

POUR UNE APPROCHE INTÉGRÉE DE LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE: CONVERGENCES ET CONTRIBUTIONS DES SCIENCES SOCIALES ET DU DROIT

par Muriel GARON*

Ce texte veut souligner les convergences et l'interdépendance des sciences sociales et du droit dans l'identification et la définition de la discrimination systémique, sa démonstration devant les tribunaux et le développement de remèdes appropriés.

Au plan de l'identification du phénomène, les sciences sociales ont mis en évidence des ensembles de conceptions, règles et pratiques profondément ancrés dans la vie sociale et qui ont des effets d'exclusion. Ce constat trouve son parallèle dans la reconnaissance, dans les textes juridiques et la jurisprudence, d'effets d'exclusion qui se développent au-delà des intentions individuelles.

La mise en preuve de ces chaînes de facteurs exige le développement d'outils nouveaux pour le droit auquel les méthodes des sciences sociales peuvent apporter une contribution non négligeable.

Enfin, le développement d'une juste réparation exige également une évaluation précise des modalités de développement des effets discriminatoires de même qu'une mesure adéquate du rattrapage à effectuer: deux tâches pour lesquelles la contribution des sciences sociales peut être précieuse.

This article attempts to emphasize the areas in which law and the social sciences overlap and depend on each other in identifying and defining systemic discrimination, in proving such discrimination within legal proceedings and in developing appropriate remedies.

With respect to the identification of the phenomenon of systemic discrimination, the social sciences have illustrated a number of concepts, rules and practices deeply rooted in society which have exclusionary effects. Similar to this is the recognition, within legal texts and cases, of exclusionary effects which emerge regardless of the intentions of the individuals involved.

* Direction de la recherche, Commission des droits de la personne.

Evidence of these chains of factors requires that new legal tools be developed and in this the social sciences could make more than a minor contribution.

Lastly, the development of a form of just compensation requires a precise method for evaluating how discriminatory effects develop as well as an adequate measure of what is to be recuperated; two functions in which input from the social sciences could be precious.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	194
I. FONDEMENTS D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE DE LA DISCRIMINATION	196
1. L'éveil d'une problématique de la discrimination	197
2. Le développement de la recherche dans le domaine de la discrimination	198
3. L'émergence de la notion de discrimination systémique	205
4. Évolution parallèle de l'approche juridique	213
5. Un dossier qui reste ouvert	218
II. LA PREUVE STATISTIQUE: UNE QUESTION QUI DÉPASSE LES CHIFFRES	220
III. LES REMÈDES	226
1. La proportionnalité du remède	227
2. Les programmes d'accès à l'égalité comme remèdes à la discrimination systémique	229
3. Les mesures à développer: l'exemple de l'analyse de disponibilité dans le secteur du travail	231
POUR CONCLURE: DÉBATS ET CHOIX	236

INTRODUCTION

Je voudrais, dans cet article, aborder la question des défis de recherche, anciens et nouveaux, défis théoriques et défis méthodologiques que posent le développement de la notion de discrimination et celui des remèdes à cette source de corrosion sociale.

Mon point de vue est celui d'une spécialiste des sciences sociales. Ma pratique de collaboration à la recherche avec des juristes m'a certes montré à quel point les approches et la méthodologie de la sociologie et du droit sont différentes. Ma conviction est toutefois qu'il existe une profonde complémentarité entre ces disciplines, je dirais plus une interdépendance qui s'est accrue certainement de façon substantielle, en tout cas dans le champ de la discrimination, au cours des dernières décennies.

L'utilisation des données sociales dans le cadre de l'interprétation, la démonstration et finalement la définition de remèdes à la discrimination, d'abord hésitante, est en effet devenue monnaie quotidienne. On peut s'en réjouir, on peut le déplorer, il semble bien qu'on ne saurait faire marche arrière.

D'aucuns prétendent qu'on peut faire dire ce qu'on veut à des statistiques. On dit également qu'il n'y a pas façon plus sûre de mentir qu'avec des statistiques. Je ne peux qu'exprimer mon désaccord le plus profond avec ces affirmations. Je pense qu'on ne peut berner avec les statistiques qu'en s'appuyant sur la méconnaissance et l'insécurité de ses interlocuteurs sur le sujet¹. La statistique n'est qu'un outil permettant d'évaluer des liens logiques; aussi suffit-il que certaines précisions soient apportées sur l'exactitude et la signification des données recueillies et d'un calcul effectué sur elles pour que quiconque puisse passer aux choses sérieuses, à savoir vérifier la cohérence des hypothèses que ce calcul s'emprunte à tester².

1. D'où la réaction de l'Association canadienne des sociologues et anthropologues de langue française et de l'Association québécoise de sciences politiques au développement de la publication anarchique des sondages à la fin des années 1970. Ces associations mirent sur pied un comité dit «comité des sondages» dont le premier mandat fut de travailler à l'élaboration d'une éthique de publication des sondages. Un résultat important de cette initiative fut la conclusion d'une entente avec les médias selon laquelle ceux-ci s'engageaient à assortir les publications des résultats de sondage de l'identification de la source des données, de la technique d'échantillonnage utilisée, de la méthodologie générale, etc. On a l'impression que la bataille serait à reprendre.

2. Voir à ce sujet l'excellent article de M.O. FINKELSTEIN, «The Judicial

En fait s'il n'y avait que cela, je dirais que le problème est une simple question d'ajustement à une mécanique, à une technique nouvelle. Question d'apprivoisement. Mais il y a plus grave. En effet, au delà des questions de méthodologie, c'est le fond même de la discussion qui est obscurci quand l'utilisation des données sociales se fait sans tenir compte des niveaux où le problème est posé. Or il m'apparaît que les données sociales ont été utilisées à tort et à travers pour appuyer ou nier la pertinence d'une approche de la discrimination comme phénomène collectif appelant également des mesures de redressement collectives, sans tenir compte de la logique particulière de chacun des aspects de la question qui était soulevé.

L'approche de la discrimination comme phénomène collectif suscite, à mon sens, des interrogations sous au moins trois aspects:

- Y a-t-il une telle chose qu'une discrimination présentant une forme «système» dans nos sociétés? Comment se caractérise-t-elle et à l'encontre de quels groupes s'exerce-t-elle?
- Dans des cas spécifiques où il y a allégation de discrimination collective concernant un groupe donné, comment peut-on faire la preuve de cette discrimination?
- Et finalement, une fois ces deux aspects précisés, comment détermine-t-on une juste réparation?

Ces interrogations renvoient à trois formes de démonstration tout à fait différentes. La confusion autour des problèmes nouveaux soulevés par chacune ne peut que mener à des débats stériles. Il y a en effet en droit comme dans l'approche sociologique une logique du fondement d'une approche, une logique de la preuve de la présence ou de l'absence d'une relation dans un cas donné, et une logique de la proportionnalité d'un remède. Bien que ces trois plans de l'argumentation soient interreliés, les arguments internes à l'un ou à l'autre ne peuvent être utilisés indistinctement. De la même façon, des données sociales ou des analyses statistiques n'ont pas de valeur générale en dehors de la sphère d'argumentation où elles sont utilisées.

L'objectif de ce texte est de montrer quel type de contribution les données issues des recherches socio-économiques ont pu apporter à la clarification de problèmes liés à chacune de ces trois sphères de réflexion, à savoir:

Reception of Multiple Regression Studies in Race and Sex Discrimination Cases», (1980) 80 *Columbia Law Review* 737.

- celle relative aux principes sur lesquels se fonde une approche systémique de la discrimination;
- celle relative à la preuve de la discrimination dans ce contexte;
- celle finalement de l'évaluation de la proportionnalité des remèdes à apporter aux problèmes observés dans ce domaine.

J'aborderai ces questions à tour de rôle dans les trois parties de ce texte. Je tenterai pour chacune de préciser la spécificité du problème qui est posé et le type de contribution que les données sociales peuvent apporter à sa solution.

I. FONDEMENTS D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE DE LA DISCRIMINATION

Parler des fondements de l'approche de la discrimination, c'est inévitablement aborder le problème de sa légitimité sociale³. Il n'est toutefois pas question de poser ici le problème dans une perspective éthique. Je tenterai plutôt de voir comment les matériaux de recherche ont pu contribuer à l'acquisition d'une conviction relative à l'existence de la discrimination dans notre société; comment on en est arrivé à caractériser la dynamique de cette discrimination d'un point de vue collectif; comment finalement se sont développées des voies de solution appropriées aux problèmes diagnostiqués.

