulation réfléchie plus efficace. Le maintien de relations privées de pouvoir de caractère inégal au sein des organisations rend les modèles réfléchis problématiques et inefficaces⁷⁰. Enfin, il est important de souligner que la plupart des initiatives d'équité fonctionnent au niveau institutionnel (par exemple, sur le lieu de travail, dans les écoles, les universités) et sont incapables de remédier aux inégalités extra-institutionnelles, structurelles et intersectorielles, soit les inégalités qui surviennent dans un cycle de vie d'exclusion⁷¹.

3°/ - Au-delà du droit formel : transformer les organisations

- 39 Une troisième approche pour contester la discrimination systémique et inviter au changement organisationnel se concentre davantage sur les pratiques institutionnelles et les interactions quotidiennes en dehors de la portée formelle du droit. Elle est néanmoins étroitement liée à la question de savoir comment créer les conditions d'une régulation proactive efficace. Un point de départ intéressant pour réfléchir à la réforme des normes et des pratiques institutionnelles informelles, en tant que mécanisme pour remédier à la discrimination systémique, est la notion de « discrimination de deuxième génération », telle qu'examinée dans les écrits de Susan Sturm. Comme elle le fait remarquer :
- « Les réclamations de « deuxième génération » impliquent des pratiques sociales et des formes d'interaction entre des groupes sur le lieu de travail qui, au fil du temps, excluent les groupes non dominants. Il est difficile de lier l'exclusion à des actions intentionnelles et distinctes d'acteurs précis. L'exclusion peut parfois être visible uniquement dans l'addition de plusieurs actions. [L'exclusion] peut impliquer une conduite qui perpétue et renforce [...] les préjugés, même si celle-ci n'est pas suffisamment grave pour justifier l'imposition d'une sanction légale »⁷²
- 40 Bien que chaque acte individuel de non-acceptation ou d'exclusion puisse ne pas constituer, en soi, une discrimination au sens juridique du terme, l'effet cumulatif crée un climat d'exclusion et de discrimination⁷³. Cette idée importante se rapporte directement à la notion de cultures organisationnelles excluantes. Plutôt que

d'identifier un incident plus important de discrimination juridique ou de harcèlement, c'est l'accumulation d'un certain nombre de petits incidents, lesquels pris séparément peuvent ne pas remplir les critères de la définition du harcèlement ou de la discrimination, qui crée un climat hostile et inéquitable pour ceux qui sont sous-représentés au sein des organisations⁷⁴. L'échelle de « discrimination quotidienne » de David Williams distingue un événement majeur de discrimination (le plus susceptible de donner lieu à un recours en justice) de petites et subtiles formes de discrimination quotidiennes, lesquelles résonnent avec la notion de discrimination de deuxième génération de Sturm⁷⁵. Dans cette même veine, l'on retrouve l'idée de « microagressions », définies comme « des échanges brefs et quotidiens qui envoient des messages dénigrants à certaines personnes en raison de leur appartenance à un groupe »⁷⁶. Il est peu probable que l'on dépose une plainte en matière de droits de la personne ou que l'on aille en cour lorsque l'on fait l'objet d'une microagression. Mais l'accumulation de ces petits incidents crée un climat d'inconfort et donne le sentiment que l'on n'a pas sa place. Ces microagressions, ou ces instances de discrimination quotidienne, sapent la confiance en soi, l'estime personnelle et renforcent les tendances systémiques d'exclusion et de discrimination. Il est important de regarder comment les organisations répondent tant aux événements majeurs de discrimination qu'aux incidents plus petits propres à la discrimination de deuxième génération, à la discrimination quotidienne et aux microagressions. La réponse aura un impact majeur sur la culture organisationnelle, l'inclusion ou l'exclusion.