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 sociales. Plus on se montrera réticent à une telle intervention et plus loin on reportera l'impératif d'agir sur ces forces, plus exigeante sera la démonstration du caractère significatif du mal à combattre... on a parfois l'impression que la démonstration... ne sera jamais suffisante. On comprend, dans ce cadre, que le défi auquel la recherche fait face en regard de l'objet qui nous occupe ici, pourra être interprété de façons fort variables.

3. La question de la légitimité est posée ici essentiellement en termes sociaux. Pour une analyse du développement des assises de cette légitimité dans le droit international et dans divers droits nationaux, voir P. BOSSET et M. CARON, «Un nouvel outil de lutte contre la discrimination: les programmes d'accès à l'égalité», (1987) 21 *R.J.T.* (à paraître).

Mon objectif dans cette première section est de retracer comment s'est construit le savoir sur la discrimination et en quoi les informations ainsi réunies ont contribué directement ou indirectement à l'ouverture de pistes nouvelles dans la façon d'aborder les problèmes qui y sont reliés.

À cette fin, après avoir situé rapidement l'éveil contemporain de la problématique de la discrimination, je présenterai divers résultats de recherche qui permettent de caractériser les acquis dans le domaine; puis je montrerai comment ces acquis ont présidé à l'émergence de la notion de discrimination systémique; je ferai alors une analyse des divers termes auxquels la référence à ce nouveau regard sur la discrimination a donné lieu; finalement je montrerai comment l'évolution de la législation et de la jurisprudence convergent vers cette nouvelle conception de la discrimination.

1. L'éveil d'une problématique de la discrimination

Bien que la préoccupation pour l'égalité se soit manifestée de diverses manières au cours des deux derniers siècles dans le monde occidental, on peut rattacher aux «actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité»⁴ perpétrés lors de la deuxième guerre mondiale à l'encontre du peuple juif, le réveil de la conscience contemporaine et le nouvel essor qu'ont pris la défense des droits et libertés de la personne et la lutte contre la discrimination.

Au fil des années et suite aux efforts concertés des nations, ces droits ont été précisés dans divers pactes et conventions: *Convention no 100 sur l'égalité de rémunération* (Organisation internationale du travail, 1951)⁵, *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* (Unesco, 1960), *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965), *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966), et plus récemment *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1979).

4. Préambule, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, telle qu'approuvée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies, le 10 décembre 1948 dans sa résolution 217 (111)A. Tiré de *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, Nations Unies, New York, 1983, p. 223.

5. Dans cette parenthèse et les suivantes, les dates indiquées sont celles de l'adoption par l'ONU ou par l'organisme mentionné de l'entente dont il est question.

La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁶ se situe en filiation directe par rapport à ces grands textes internationaux. Elle se distingue en fait des lois relatives aux droits et libertés des autres provinces canadiennes principalement par l'inspiration qu'elle a voulu tirer de ces textes, par son souci de couvrir l'ensemble des libertés et droits fondamentaux en même temps que celui de tenir compte des acquis internationaux les plus récents de la lutte pour la reconnaissance de ces droits⁷.

2. Le développement de la recherche dans le domaine de la discrimination

Cette effervescence extraordinaire trouve son équivalent au plan de la réflexion et de la recherche sur la dynamique des inégalités sociales au cours de la même période. À ce propos, l'exercice a sans doute été poussé à son terme le plus avancé dans le domaine des distinctions fondées sur le sexe. Force est de constater que ces recherches ont mis en évidence tout un ensemble de règles, de pratiques et de valeurs qui permettent d'expliquer les inégalités actuelles entre hommes et femmes. Il ne s'agira pas ici de faire le tour de la documentation beaucoup trop abondante sur le sujet. Je me contenterai de souligner l'articulation générale des phénomènes observés pour illustrer l'émergence de la notion de discrimination systémique.

Ainsi, on a examiné le statut juridique des femmes dans l'histoire récente comme fondement de leur place dans la société; on a souligné leur retard à acquérir le statut de personne (Canada 1929), le droit de vote (Canada 1918, Québec 1940), le droit pour les femmes mariées de toucher leur propre salaire (Québec 1931), la capacité juridique (1964), l'accès à certaines professions (le droit par exemple: ouverture de la faculté de Droit aux femmes à McGill en 1911, leur admission au Barreau (1942)), à la fonction de juré (1971), pour ne retenir que quelques aspects «lourds» de l'infériorité codifiée de ce groupe⁸. Ces retards au plan juridique marquent la toile de fond récente de la définition de la sphère du «possible» pour les femmes. Les constats parallèles relatifs aux différences dans l'éducation reçue depuis le plus bas âge en fonction

6. L.R.Q., c. C-12.

7. L'introduction de la notion de travail «équivalent» dès le départ dans son article 19 sur l'équité salariale témoigne de cette sensibilité à ces acquis.

8. Pour une reconstitution historique de la situation des femmes au Québec, voir: LE COLLECTIF CLIO, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Montréal, Les Quinze, éd., 1982.

du sexe ont cessé de nous étonner de même que leurs conséquences inévitables sur les orientations scolaires et professionnelles. L'absence des femmes sur la scène politique allait également de pair. La division des tâches très systématisée s'est pour sa part traduite par la concentration des femmes dans un éventail très réduit d'emplois et par une résistance très forte des milieux masculins à l'intégration ou à la considération des femmes sur un pied d'égalité. Les analyses⁹ montrent que cette situation se perpétue au moment où la force des mécanismes qui tendaient à modeler leurs différences commencent à s'amenuiser: salaire plus bas pour un travail égal (ou équivalent), listes d'ancienneté sexuées, barrières à la mobilité professionnelle¹⁰.

Ce tableau impressionniste n'a pour objet ici que de nous aider à retracer rapidement l'enchaînement des causes qui handicapent les femmes comme groupe: tableau tracé d'autant plus rapidement que les données sont abondantes sur le sujet.

Cet enchaînement des causes n'a certes pas fait l'objet d'un examen aussi approfondi pour les autres groupes définis comme cibles d'intervention de première importance dans la lutte contre la discrimination, à savoir les Noirs et les autres minorités définies en fonction de leur visibilité (terme encore flou, dont il demeure à préciser les contours) ainsi que les Autochtones.

C'est surtout des États-Unis qu'émanent la réflexion et les analyses sur le statut des Noirs. La mise en évidence de l'engrenage social menant à leur relégation au bas de l'échelle de cette société, au maintien de leur handicap social bien au-delà de leur libération des liens esclavagistes, n'a toutefois pas, semble-t-il, exigé les mêmes efforts de clarification que ce ne fut le cas pour les femmes. La démonstration n'a pas non plus suscité la même nécessité de répartir leur part de responsabilité dans leur situation dans l'échelle sociale¹¹: sans doute parce que la justification morale de l'esclavage

9. Voir parmi de multiples autres études et recueils de données: S. MESSIER (C.S.F.), *Les femmes ça compte*, Éditeur officiel du Québec, Québec, 1984; H. DAVID, *Femmes et emploi, le défi de l'égalité*, P.U.Q./IRAT, Québec-Montréal, 1986.

10. Encore observées dans une étude de conventions collectives de 1979-80: M. GARON avec la collaboration de F. BÉLANGER, *Les conventions collectives: une piste pour l'analyse de la discrimination en milieu de travail*, Direction de la recherche, Commission des droits de la personne, document non publié, juin 1985.

11. Bien qu'on puisse encore suggérer que l'explication des différences de revenus entre Blancs et Noirs aux États-Unis se situe au plan des habi-

qui est à l'origine du processus est plus difficile à faire que celle des disparités qui ont fondé la division moderne des rôles sociaux entre hommes et femmes.

Même chose pour la situation des Autochtones au Canada. Il n'est pas nécessaire de fouiller profondément pour faire reconnaître leur statut de discriminés. Notre mauvaise conscience est dans ce cas bon guide. Les maigres données dont nous disposons paraissent suffisamment éloquents pour nous convaincre. En fait nous ne ressentons pas fortement le besoin de démonstration des «résultats» parce que nous connaissons l'enchaînement des causes: leur progressive éviction de leurs territoires traditionnels, leur enfermement dans les réserves qui les transforme en assistés sociaux, leur éloignement des centres de développement où le travail est abondant, l'embrigadement de leurs enfants dans un système scolaire dont les principaux intérêts et les principales normes de savoir et d'évaluation sont étrangères, finalement l'imposition de critères d'embauches auxquels ils ne sauraient satisfaire, même pour des emplois non spécialisés¹². Les parties du système s'imbriquent de façon telle que les résultats ne sauraient étonner. Leur recherche d'un statut auto-déterminé (et non la simple égalité en conformité avec les aspirations de la société blanche) obscurcit toutefois la recette quant aux remèdes satisfaisants: il faudra leur demander leur avis... nous n'en avons pas tellement l'habitude.

Quant à la situation des Noirs et des autres minorités «visibles» et ethniques au Canada, elle présente des particularités que les études américaines ne nous permettent pas de bien comprendre. La réalité de leur statut de «groupes victimes de discrimination» ne paraît pas si évidente.

Bien sûr si, à l'instar de la recherche sur la situation des femmes, on examine la législation dans l'histoire récente du Canada, on peut faire ressortir le caractère raciste des critères de sélection des membres des nations bienvenues ou bannies du Canada à divers moments¹³. On peut également pointer tel ou

tudes de lecture... comme si les habitudes de lecture ne renvoyaient pas elles-mêmes à tout un contexte extrêmement chargé de signification au plan social. Exemple tiré de R. FREEMAN, *Black Elite*, New York, McGraw-Hill, 1976, chap. 4 cité par T. SOWELL, *Civil Rights: Rhetoric or Reality?*, William Morrow and Co. Inc. New York, 1984, p. 80 et repris par M. KRAUSS, «L'action positive: réflexions historiques et philosophiques», (1985) 16 R.D.U.S., p. 471.

12. Exigence d'un diplôme d'études secondaires, par exemple.

13. Voir par exemple, O. BARTOLE, «Blacks in Canada: 1608 to Now» dans A

tel texte législatif ayant un effet d'exclusion¹⁴. On peut être convaincu de la tentation toujours latente et refaisant sans cesse surface d'exclure les éléments trop différents, la différence honnie variant selon les époques. On ne convaincra pas tous. Le dossier législatif n'est pas aussi lourd et consistant qu'il s'est révélé au sujet des femmes. La société canadienne entretient son image de société accueillante et multiculturelle, et l'on ne saurait douter d'une volonté collective sincère dans ce sens. On ne saurait toutefois demeurer aveugle à certains phénomènes révélés par diverses recherches sur le sujet qui sont en nette contradiction avec cet idéal.

Ces recherches sur la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale sont de divers types. Leurs résultats sont toutefois tout à fait cohérents et permettent de mieux saisir la complexité de la réalité analysée.

D'une part, les sondages auprès de vastes échantillons représentatifs de la population canadienne permettent de situer au-delà de 15% la proportion de la population qui affiche des attitudes ouvertement racistes¹⁵.

Pour leur part, les études réalisées auprès des membres des minorités «visibles» s'entendent pour situer au-delà de 50% le pourcentage des membres de ces groupes qui affirment avoir été victimes de discrimination, principalement dans le secteur du tra-

key to Canada: Part II, National Black Coalition in Canada, Toronto, 1976; MULTICULTURALISM DIRECTORATE, DEPARTMENT OF SECRETARY OF STATE, *The Canadian Family Tree: Canada's People*, Corpus Publishing, Toronto, 1979, p. 36; S. RAMCHARAN, *Racism: Non Whites in Canada*, Butterworth and Co., Toronto, 1982, R. WINKS, *The Blacks in Canada: A History*, McGill-Queen's University Press, Montréal, 1971.

14. Voir, entre autres, P. WARD, *White Canada Forever: Popular Attitudes and Public Policy Towards Orientals in British Columbia*, McGill-Queens, Montréal, 1978; C. YOUNG, et al. *The Japanese Canadians*, University of Toronto Press, Toronto, 1938; T.R. BERGER, «The Banished Canadian: Mackenzie King and the Japanese Canadians», in *Fragile Freedoms*, Clarke, Irwin, Co. Ltd., Toronto/Vancouver, 1982, pp. 93-126.
15. Un sondage Gallup réalisé pour le compte du Ministre d'État au Multiculturalisme en 1981 (texte miméographié) révèle que 18% de la population canadienne est d'accord avec les énoncés suivants: a) je mettrais fin à l'immigration des gens de couleur et b) les gens de couleur ne me dérangent pas mais je préférerais qu'ils retournent dans leur pays d'origine; 22% appuieraient les organismes qui travaillent pour réserver le Canada aux Blancs seulement. Les pourcentages varient légèrement selon les régions. Voir *Sondage omnibus fait pour le compte du Ministre d'État au Multiculturalisme*, novembre 1981, pp. 8, 20 et 22.

vail¹⁶. Toutefois, le caractère subjectif des réponses à des questions de ce type peut soulever des doutes. La mise en parallèle des données sur les préjugés exprimés et de celles sur les expériences d'exclusion vécues fait cependant ressortir le réalisme des témoignages des «victimes»: si 18% de la population canadienne affiche une hostilité marquée envers une population minoritaire, la population noire par exemple, nous pouvons chiffrer à 4 335 029 le nombre de personnes radicalement hostiles aux Noirs¹⁷ dans ce groupe. Si l'on considère par ailleurs, d'après les dernières données tirées du recensement, que la population noire canadienne pourrait se chiffrer à 239 460¹⁸, on doit conclure qu'il y aurait environ 18 racistes pour chaque Noir au Canada! Bien sûr il s'agit d'un raisonnement qui ne tient pas compte des possibilités de contact entre les deux groupes. Mais nous disposons d'études de mise en situation qui permettent d'évaluer plus précisément cette réalité.

Ainsi, à l'occasion de l'enquête sur le taxi par la Commission des droits de la personne¹⁹, une étude était effectuée²⁰ sur les usagers du taxi à Montréal et ce à partir d'un échantillon représentatif de ceux-ci. Diverses questions étaient posées sur les attitudes: pertinence de la race et de la nationalité comme critère de choix d'un chauffeur, hésitation à monter dans une voiture conduite par un Noir, etc. Nous ne retiendrons ici que les *conduites discriminatoires effectivement déclarées par les usagers* comme s'étant produites au cours des six derniers mois: 3.2% de ceux-ci ont déclaré ne pas avoir laissé de pourboire à un chauffeur «à cause de sa race» ou ne pas avoir pris un taxi «parce que le chauffeur de ce

16. Voir à ce sujet, à titre d'exemple, W. HEAD, *Adaptation of Immigrants: Perceptions of Ethnic and Racial Discrimination*, York University, Toronto, 1981; RAMCHARAN, S. *op.cit.*; R. PONTING, R. WARNER, «Blacks in Calgary; A Social and Attitudinal Profile», (1983) 15 *Canadian Ethnic Studies*.

17. Les données du recensement et celles du sondage Gallup indiquant le pourcentage de personnes hostiles aux Noirs datent toutes deux de 1981.

18. Ce nombre a été estimé par les services techniques de la Direction générale de l'équité en matière d'emploi (Document de la Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada, mars 1986, non publié). L'estimation a été faite à l'aide des données relatives à l'origine ethnique, le lieu de naissance, la religion et la langue maternelle.

19. Voir, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Enquête sur les allégations de discrimination raciale dans l'industrie du taxi à Montréal*. Rapport final, Montréal, octobre 1984.

20. Par le Centre de sondage de l'Université de Montréal, sous la responsabilité de M. Pierre BOUCHARD, entre le 16 et le 24 mai 1983: *Enquête sur la situation des travailleurs noirs dans l'industrie du taxi à Montréal*, texte non-publié, Montréal, le 27 avril 1983.

taxi était noir». Or 3.2% des usagers, cela signifie 12 500 personnes²¹. Si l'on considère que le nombre de chauffeurs noirs ayant un permis sur l'île de Montréal est d'environ 800, on peut dire que ces chauffeurs se partagent en moyenne 15.6 clients ayant eu, au cours des six derniers mois, des conduites discriminatoires à leur égard.

Il n'est donc pas nécessaire que tous soient racistes pour qu'on parle d'une situation d'inégalité entre divers groupes raciaux. Des chauffeurs noirs réussissent bien sûr à faire du taxi à Montréal²²; ils ont des clients. Cette étude auprès de la clientèle confirme toutefois clairement leurs témoignages selon lesquels ils sont l'objet de rebuffades quotidiennes que ne connaissent pas les chauffeurs blancs. Ces situations ne sont pas sans effet sur leur qualité de vie et, ce qui est plus grave, sur leur image d'eux-mêmes.