- 41 En plus de reconnaître le rôle des cultures organisationnelles d'exclusion, des microagressions et de la discrimination de deuxième génération, une deuxième idée importante qui est au cœur du droit informel est que les personnes qui agissent au sein des organisations de la vie quotidienne sont des acteurs juridiques. Comme l'expliquent Patricia Ewick et Susan Silbey, « l'application banale du droit dans la vie quotidienne fait de nous tous des acteurs juridiques dans la mesure où nous faisons activement du droit, même lorsqu'aucun intervenant formel n'est impliqué »⁷⁷. Les observations de John Griffiths' renforcent encore l'idée que ce qui se passe dans notre vie institutionnelle quotidienne implique des normes juridiques et que les individus interprètent et se conforment aux normes juridiques bien plus souvent qu'à une décision judiciaire⁷⁸. Sturm met également l'accent sur le rôle des acteurs institutionnels en tant que législateurs⁷⁹. Ainsi, dans la prise de décision institutionnelle quotidienne et dans l'interprétation et l'application des politiques et des règles, les acteurs individuels sont en fait amenés à s'engager avec le droit informel des institutions de la vie quotidienne : ils créent, interprètent et appliquent des normes et des règles juridiques informelles.
- 42 Un défi important pour ceux qui cherchent des organisations plus équitables est de veiller à ce que la norme juridique démocratique d'égalité et de non-discrimination soit intégrée dans les relations institutionnelles et dans les prises de décisions au quotidien. Malgré l'importance des énoncés de politique institutionnelle affirmant l'égalité et interdisant le harcèlement et la discrimination, et bien que des mécanismes internes de plaintes pour réparer des incidents isolés existent, ce n'est pas suffisant. Il faut plutôt qu'un engagement à faire progresser l'égalité soit incorporé dans toute la gamme des processus décisionnels et des politiques institutionnelles⁸⁰. Par exemple, si un(e) employé(e) demande à retarder son arrivée le matin parce qu'elle/il a besoin d'amener son enfant chez le médecin et lui explique qu'elle/il rattrapera le temps perdu plus tard

dans la journée, un superviseur qui prend sa demande au sérieux et tente de l'accommoder prendra en compte des préoccupations d'équité quant à l'équilibre entre la vie de famille et la vie professionnelle dans la prise de décisions quotidiennes⁸¹. Les milliers de décisions quotidiennes de ce genre, dans la mesure où elles tiennent compte de l'égalité, sont les fils conducteurs qui tissent un tissu institutionnel d'inclusion et de non-discrimination.

Conclusion

- 43 Malgré les lacunes de chacune de ces trois approches juridiques dans l'identification, la réparation et la prévention de la discrimination organisationnelle systémique, il est important de continuer à les utiliser toutes trois. Cependant, comme nous l'a enseigné il y a de nombreuses années Carol Smart, une universitaire féministe, dans son livre acclamé par la critique *Le féminisme et le pouvoir du droit*, il y a toutefois un risque que les stratégies juridiques aient des effets « jurigènes » (« juridogenic » en anglais), soit que l'utilisation du droit crée elle-même des problèmes supplémentaires⁸². À cet égard, elle compare l'effet du droit avec le « potentiel iatrogène de la médecine qui peut créer une maladie en cherchant un remède »⁸³. Comme elle l'explique, « en exerçant le droit, nous pouvons produire des effets qui aggravent la situation et en aggravant la situation nous commettons l'erreur de penser que nous devons appliquer plus de doses de [droit] »⁸⁴.
- 44 En voulant lutter contre la discrimination systémique au moyen d'outils juridiques, il est important de garder à l'esprit la prudence de Smart. Les droits juridiques ne sont pas une panacée dans un monde d'inégalités profondément ancrées et institutionnalisées. Cependant, ils demeurent un domaine d'engagement critique⁸⁵. Promouvoir de manière insistante et soutenue l'attention à une « pensée systémique » dans l'application du droit est important pour limiter les effets « jurigènes » de la législation anti-discrimination individualisée et pour accroître le potentiel de transformation des droits à l'égalité dans les organisations de la vie quotidienne.