Un dernier type d'études permet une mesure encore plus directe du phénomène de la discrimination. Il s'agit d'études de mise en situation. On peut citer, par exemple, une étude de ce type réalisée dans la ville de Toronto en 1984²³.

Dans le cadre de cette étude, des candidats se présentaient à des postes annoncés dans les journaux, ou prenaient contact par téléphone en vue d'obtenir renseignements et entrevues.

Dans le premier type de situation, un candidat blanc et un candidat noir étaient jumelés avec des curriculum vitae équivalents (au milieu de l'expérience les curriculum étaient échangés). Ils étaient également appariés en fonction du sexe, de l'âge, de la tenue vestimentaire, etc. Leur scénario de présentation était standardisé. Or, sur 201 emplois postulés:

- les Blancs reçurent 27 offres contre 9 pour les Noirs;
- les Noirs ne reçurent aucune offre d'emploi de gérance ou impliquant des relations avec le public;
- 38 cas de traitement différent furent notés (emploi déclaré comblé pour le candidat noir, pas pour le candidat blanc;

21. Selon une analyse réalisée par Alberte LEDOYEN, «La discrimination venant de la clientèle du taxi à Montréal», Commission des droits de la personne, février 1984, texte non publié.

22. En devenant pour la majorité propriétaire de leur voiture (60%). Donnée tirée d'une enquête réalisée pour le compte du Secrétariat d'État, *Enquête sur les travailleurs haïtiens de l'industrie du taxi à Montréal*, novembre 1982, texte non publié.

23. F. HENRY et E. GINZBERG, *Who gets the work? A test of Racial Discrimination in Employment*, The Urban Alliance on Race Relations and the Social Planning Council of Metropolitan Toronto, Toronto, 1985.

salaire moindre offert au candidat noir; formule à compléter remise au candidat blanc et non au candidat noir dans le cas où le poste est déjà comblé, etc.).

Dans le deuxième cas — contacts par téléphone — le jumelage se faisait entre des personnes de la majorité et des personnes possédant un accent identifiable. Dans 52% des cas le traitement fut différent pour ces derniers. Un Indo-pakistanaïse pouvait attendre une semaine avant de recevoir sa première convocation alors qu'un membre de la majorité «inaudible» pouvait recevoir deux convocations la première journée²⁴.

Un dernier résultat incident de cette étude mérite d'être mentionné parce qu'il illustre clairement un élément important de la dynamique de la discrimination. Les auteurs soulignent que les «acteurs» chargés de la simulation se piquèrent rapidement au jeu de telle sorte qu'ils souhaitaient vraiment obtenir les postes auxquels ils soumettaient leur candidature. Or, malgré que tous étaient au courant de l'hypothèse à vérifier, à savoir l'intervention de la variable raciale dans la sélection, des acteurs durent abandonner (leur emploi!) parce qu'ils ne pouvaient supporter le poids des échecs dont ils pouvaient sans cesse mesurer l'ampleur par rapport à ceux rencontrés par leur partenaire blanc. Ils se sentaient dévalorisés et finirent par se demander: «Pourquoi mon collègue fait-il tellement mieux que moi?»²⁵.

On a là une vérification *in situ* (malgré que les enjeux étaient connus, la situation maîtrisée) de cette hypothèse par ailleurs maintes fois testée de l'auto-dévalorisation, de la perte de confiance en soi et, par suite, de l'enchaînement des échecs des personnes qui font l'objet de discrimination.

Ces résultats, bien sûr trop peu nombreux et présentés de façon trop succincte, n'avaient pour but que d'illustrer quelques principes généraux que des décennies d'expérimentation et d'analyse ont permis de dégager au sujet de la discrimination.

On note d'abord que la situation varie considérablement d'un groupe victime de discrimination à l'autre: la dynamique de l'exclusion dont les femmes, les Autochtones, les minorités visibles et ethniques²⁶ sont l'objet se construit très différemment. Toutefois on peut noter certaines observations générales:

24. *Ibid.*, p. 47.

25. *Ibid.*, p. 22.

26. Nous nous sommes limités à ces groupes pour des raisons d'économie d'espace.

- il n'est pas nécessaire que tous les membres d'une société soient racistes ou sexistes pour que les membres d'une minorité supportent un poids très lourd de discrimination;
- l'inégalité, si elle se mesure au niveau des résultats différents obtenus globalement par un groupe, comporte de plus une surcharge (souvent cachée) d'efforts pour obtenir individuellement un résultat identique;
- les victimes sont souvent incapables de mesurer le traitement différent dont elles sont l'objet parce qu'elles ne sont pas toujours conscientes des moyens employés pour les exclure (le logement vient d'être loué, l'emploi attribué, etc.);
- les expériences de rejet produisent une dévalorisation personnelle qui réduit à son tour les chances de succès;
- elles conduisent dans cette perspective à éviter les situations où l'on est persuadé qu'on sera écarté (chilling effect);
- il n'est pas nécessaire que les attitudes discriminatoires se maintiennent pour que les effets d'exclusion se perpétuent; des pratiques diverses, même apparemment neutres, peuvent ériger des barrières pour des groupes donnés.

3. L'émergence de la notion de discrimination systémique

Que peut-on retenir de ce qui précède en regard de l'objectif que nous nous étions fixé au départ, à savoir déterminer la contribution de la recherche sociale à la définition de la discrimination.

L'acquis principal, me semble-t-il, c'est la démonstration non seulement du bien-fondé de ce qui nous était révélé par les revendications de divers groupes qui se disent victimes de discrimination, mais mieux encore, une connaissance de la dynamique de la discrimination. L'accumulation de ce savoir est à l'origine du développement d'une nouvelle notion, celle de discrimination systémique.

Ce que ces années de recherche ont en effet permis d'établir, c'est que la situation d'inégalité des personnes appartenant à divers groupes se fonde sur des systèmes de pratiques, de valeurs et de règles codifiées ou non qui, dans un enchaînement complexe (souvent circulaire), ont pour effet de détruire ou de compromettre leur droit «à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne»²⁷.

27. *Charte des droits et libertés de la personne*, op. cit., art. 10.

Pour mieux asseoir cette notion de discrimination systémique, je reprendrai d'abord rapidement une série d'exemples liés à la situation des femmes. Dans un deuxième temps, j'examinerai l'ensemble des termes auxquels la découverte de cet aspect dynamique de la discrimination a donné lieu afin de mieux préciser la sphère d'application de la notion de discrimination systémique et les choix terminologiques qui selon moi s'imposent.

Un exemple type: la situation des femmes

Si nous reprenons l'examen de la situation des femmes, nous pouvons voir comment leur insertion dans la vie sociale a été définie historiquement; comment cette définition s'est traduite à la fois dans les perceptions et les conduites à leur égard, depuis le plus bas âge, et dans les textes de loi qui ont codifié leur statut. Nous pouvons suivre les conséquences des différences ainsi établies au plan de l'éducation de base, de l'orientation scolaire, de l'accès au travail et aux postes de direction: des barrières de divers ordres sont venues ralentir, quand ce n'est bloquer complètement, leur insertion sur le marché du travail, leur participation à la vie politique, leur mobilité sociale et professionnelle. Ce qui est peut-être plus important encore c'est de voir comment, au-delà de la transformation «officielle» de ce statut, les barrières érigées dans le passé continuent à produire leur effet par le support indirect de toutes sortes d'habitudes ou le maintien de pratiques en apparence neutres.

On peut retracer ces barrières à des niveaux superficiels. Ainsi, par exemple, l'habitude de désigner certains emplois au masculin peut avoir été renforcée à tel point historiquement qu'il n'y a pas d'équivalent féminin à certains termes. Si le terme de «plombière» fait rire, ce n'est pas que le mot soit ridicule en soi, mais que la réalité à laquelle il réfère est un monde d'homme. Rien dans notre société à l'heure actuelle n'incite les filles à s'orienter vers ce métier... tout, au contraire, les en décourage.

Celles qui ont choisi des métiers non traditionnels auront beaucoup de difficulté à supporter le poids de l'intégration dans des milieux exclusivement masculins si elles sont ridiculisées quand ce n'est harcelées par leurs collègues et leurs supérieurs immédiats²⁸.

28. La cause en première instance d'*Action Travail des Femmes c. Chemins de fer nationaux du Canada*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2327 a mis en évidence de façon intéressante une telle dynamique.

De la même façon diverses règles de fonctionnement pourront avoir pour effet de bloquer la progression des femmes au sein de divers milieux de travail. Prenons rapidement ce cas d'enquête soumis à la Commission des droits de la personne où une entreprise avait accepté de changer ses classifications (postes masculins, postes féminins) afin de donner à tous ses employés, indépendamment de leur sexe, accès à l'ensemble des postes. L'entreprise ne changea toutefois pas ses règles d'ancienneté, celles-ci étant rattachées au département où on avait accumulé son expérience. Comme les femmes avaient eu accès, dans le passé, aux postes d'un seul département, alors que les hommes pouvaient passer d'un département à un autre, tous les hommes ayant eu une expérience dans l'un ou l'autre des autres départements de l'usine avaient priorité sur elles pour tout poste affiché dans ces départements. La plupart des plaignantes avaient plus de dix ans d'expérience: tous les derniers entrés avant l'établissement de la nouvelle politique soi-disant non-discriminatoire avaient préséance sur elles dans les départements antérieurement masculins.

Une analyse de conventions collectives de 1980 a permis de mettre en évidence l'ampleur encore actuelle de la codification de telles pratiques dans les contrats de travail²⁹:

- titres d'emplois sexués
- listes d'ancienneté sexuées
- listes de salaires sexuées
- différences sexuées dans l'accessibilité à un régime d'assurance, etc.

La situation des femmes dans la société et sur le marché du travail fournit un exemple type de ce que nous avons voulu démontrer: *l'aspect systémique de la discrimination se situe dans l'enchaînement dynamique des facteurs qui a pour résultat l'exclusion ou la préférence d'un groupe donné dans l'exercice d'un droit.* C'est par ces interrelations dynamiques que les situations d'infériorisation ou de mise à l'écart qui se développent dans un secteur peuvent se répercuter dans d'autres secteurs et finalement marquer *l'ensemble du système.* C'est à mon sens l'élément de compréhension de la discrimination le plus important que la recherche des dernières décennies a permis d'articuler. *La discrimination systémique n'est donc pas une nouvelle forme de conduites discriminatoires: c'est une nouvelle façon de comprendre la discrimination*³⁰.

29. Voir M. GARON avec la collaboration de F. BÉLANGER, *op. cit.*

30. Nous rejoignons en cela la position de W.W. BLACK dans son approche

La confusion terminologique

Le terme de discrimination systémique a toutefois fait son chemin de façon plus ou moins catholique alors que cette compréhension de la dynamique de la discrimination se développait. Une série d'expressions ont vu le jour en cours de route de telle sorte qu'une confusion terminologique relativement grande entoure actuellement ce champ de référence. J'examinerai ici brièvement trois des termes qui, avec celui de discrimination systémique, sont le plus souvent utilisés. Je tenterai de délimiter la sphère d'application qui me paraît la plus appropriée pour chacun et les relations qu'ils entretiennent entre eux. Ces termes sont ceux de discrimination *historique*, discrimination *sociétale* et discrimination *indirecte*.

L'expression de discrimination *historique* renvoie évidemment à la dimension temporelle dans le développement de la discrimination. Notre présentation de la notion de discrimination systémique a certes voulu souligner l'importance de la dimension historique dans la genèse des inégalités sociales. Une approche systémique implique donc que les pratiques examinées soient replacées dans leur contexte évolutif pour être comprises.

Supposons, par exemple, qu'on observe des différences salariales entre deux corps d'emploi jugés par ailleurs équivalents. Supposons que le corps d'emploi le moins bien rémunéré comporte un pourcentage de femmes plus élevé que le corps d'emploi mieux rémunéré. On pourra alors se demander si l'écart salarial peut être attribué au sexe des occupants des postes concernés. Pour trancher cette question on aura avantage à examiner d'une part l'évolution de la représentation féminine dans ces postes et d'autre part l'évolution correspondante de l'échelle des salaires. Si l'on peut démontrer que l'écart salarial remonte à un moment dans le passé où le corps d'emploi sous-rémunéré était très majoritairement féminin, on pourra juger que cet écart est discriminatoire, même si les femmes n'y représentent plus actuellement une telle majorité.

Dans un sens large la notion de discrimination historique ne véhicule donc pas de signification particulière. En réalité c'est uniquement par la distinction entre le passé et le présent que la notion d'histoire devient opératoire pour parler de discrimination. Une pratique discriminatoire peut, dans cette perspective:

juridique de la question. Voir: *Employment Equality: A Systemic Approach*, Human Rights Research and Education Center, University of Ottawa, novembre 1985, p. 136.

- avoir existé dans le passé mais avoir été éliminée et ne plus avoir d'effets actuels;
- avoir été éliminée mais conserver des effets actuels;³¹
- ou enfin avoir débuté dans un passé plus ou moins lointain et demeurer toujours en vigueur.

Dans ce sens le terme de *discrimination historique* ne me paraît pas utile en soi; il paraît même source de confusion. Ou il réfère à la considération de la dimension historique dans l'examen de la discrimination et alors il s'agit d'un aspect de l'approche systémique; ou il renvoie à des pratiques situées dans le temps, et alors il suffit de les dater: pratiques passées ou actuelles, ou pratiques passées avec effet dans le présent. Je suggérerais donc de parler soit d'analyse historique au sein d'une approche systémique, soit de discrimination passée ou de discrimination passée ayant un effet actuel.

Un autre terme faisant référence à l'intervention de mécanismes sociaux complexes dans l'explication de la discrimination et dans la définition de moyens appropriés pour la contrer commence à être utilisé: c'est celui de discrimination «sociétale». Encore une fois, la question qui se pose c'est de savoir si ce terme apporte un outillage conceptuel spécifique et utile à la compréhension de la dynamique de la discrimination.

Le recours à ce terme qui apparaît comme une inflation du terme social³², convie à la considération d'une réalité ayant trait au tout social. En cela, il est clair qu'il n'apporte pas d'élément nouveau par rapport à une approche systémique de la discrimination telle qu'elle a été décrite plus haut. On peut même affirmer que son apport est moindre puisqu'il ne précise pas sous quel aspect cet ensemble sera considéré alors que la notion de systémique renvoie à la considération des interrelations dynamiques des parties du tout.

Qui plus est, une utilisation du terme dans un jugement américain récent et important (*Wygant c. Jackson Board of Educa-*

31. C'était le cas dans l'exemple présenté plus haut sur les disparités salariales qui ont pu dans le passé être liées à la ségrégation des postes (postes de féminins — postes masculins) et qui peuvent se maintenir malgré que les hommes aient désormais accès aux postes jadis exclusivement féminins.

32. Pas plus que pour le terme systémique, cet emprunt à l'anglais n'est encore entériné par les dictionnaires.

tion³³) vient d'introduire une distinction qui risque de créer une nouvelle confusion dans la compréhension de l'intervention du social dans l'explication des phénomènes de discrimination. Cette utilisation me paraît d'autant plus malheureuse que le jugement marquera sans doute une étape dans la preuve de la discrimination pouvant donner lieu à des programmes volontaires aux États-Unis³⁴.

En effet, alors que le terme «sociétal» — comme enflure du terme social — devrait nécessairement englober l'ensemble de la réalité sociale, il est utilisé dans ce jugement pour distinguer la discrimination qui se développe dans la société par opposition à la discrimination vécue dans l'organisation mise en cause. Bien sûr il y a lieu de faire la distinction entre une situation dans un milieu donné et les caractéristiques de l'environnement, surtout quand il s'agit de juger cette situation particulière. Mais si l'on parle de «sociétal» il est clair que l'organisation et ses pratiques ne peuvent en être exclues. L'examen des faits auquel le juge Marshall nous convie dans son exposé dissident,³⁵ montre d'ailleurs bien comment le problème sous examen, à savoir celui de l'embauche dans la Commission scolaire de Jackson, était partie intégrante du problème de l'intégration sociale des Noirs dans cette communauté. Comme ces faits n'avaient malheureusement pas été mis en preuve devant la cour de district, la majorité refusa d'en tenir compte.