NOTES

1. Je tiens à adresser mes sincères remerciements à Anne-Claire Gayet, BCL/LLB 2013, LL.M. et Ms. Études internationales, pour sa précieuse collaboration dans la traduction de cet article. De plus, je souhaite reconnaître le soutien du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

2. Peter M. Senge, *La cinquième discipline : l'art et la manière des organisations qui apprennent* (extrait tiré de la 2e édition en anglais, *The Fifth Discipline : The Art and Practice of the Learning Organization*, Doubleday, 2006 à la page 68).

3. Malgré l'importance du virage systémique pris en droit, il est essentiel de reconnaître l'importance des actes individuels dans la lutte contre l'inégalité. La « théorie de la structuration » d'Anthony Giddens qui souligne à la fois l'importance du rôle des individus et celle des structures sociales est utile à cet égard. Anthony Giddens, *Central Problems in Social Theory: Action, Structure, and Contradiction in Social Analysis* (Berkeley : University of California Press, 1979). Voir aussi Giddens, *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration* (1984).

4. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114 au para. 1139 (emphasis de l'auteure).
5. *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire régionale Chauveau*, 1993 CanLII 7 (QC TDP) aux paras. 83-84 (emphasis de l'auteure).
6. *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 RCF 789, 1996 CanLII 4067 (CAF) au para. 16.
7. Voir, par exemple, Audrey Lee, « Unconscious Bias Theory in Employment Discrimination Litigation » (2005) 40 Harv CR-CLL Rev 481 ; Colleen Sheppard, « Institutional Inequality and the Dynamics of Courage » (2013) 31(2) *Windsor Yearbook of Access to Justice* 103 aux pp. 107-10.
8. Le caractère cumulatif et dynamique de la discrimination systémique est également lié à la notion sociologique de la « culture organisationnelle. » Voir, par exemple, Edgar H. Schein, *The Concept of Organizational Culture and Leadership*, 3^e éd. (San Francisco : John Wiley & Sons, 2004) au chap. 1.
9. Colleen Sheppard, « Mapping anti-discrimination law onto inequality at work: Expanding the meaning of equality in international labour law » (2012) 151 : 1-2 *International Labour Review* 1. Voir aussi Tristin K. Green, *Discrimination Laundering : The Rise of Organizational Innocence and the Crisis of Equal Opportunity Law* (Cambridge University Press : 2017) [Green].
10. Voir Gunther Teubner, « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law » (1983) 17 : 2 *Law & Soc'y Rev*, 239 [Teubner]. Voir aussi Christopher McCrudden, « Equality Legislation and Reflexive Regulation: a Response to the Discrimination Law Review's Consultative Paper » (2007) 36 : 3 *Indus LJ* 255 [McCrudden].
11. Voir, par exemple, *Halpern v Canada (Attorney General)*, [2003] OJ No 2268 (QL), 2003 CanLII 26403 (ON CA).
12. Voir *Lepofsky v. Toronto Transit Commission*, 2005 HRTO 20 (CanLII) ; *Lepofsky v. Toronto Transit Commission*, 2005 HRTO 21 (nomination d'un membre du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario pour surveiller la mise en œuvre de la réparation) [Lepofsky, 2005 HRTO 21] ; *Lepofsky v. Toronto Transit Commission*, 2007 HRTO 23 (CanLII) ; *Lepofsky v. Toronto Transit Commission*, 2007 HRTO 41.
13. *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 RCS 360 ; 2012 CSC 61 [Moore] au para. 63, dans lequel la Cour note que « il est sûrement vrai que la réparation accordée au plaignant dans le cadre d'une plainte individuelle peut avoir des conséquences à l'échelle « systémique » ».
14. Voir, par exemple, *United States v Virginia et al*, 94-1941, 518 US 515 (1996).
15. Pearl Eliadis, *Speaking Out on Human Rights – Debating Canada's Human Rights System* (McGill-Queen's University Press : 2014) aux pp. 185-87.
16. *Moore, supra note* .
17. *Ibid.* Voir aussi « B.C. school area discriminated against dyslexic boy, top court rules », CBC News (9 novembre 2012), en ligne : www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/b-c-school-area-discriminated-against-dyslexic-boy-top-court-rules-1.1259271 (consulté le 10 janvier 2018).
18. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 RCS 789 ; 2015 CSC 39 au para. 89.
19. *Nassiah c. La commission des services de la municipalité régionale de Peel*, 2007 HRTO 14 (CanLII), 61 CHRR 88.
20. *Ibid* aux paras. 130-31. Voir aussi *Peart v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board* (2006), 43 C.R. (6th) 175 aux paras. 95-96.
21. *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 RCS 548.
22. Un raisonnement similaire a été avancé dans une décision récente de la Cour suprême irlandaise concernant des allégations de discrimination en matière d'éducation contre la communauté des gens du voyage irlandais. La Cour a rejeté les données à l'échelle nationale et a insisté sur des données précises concernant l'école en question. Le juge Clarke déclare : « Les