En fait, la question qui est débattue dans ce jugement, c'est celle de savoir quel type de discrimination peut être invoqué pour justifier des pratiques d'embauche ou de mise à pied préférentielles dans une commission scolaire: peut-on faire appel, par exemple, à un besoin général de modèle d'identification raciale pour les étudiants d'un groupe minoritaire (fort difficile à chiffrer par ailleurs) et dont l'absence serait le résultat d'une discrimination «sociétale», ou bien doit-on s'en tenir à une évaluation de la sous-utilisation d'une main d'oeuvre disponible?³⁶ Dans les deux cas, on fait référé-

33. *Wygant c. Jackson Board of Education*, 40 F.E.P. Cases, 1321 (1986).

34. Tant dans le secteur privé que dans le secteur public, bien que la cause en soit une du secteur public.

35. *Wygant c. Jackson Board of Education*, Juge Marshall, pp. 1-5.

36. Le caractère partiel des données examinées dans le jugement nous laisse sur notre appétit à ce sujet. En fait, dans une perspective systémique ce cas présentait l'intérêt de toucher deux sous-systèmes: le sous-système éducationnel et le sous-système économique (la commission scolaire comme employeur). Ici la cour nous amène à ne considérer que les devoirs de la commission scolaire comme employeur. Il n'est pas certain qu'un examen complet des faits dans leur perspective historique aurait

rence à des problèmes de société. Si l'on réserve le terme de sociétal à ce qui est extérieur et jugé non pertinent à une situation donnée, on sous-entend que l'explication d'un problème localisé peut être coupée d'une compréhension systémique des phénomènes sous observation, c'est-à-dire de leur interconnexion historique (passée et présente) avec les modèles et les pratiques ayant cours dans les autres secteurs de la société. Ce qui n'a évidemment pas de sens.

En un mot, le recours au terme «sociétal» pour désigner une forme ou un lieu particulier de discrimination non pertinent pour une situation donnée me paraît non seulement inexact, mais nuisible à la clarification des questions sous examen. Plutôt que de parler de discrimination «sociétale» dans ce cas, on pourrait tout simplement parler d'explication non pertinente, de modèles de discrimination non appropriés à la cause, etc.

Enfin, un dernier terme est employé pour parler de la dynamique sociale de la discrimination: c'est celui de discrimination *indirecte*. Contrairement aux deux précédents (discrimination historique et discrimination sociétale), l'introduction de ce terme a pour but de désigner une manifestation particulière de la discrimination: il réfère à l'ensemble des pratiques apparemment neutres et identiques pour tous mais dont l'application a des effets d'exclusion particulièrement accusés sur un groupe donné (l'exemple le plus souvent présenté est celui des exigences de taille et de poids).

Ce terme présente en fait le double avantage de la simplicité (il est plus simple en effet que la référence à la «discrimination suite à un effet préjudiciable»³⁷, et de la clarté (dans la distinction qu'il opère par rapport à la discrimination «directe» où le sexe, la race, etc. sont présents à l'esprit de celui qui cause la discrimination).

Ce choix terminologique implique toutefois ici une modification par rapport à une première désignation de ces phénomènes. En effet au Canada, comme aux États-Unis, la mise en évidence de cette forme de discrimination non couverte par l'acception originelle de la notion de discrimination (discrimination intentionnelle, directe) a été à l'origine de l'emploi du terme de discrimination sys-

mené aux même résultats. Le rôle central de l'école dans la transmission des modèles dans un milieu raciste et les batailles auxquelles la question avait donné lieu dans cette ville ne pouvaient être sans pertinence.

37. Voir *La Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons Sears Ltd*, (1985) 2 R.C.S. 536.

tématique. Il s'agissait d'une première étape vers une approche beaucoup plus englobante de la discrimination. En acceptant de dépasser la simple observation de pratiques pour examiner leurs effets on s'ouvrait bien sûr à une approche systémique. Toutefois l'ouverture allait bientôt permettre de dépasser les frontières de ce type de pratiques et donner lieu à une approche globale de la discrimination. Il apparaissait dès lors nécessaire de développer un nouveau terme pour désigner ce type particulier de pratiques.

L'ensemble des arguments présentés concourt donc à fonder cette position selon laquelle le terme de discrimination systémique devrait être réservé pour coiffer toute approche visant à retracer la genèse et la dynamique de l'ensemble des manifestations de la discrimination dans un milieu donné. Ce terme couvre ainsi les pratiques intentionnelles et les distinctions discriminatoires fondées sur des motifs de divers ordres³⁸ (discrimination directe), d'une part, et les pratiques neutres ayant un effet discriminatoire (discrimination indirecte), d'autre part.

Il est de plus important de noter que l'approche systémique ne s'applique pas uniquement à une évaluation globale des phénomènes sociaux (pour la société prise dans son ensemble). Cette approche permet également d'examiner chacun des sous-systèmes de la société de l'intérieur et d'évaluer les interrelations entre les pratiques dans un secteur donné de façon à faire ressortir les enchaînements qui produisent l'exclusion. Ainsi, par exemple, une analyse de la façon dont une machine est construite dans une entreprise pourra révéler que la majorité des femmes ne sont pas assez grandes pour y travailler efficacement. Si l'on observe par ailleurs que le travail sur cette machine constitue une étape dans la ligne de progression dans l'entreprise, on aura une explication du faible nombre ou de l'absence de femmes aux échelons supérieurs.

Une analyse systémique pourra permettre d'identifier les lieux où des interventions sont requises pour corriger une situation puisqu'une telle analyse permet l'identification de l'origine des effets qu'il s'agit d'éliminer.

Ce caractère englobant a certes pu déconcerter. D'aucuns ont écarté la notion en soutenant que la discrimination systémique est un concept vide parce qu'il englobe tout. Il m'apparaît que la mise en évidence du caractère systémique de la discrimination est au contraire très significative et extrêmement importante pour la défi-

38. Par exemple, les réactions appréhendées de la clientèle.

dition des prochaines étapes menant à une solution adéquate des problèmes soulevés.

Cette approche présente en particulier l'avantage d'éliminer les problèmes liés à la recherche de la culpabilité individuelle face aux situations observées. Bien sûr les attitudes sexistes, racistes et les préjugés de tous ordres demeurent une réalité présente. Les analyses, ainsi que nous l'avons souligné plus haut, continuent à le révéler systématiquement. Ce que les travaux examinés permettent par ailleurs de mettre en évidence c'est que les effets se développent bien au-delà des intentions qui les ont fait naître; que des effets peuvent se produire indépendamment de la présence de l'intention malicieuse à un moment ou à un autre du processus ou même de la conscience du lien de causalité entre une pratique et une exclusion discriminatoire. Finalement ces travaux montrent que ces effets s'additionnent et se renforcent. Dans cette perspective, il paraît insuffisant de convaincre des individus ou des groupes qu'ils doivent changer leurs attitudes. C'est le processus qu'il faut changer et c'est à ses effets qu'il faut s'attaquer³⁹.

4. Évolution parallèle de l'approche juridique

Il n'est certes pas inintéressant, d'un point de vue sociologique, de constater que l'évolution de l'approche législative et jurisprudentielle de la discrimination au cours des deux dernières décennies a suivi un développement en étroite concordance avec la conception de la discrimination qui s'est dégagée progressivement des analyses socio-économiques relatives à ce phénomène.

Je retracerai rapidement les jalons de cette évolution conceptuelle et je montrerai comment elle a mené au développement de moyens correctifs qui font appel à une appréciation large des mécanismes sociaux impliqués dans la dynamique de la discrimination.

39. On s'étonne de voir réapparaître d'une façon qui paraît anachronique le recours aux sentiments, à l'hostilité, à la jalousie ou même à la haine pour expliquer le fondement de cette approche. On lit par exemple: «Il faut donc interpréter les aspirations des protagonistes de cette mesure par l'envie», J.L. MIGUÉ, «Action positive du marché ou action négative de l'État?» *Le Devoir*, 31 juillet 1985, ou encore: «Ceux qui persistent à croire que les femmes sont «exploitées» doivent donc croire: 1) à un immense complot de tous les employeurs, où la haine des femmes est tellement forte qu'elle efface le désir de réaliser des profits...», M. KRAUSS, *op. cit.*, p. 472. Comme si l'on ne pouvait sortir du discours moral des bons et des mauvais sentiments comme explication ultime de l'ensemble des mécanismes sociaux!

L'apparition du mot «effet» est sans doute le premier indicateur d'un éclatement de la notion originelle de discrimination qui s'appuyait sur les conduites, les attitudes et donc les intentions individuelles.

C'est dans les lois et les conventions concernant la discrimination en matière de travail qu'on voit d'abord apparaître ce terme. Ainsi la *Convention no III* de l'Organisation internationale du travail spécifie déjà en 1958 à l'alinéa 1 de son article 1:

«1. Aux fins de la présente convention, le terme «discrimination» comprend:

- a) Toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a *pour effet* de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession»⁴⁰.

En 1964, le Title VII du *Civil Rights Act* américain déclare à son article 703(a) 2e alinéa:

«703(a) It shall be an unlawfull employment practice for an employer (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise *adversely affect* his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin»⁴¹.

La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965) puis la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* reprennent la notion en la distinguant cette fois de celle de «but»:

«1. Dans la présente Convention, l'expression «discrimination raciale» vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, *qui a pour but ou pour effet* de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique»⁴².

La Charte québécoise s'inscrit dans ce même mouvement:

Art. 10.

«Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou pré-

40. Les italiques sont de nous.

41. Les italiques sont de nous.

42. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, adoptée le 21 décembre 1965.

férence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou d'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit»⁴³.

La présence du terme «effet» dans les textes législatifs nationaux ne se répercute toutefois pas immédiatement dans la jurisprudence. La coexistence de ce terme avec celui de «fondée sur» — en anglais, «because of» — qui a été interprétée comme renvoyant à l'intention, ou à tout le moins à la conscience, a mis temporairement un frein à une interprétation dans ce sens là où l'une ou l'autre seraient absentes.

Il faut attendre 1971 aux États-Unis⁴⁴ pour qu'un premier jalon soit jeté dans le sens d'une interprétation de la discrimination qui ne nécessite plus l'intention: une pratique appliquée à tous de façon identique est jugée discriminatoire parce qu'elle a un effet discriminatoire significativement plus marqué pour un groupe donné. Dès lors le mouvement semble irréversible.

Au Canada, malgré l'absence du terme «effet» dans la définition de la discrimination pour l'ensemble des lois statutaires fédérale et provinciales⁴⁵ — à l'exception de la Charte québécoise et plus récemment de la loi ontarienne⁴⁶ — une série de causes⁴⁷ reconnaissent l'effet discriminatoire en se fondant notamment sur le jugement *Gares* (relatif à une poursuite pour discrimination sala-

43. Les italiques sont de nous.

44. La désormais célèbre cause de *Griggs c. Duke Power Co.*, (1971) 401, U.S. 424.

45. On y trouve plutôt la référence à des distinctions fondées sur... divers motifs.

46. Le gouvernement ontarien suite au jugement de la Cour d'appel d'Ontario dans *Ontario Human Rights Commission c. Simpsons Sears Ltd.*, (1982) 3 C.H.R.R. D/1071 (Ont. Div. Ct.) a décidé de marquer sa volonté de couvrir l'effet discriminatoire en modifiant sa loi de façon à ce que la notion de traitement inégal s'applique même à des résultats non délibérés. Ainsi est interdite à l'article 10 une exigence, une qualification ou toute autre considération imposée «that is not discrimination on a prohibited ground but that would result in the exclusion, qualification or preference of a group...» *Ontario Human Rights Code*, S.O. 1981, c. 53, art. 10.

47. Pour une analyse des particularités de ces jugements voir à W.W. BLACK, «From Intent to Effect: New Standards in Human Rights», (1980) 1 C.H.R.R. C/1 et *Employment Equality, a Systemic Approach*, *op. cit.* pp. 25-35.

riale)⁴⁸ et sur la décision *Singh* (relative à une exclusion découlant de pratiques prescrites par une croyance religieuse)⁴⁹, de même que sur les principes sous-jacents aux législations anti-discriminatoires.

Deux jugements de la Cour suprême, les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*, sont venus récemment donner une vigueur nouvelle à cette interprétation⁵⁰. Cette concordance est d'autant plus significative que les jugements se fondent sur deux documents législatifs différents⁵¹.

Mais le mouvement de reconnaissance du caractère collectif de la discrimination ne s'arrête pas là. Il se traduit au plan législatif par la reconnaissance de la légitimité de remèdes collectifs comme le mal diagnostiqué. C'est le cas spécifiquement de la *Loi canadienne des droits et libertés* à ses articles 41(2) et 15, du *Saskatchewan Human Rights Code* à ses articles 31(7) et 47 et de la *Charte québécoise des droits et libertés*, à sa partie III; les autres codes provinciaux demeurent plus vagues⁵². Ces documents législatifs prévoient en gros la possibilité de l'adoption de programmes d'accès à l'égalité, c'est-à-dire des programmes prévoyant des mesures de rattrapage pour les groupes victimes de discrimination. Bien que définis comme remèdes appropriés à la discrimination systémique, ces instruments n'ont toutefois pas encore été explorés de façon significative⁵³.

Finalement, un pas supplémentaire dans le développement des remèdes a été franchi récemment. Devant l'inefficacité et la lenteur de l'approche qui consiste à rechercher des «fautifs» pour la solution d'un problème qui en est un de système, devant l'inefficacité

48. A.g. *Alta c. Gares*, (1976) 67 D.L.R. (3d) 635 (Alta. S.C.T.D.).

49. *Singh c. Security and Investigation Services Ltd*, non publiée, 31 mai 1977 (Ont. Bd.).

50. La *Commission des droits de la personne* et *O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd*, *op. cit.* et *Bhinder* et la *Commission des droits de la personne* *Chemins de fer nationaux du Canada*, (1985) 2 R.C.S. 561.

51. La *Loi canadienne des droits et libertés de la personne*, S.C. 1976-1977, c. 33 et le *Ontario Human Rights Code*, S.O. 1981, c. 53.

52. Voir à ce sujet, W.W. BLACK, *Employment Equality: A Systemic Approach*, *op. cit.*, pp. 71-73.

53. Le renversement de la cause d'*Action Travail des femmes* par la Cour fédérale d'appel marque les limites rédactionnelles de l'article 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits et libertés*. Voir *Action Travail des femmes c. Chemins de fer nationaux du Canada*, (1985) 6 C.H.R.R. D/2908. Ce jugement a été porté en appel devant la Cour suprême du Canada.

des mesures volontaires⁵⁴, on en est venu à considérer la nécessité de programmes requis auprès de vastes secteurs de la société. Le caractère collectif du problème est dès lors pleinement reconnu et la recherche d'une solution passe de l'évaluation localisée de la responsabilité à la recherche de modalités visant, pour l'ensemble de la société, à assurer un rattrapage aux groupes victimes d'une discrimination historiquement constituée et systématiquement répercutée dans la société.

Cette reconnaissance législative de la nécessité de programmes à large champ d'application se traduit par l'adoption de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*⁵⁵ et par la mise sur pied du programme de contrats fédéraux. Cette loi crée, pour l'ensemble des employeurs de juridiction fédérale, l'obligation de recueillir des données sur la représentation des minorités et des femmes au sein de leurs effectifs et de développer des objectifs et échéanciers au cas où ces chiffres démontreraient la sous-utilisation de ces groupes. Quant au programme de contrats fédéraux, il crée l'«obligation contractuelle» pour les contractants de l'État, c'est-à-dire l'obligation pour ceux-ci d'adopter des programmes de rattrapage pour divers groupes-cibles s'ils ne peuvent démontrer que ces groupes sont présents dans leurs effectifs en proportion de leur représentation au sein de la main d'oeuvre compétente disponible dans la zone géographique appropriée.

Avec l'obligation contractuelle — dont les effets positifs ont été récemment évalués aux États-Unis après dix ans de mise en

54. Le constat de cette inefficacité constitue l'un des fondements du mandat de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi présidée par le juge Rosalie S. Abella:

«Attendu que les mesures prises par les employeurs canadiens pour accroître l'embauche et la productivité des femmes, des autochtones, des personnes handicapées et des minorités visibles n'ont pas encore entraîné de changements sensibles dans les méthodes d'emploi qui ont pour effet involontaire d'écarter un nombre démesuré de ces personnes des possibilités d'embauche et d'avancement...»