chiffres produits démontrent clairement que la probabilité qu'un enfant issu de la Communauté des gens du voyage et élève d'une quelconque école secondaire ait un parent qui fréquente une école secondaire était très inférieure à celle d'un non-voyageur. Il me semble qu'extrapoler à partir de ces chiffres, sans autre analyse, le fait qu'une telle situation s'appliquait au contexte de l'école secondaire Clonmel était une inférence inappropriée ». Voir *Stokes v. Christian Brothers High School Clonmel & anor*, 2015 IESC 13 au para. 11.7.

23. *Radek v. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services (No.3)*, 2005 BCHRT 302 (CanLII) au para. 511, 52 CHRR 430. Voir aussi *Vancouver Area Network of Drug Users v. British Columbia Human Rights Tribunal*, 2015 BCSC 534.

24. Voir Colleen Sheppard et Mary Louise Chabot, « Obstacles to Crossing the Discrimination Threshold » (2018) *Revue du Barreau canadien* (à venir).

25. Voir *Moore*, *supra* note au para. 57 (la Cour suprême du Canada citant le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique). Le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique avait ordonné les mesures de réparations systémiques suivantes : « La province doit allouer des fonds en fonction des taux d'incidence réels, établir des mécanismes permettant de s'assurer que les mesures d'adaptation destinées aux élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères sont appropriées et respectent les objectifs énoncés dans la loi et les politiques, et elle doit veiller à ce que les districts disposent d'une gamme de services permettant de répondre aux besoins de ces élèves. Le district doit établir des mécanismes permettant de s'assurer que les services qu'il fournit aux élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères respectent les objectifs énoncés dans la loi et les politiques, et il doit s'assurer qu'il dispose d'une gamme de services permettant de répondre aux besoins des élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères. Le Tribunal demeure saisi de l'affaire afin de superviser l'exécution des ordonnances réparatrices qu'il a prononcées.

26. Voir Joanna Birenbaum et Kelly Gallagher-Mackay, « From Equal Access to Individual Exit: The Invisibility of Systemic Discrimination in *Moore* » (2013) 10 *Journal of Law & Equality* 93.

27. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Centre maraîcher Eugène Guinois JR inc.*, [2005] RJQ 1315, 2005 CanLII 11754 (QC TDP).

28. *Ibid* au para. 1.

29. *Ibid* aux paras. 229-37.

30. Adelle Blackett, « Situated Reflections on International Labour Law, Capabilities, and Decent Work: The Case of Centre Maraîcher Eugène Guinois » (2007) *RQDI (Hors-série)* 223 à la p. 238.

31. Blackett écrit à la page 238 : « Les dommages-intérêts accordés dans l'affaire *Centre Maraîcher* ne font que souligner le fait que ces travailleurs tombent aussi dans les mailles d'autres lois qui sont pourtant censées offrir un bouclier protecteur, comme la loi provinciale sur les normes du travail ».

32. Comme Blackett l'indique aux pages 239-40 : « Il n'y a eu aucune demande que l'entreprise émette des rapports sur une base continue, aucune enquête sur les pratiques systémiques dans l'industrie, aucune mesure éducative, aucune mesure prise à l'égard des autres 90 et plus « travailleurs de Longueuil », lesquels sont devenus des cibles faciles de représailles une fois la décision rendue et l'attention médiatique (temporairement) portée sur la ferme détournée ».

33. *Lepofsky* 2005 HRTO 21, *supra* note au para. 1. Voir aussi la vidéo de David Lepofsky, « Making Toronto Transit Commission Announce all Bus & Subway Stops for Blind Riders: *Lepofsky v TTC* » (2014) dans la série de conférences intitulée *David Lepofsky Lectures on Advocating for Disability Rights* 7, en ligne : <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/lepofsky/7> (décrivant sa bataille de 13 années avec la TTC).

34. *Ibid* au para. 1, citant *McKinnon v. Ontario Human Rights Commission*, [2002] OHRBID No. 22, aff'd [2004] O.J. No. 5051 (CA Ont).

35. Voir par exemple la Commission ontarienne des droits de la personne, page sur la « Stratégie relative aux litiges et enquêtes », en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/au-sujet-de-la->

commission/strat%C3%A9gie-relative-aux-litiges-et-enqu%C3%AAtes (consultée le 10 janvier 2018).

36. CN, *supra* note .

37. *Ibid* aux paras. 1122-23. Comme la CSC l'a noté, plus de 150 plaintes individuelles de discrimination basée sur le sexe ont été regroupées en un seul recours collectif.

38. *Ibid* au para. 1143.

39. 2016 CHRT 2.

40. *Ibid*.

41. *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (au nom du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 10. Voir aussi le suivi des ordonnances correctives: *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 16 (CanLII) ; *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien)*, 2017 TCDP 14 (CanLII) ; *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien)*, 2017 TCDP 7 (CanLII).

42. *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 251.

43. *Merlo v. Canada*, 2017 FC 51 (CanLII) au para. 3 (traduction de l'auteure).

44. « Recours collectif de la GRC », en ligne : Klein Lawyers LLP, www.callkleinlawyers.com/class-actions/current/rcmp/. Dans le contexte constitutionnel, les recours collectifs et le statut d'intérêt public constituent également des moyens importants pour la société civile et les organisations communautaires de contester les inégalités systémiques. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 RCS 429; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 RCS 524, 2012 CSC 45.

45. La complexité et le nombre des mesures de réparation ordonnées dans l'affaire de la Société de soutien des Premières nations en sont un exemple important : voir les décisions citées à la note . Pour un autre exemple, voir la page de la Commission ontarienne des droits de la personne, « Isolement et santé mentale dans les prisons de l'Ontario : *Jahn v. Ministry of Community Safety and Correctional Services* » (en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/isolement-et-sant%C3%A9-mentale-dans-les-prisons-de-l%E2%80%99ontario-jahn-v-ministry-community-safety-and>, consultée le 10 janvier 2018) et Patrick White, « Ontario sued for failing to protect inmates with mental-health issues », *Globe & Mail*, 27 septembre 2017 (pour non-conformité aux ordonnances du Tribunal des droits de la personne).

46. Juge Rosalie Silberman Abella, « Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi », octobre 1984 à la page 10 [Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi]: en ligne, http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/rhdcc-hrsdc/MP43-157-1-1984-1-fra.pdf (page consultée le 10 janvier 2018).

47. Le mot original en anglais est « reflexive ». Voir Teubner, *supra* note aux pages 239-286, et McCrudden, *supra* note .

48. Voir Ian Ayres et John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford: OUP, 1992).

49. Simon Deakin, Colm McLaughlin et Dominic Heesang, « Gender inequality and reflexive law: the potential of different regulatory mechanisms for making employment rights effective » (2011) Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 426 à la p. 4 [Deakin *et al.*]. Ils notent à la p. 5 : « Le droit réfléchi est donc une forme de réglementation de par sa nature même, et n'est pas fondé sur la notion de droit comme un ordre spontané: le « cadre », ou « les conditions dans lesquelles un processus de délibération peut réussir [doivent être] identifiées, et une fois identifiées, doivent être créées de manière affirmative, plutôt que d'être considérées comme allant de soi » » (citant De Schutter et Deakin, 2005 à la p. 3).

50. Sally Engle Merry, « Legal Pluralism » (1988) 22 : 5 *Law & Soc'y Rev* 869 à la p. 885.
51. Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi, *supra* note à la p. 9.
52. *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44. Voir aussi : Alliance de la Fonction publique du Canada, « L'histoire de l'équité en emploi au Canada », en ligne : <http://syndicatafpc.ca/lhistoire-lequite-en-emploi-canada> (page consultée le 19 janvier 2018).
53. Canada, ministre de la Justice, Procureur général du Canada et ministre du Travail, *L'équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental*, Groupe de travail sur l'équité salariale, Rapport final (Ottawa : ministère de la Justice du Canada, 2004), disponible en ligne : <http://www.canada.justice.gc.ca>. Pour de plus amples renseignements sur l'équité salariale, voir Emploi et Développement social Canada, « Programme d'équité salariale », en ligne : <https://www.canada.ca/fr/emploi-developpement-social/programmes/equite-salariale.html> (page consultée le 18 janvier 2018); Commission de l'équité salariale de l'Ontario, en ligne : <http://www.payequity.gov.on.ca/fr/gwg/pages/default.aspx> (page consultée le 18 janvier 2018).
54. *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, L. O. 2005, ch. 11, *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, L.O. 2005, chap. 11, *Loi de 2016 sur le Plan d'action contre la violence et le harcèlement sexuels (en soutien aux survivants et en opposition à la violence et au harcèlement sexuels)*, L.O. 2016, chap. 2 - Projet de loi 132.
55. Voir, par exemple, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, « Évaluation stratégique des programmes d'équité en matière d'emploi », en ligne : http://publications.gc.ca/collections/collection_2013/rhdcc-hrsdc/HS28-211-2012-fra.pdf (page consultée le 18 janvier 2018).
56. Voir, par exemple, Nan Weiner, « Employment Equity in Canada: What Do the Data Show about Its Effectiveness? » dans Carol Agócs, éd. *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report* (Toronto : University of Toronto Press, 2014) ch. 2 aux pp. 29-50 [Agócs].
57. *Ibid.*
58. *Ibid.*
59. Voir McCrudden, *supra* note ; Agócs, *supra* note .
60. Voir Colleen Sheppard, *Inclusive Equality - The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (Montréal : McGill-Queen's University Press, 2010) [Sheppard, *Inclusive Equality*].
61. *Ibid.*
62. Deakin *et al*, *supra* note à la p. 6.
63. *Ibid* (citant Edelman *et al*, 2001 : 1633).
64. Green, *supra* note .
65. Linda Hamilton Kreiger, « Afterword: Socio-Legal Backlash » (2000) 21 : 1 *BJELL* 475.
66. *Ibid* à la p. 492.
67. *Ibid* à la p. 493.
68. McCrudden, *supra* note à la p. 262.
69. Deakin *et al* à la p. 5.
70. Voir Colleen Sheppard, « Inclusion, Voice and Process-based Constitutionalism » (2013) *Osgoode Hall LJ* 547.
71. Voir Laura Rawlings, Sheila Murthy et Natalia Winder, « Common Ground: UNICEF and World Bank Approaches to Building Social Protection Systems » (2013) 15 *Social Protection & Labor Policy Note* 1, en ligne : http://web.worldbank.org/archive/website01536/WEB/IMAGES/SPL_P-68.PDF (consultée le 19 janvier 2018).
72. Susan Sturm, « Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach » (2001) 101 *Colum L Rev* 458 aux pp. 460 et 478 (emphase ajoutée) [Sturm].
73. *Ibid.*
74. Voir Brian Rubineau, Shaheen Shariff et Nazampal Jaswal, « Response is not prevention : Management insights for reducing campus sexual assault » (2018) *Education Law Journal* (à venir), qui notent dans la conclusion qu'« une prévention réussie exige un changement de culture, et

que le changement de culture exige une gamme plus large d'efforts intégrés qu'il n'est pas possible de codifier dans les politiques sur le harcèlement sexuel ou l'agression sexuelle ».

75. Williams, D.R., Yu, Y., Jackson, J.S. et Anderson, N.B., « Racial Differences in Physical and Mental Health: Socioeconomic Status, Stress, and Discrimination » (1997) 2 : 3 *Journal of Health Psychology* 335 (échelle de discrimination quotidienne de référence et toujours recommandée).

76. Derald Wing Sue *et al*, « Racial Microaggressions in Everyday Life » (2007) 62 : 4 *American Psychological Association* 271. Le terme micro-agression a d'abord été inventé par Chester M. Pierce. Voir Pierce, C., Carew, J., Pierce-Gonzalez, D., et Willis, D. « An experiment in racism: TV pubs » dans C. Pierce (éd), *Television and Education* (Beverly Hills, CA : Sage, 1978) à la p. 66.

77. Patricia Ewick et Susan Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life* (Chicago: University of Chicago Press, 1998) à la p. 20.

78. John Griffiths, « The Social Working of Anti-Discrimination Law » dans Titia Loenen et Peter R. Rodrigues (éds), *Non-discrimination law: comparative perspectives* (The Hague : Kluwer Law International, 1999).

79. Voir Susan Sturm, « The Architecture of Inclusion: Advancing Workplace Equity in Higher Education » (2006), 29 *Harvard JL & Gender* 247, dans lequel elle explique à la p. 250 : « Les catalyseurs organisationnels agissent en tant qu'entrepreneurs de l'information et bâtisseurs de ponts à des points pivots qui peuvent stimuler le changement. La nécessité de leur rôle découle des fondements institutionnels des préjugés tenaces ».

80. Voir Colleen Sheppard, « Institutional Inequality and the Dynamics of Courage » (2013) 31 *Windsor YB Access* Just 103.

81. Voir Berit Brandth, Sigtona Halrynjo, Elin Kvanda, éds, *Work-Family Dynamics – Competing Logics of Regulation, Economy and Morals* (Routledge, 2017).

82. Carol Smart, *Feminism and the Power of Law* (New York : Routledge, 1989) aux pp. 161-62.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights: diary of a law professor* (Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1991).

RÉSUMÉS

Cet article¹ explore le sens et les complexités du concept de discrimination systémique en tant qu'outil de compréhension de l'exclusion et de l'inégalité dans les institutions de la vie quotidienne (écoles, universités, lieux de travail). Il évalue certaines des difficultés rencontrées lors de l'adoption de différentes approches normatives pour réparer et prévenir la discrimination systémique organisationnelle. Cet article analyse plus précisément le modèle du litige basé sur des plaintes, les initiatives réglementaires proactives comme l'équité salariale ou l'action positive ainsi que les régimes juridiques institutionnels informels.

This article explores the meaning and complexities of the concept of systemic discrimination as a tool for understanding exclusion and inequality in the institutions of everyday life (schools, universities, workplaces). It assesses some of the difficulties encountered in endeavouring to use different regulatory approaches to redress and prevent systemic organizational discrimination, including the litigation model, proactive regulatory initiatives (e.g. pay equity, affirmative action) and informal institutional legal regimes.

INDEX

Mots-clés : Discrimination, discrimination systémique, recours collectifs, réglementation proactive, transformation organisationnelle

Keywords : Systemic discrimination, institutional inequality, conscious and unconscious bias, indirect discrimination, organizational change

AUTEUR

COLLEEN SHEPPARD

Professeur titulaire à la Faculté de droit et membre du Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique de l'Université McGill