Voir R.S. ABELLA, *Égalité en matière d'emploi: Rapport d'une commission royale*, Ottawa, octobre 1984, pp. i-ii. Ce constat est confirmé par la suite lors de l'examen des résultats de l'application de programmes volontaires dans la fonction publique:

«...les programmes volontaires mis en oeuvre dans la fonction publique ont peu modifié la composition des effectifs»,

Ibid., p. 215. L'auteure fait le même constat au sujet des programmes pour les handicapés (p. 216) et pour les Noirs dans la fonction publique de Nouvelle-Écosse (p. 217).

55. Projet de loi C-62, adopté par le Parlement fédéral en août 1986.

oeuvre⁵⁶ — nous entrons de plein pied dans une approche sans coupable (le no-fault approach). C'est une solution aux problèmes constatés par une décennie de rapports de commissions d'enquête. Dans ce cadre, l'entreprise devant adopter un programme n'est pas, en effet, définie comme une entreprise coupable d'une faute identifiée. Elle est conçue comme partie d'un système où les membres des groupes-cibles, pour un ensemble complexe de raisons, n'ont pas pu bénéficier d'une part jugée satisfaisante des avantages offerts par l'entreprise. Les contractants de l'État, parce qu'ils bénéficient des investissements collectifs, sont appelés à contribuer les premiers à l'effort collectif de rattrapage.

Un projet du même type est à l'étude au Québec⁵⁷.

Cette très grande cohérence dans l'évolution législative et jurisprudentielle, tant au Canada qu'aux États-Unis, malgré les différences dans les textes législatifs, est sans contredit un excellent indicateur d'un large consensus social sur l'évaluation d'un mal de société — sur son diagnostic — et sur les moyens appropriés pour le contrer.

5. Un dossier qui reste ouvert

J'ai voulu dans cette première partie retracer rapidement l'évolution de la connaissance dans le domaine de la discrimination. J'ai voulu montrer comment ce patient travail d'analyse a permis de ramener à notre conscience — de façon à nous rappeler la fragilité de nos libertés si chères⁵⁸ — les situations d'exclusion les plus fortes que notre société a connues... et s'est empressée d'oublier. J'ai voulu montrer comment ce travail a permis de comprendre ce

56. Voir H. HAMMERMAN, *A Decade of New Opportunity: Affirmative Action in the 1970's*, The Potomac Institute Inc., Washington, octobre 1984.

57. Un comité interministériel, sous la responsabilité du ministre de la Justice, a été formé à cet effet. Il est composé de représentants du Secrétariat à la condition féminine, du ministère de la Justice, de l'Industrie et du Commerce, du Secrétariat au Conseil du trésor, du ministère des Communautés culturelles et de l'Immigration, de la Commission des droits de la personne et du Conseil du statut de la femme.

58. Voir sur ce thème le beau livre du juge T.R. BERGER, *Fragile Freedoms: Human Rights and Dissent in Canada*, Clarke, *op. cit.* Cet ouvrage montre bien comment de la déportation des Acadiens à la crise d'octobre en passant par la répression des témoins de Jehovah et le bannissement des Canadiens d'origine japonaise, sans oublier notre plus ancienne question de droits collectifs, celles des droits aboriginaux, le mal de l'exclusion nous guette.

que des groupes entiers affirmaient vivre et que la société se refusait à reconnaître. J'ai voulu finalement mettre en évidence le caractère continu, persistant des préjugés mais également des conséquences de certaines exclusions qu'on croit définitivement dépassées.

J'ai voulu souligner, suite à la mise en évidence de la dynamique de la discrimination, le passage d'une conception de la discrimination comme phénomène individuel, intentionnel, à celle de la discrimination comme phénomène systémique. J'ai indiqué les conséquences de ce changement de perspective sur la définition des correctifs à apporter au problème de la discrimination.

J'ai voulu également souligner la convergence entre les conclusions émanant de la recherche et les orientations des législations et de l'interprétation jurisprudentielle.

Il est clair que le travail de recherche visant à clarifier ces réalités n'est pas achevé; les résultats doivent certes être constamment remis à jour de façon à ce que l'évolution des situations, suite aux transformations des différents facteurs en présence, soit prise en compte.

Qui plus est, les connaissances requises pour préciser les problèmes et les besoins ne sont pas aussi bien développées pour tous les groupes visés. Si la genèse de la relégation des femmes a été appuyée par une multitude d'analyses, on connaît par contre encore mal le processus de stigmatisation lié à l'origine ethnique. On ne doit pas s'étonner que la définition des groupes cibles pour lesquels des programmes d'accès à l'égalité pourraient être mis en place demeure encore incertaine: doit-on se baser sur l'origine nationale? se limiter à certaines origines? définir des cibles multiples? l'appartenance ethnique est-elle source d'exclusion pour les individus de la deuxième ou de la troisième génération? etc. La réponse à ces questions pourra émerger d'une meilleure connaissance du déficit social des membres de ces groupes de telle sorte que des correctifs pourront être apportés en proportion du mal constaté⁵⁹.

Le travail se poursuit mais on peut penser que la trajectoire de base est tracée.

59. La Direction de la recherche de la Commission des droits de la personne a entrepris une étude auprès d'un vaste échantillon représentatif des divers groupes ethniques de la région de Montréal en vue de trouver des réponses à ces questions. Cette recherche est sous la responsabilité d'Alberte Ledoyen avec la collaboration de R. Lescop et M. Garon.

II. LA PREUVE STATISTIQUE: UNE QUESTION QUI DÉPASSE LES CHIFFRES

Si l'on poursuit cette image spatiale, on peut certainement dire que bien que parallèles les trajectoires de la recherche sociale et du droit se sont maintenues à bonne distance. Leur convergence pour fonder une prise en charge sociale des phénomènes de discrimination n'est toutefois pas étrangère au développement d'un véritable lieu « officiel » de rencontre et de collaboration. Ce lieu de rencontre, c'est le tribunal; l'occasion, celle de la construction d'un nouveau modèle de preuve basé sur une approche élargie de la discrimination. Un terme nouveau a même été adopté pour le désigner, celui de « preuve statistique ».

Je vais tenter, dans les pages qui suivent, de préciser les formes que cette collaboration paraît devoir adopter. Dans un premier temps je préciserai les caractéristiques de l'outil statistique; puis je montrerai comment les exigences qu'il pose se situent par rapport à celles de la preuve en droit et en quoi il peut être un instrument utile à celle-ci.

On doit toutefois noter au départ que la rencontre sciences sociales et droit sur le terrain de la preuve statistique ne manque pas d'ambiguïté puisqu'on oscille, quand on parle de preuve statistique, entre la philosophie et la technique. Il me paraît que dans un cas comme dans l'autre on fait fausse route.

Dans le premier cas, la validité de l'outil est confondue avec la légitimité de l'approche. Cette confusion découle évidemment du fait que l'introduction de ce nouvel outil a été marquée par tout le débat sur la légitimité de l'approche de la discrimination d'un point de vue collectif. Or, il me paraît extrêmement important de distinguer les perspectives: la preuve statistique ne fait pas la démonstration de l'existence d'une dimension collective à la discrimination. Cette démonstration a déjà été faite et ailleurs. Elle a exigé un long travail faisant appel tant à l'histoire et à la psychologie qu'à la sociologie, la science politique et la science économique. Elle se situe en-deçà de l'utilisation de l'outil. La discussion sur la fiabilité de celui-ci ou la pertinence de son utilisation dans des cas donnés, en un mot ses limites techniques ou méthodologiques, ne peut fonder la contestation d'une approche collective de la discrimination.

Comme j'ai déjà longuement touché ce problème de la légitimité dans la section précédente, je limiterai les réflexions de cette section aux questions relatives à l'utilisation de l'outil. Or, dans cette perspective, la première question qui surgit est celle de la

signification de l'instrument. La statistique est un ensemble de techniques de mesure dont le rôle est de démontrer la présence ou l'absence et la force des relations entre phénomènes dans des situations impliquant des nombres plus ou moins grands d'acteurs. Dans ce cadre il est clair que la question de la preuve statistique ne saurait se limiter à un bête problème de mesure. Sa signification dépasse largement le caractère mécanique des calculs; en fait, ceux-ci n'ont d'intérêt qu'en autant que les relations qu'ils tentent de mesurer sont pertinentes et que les dimensions qu'ils font intervenir couvrent l'essentiel du processus qu'il s'agit d'évaluer.

L'intérêt de cette dimension sur la scène judiciaire a été très pertinemment souligné par Higginbotham:

«Correlation brings mathematics home to the law because it is with linkage of events to events that the law is peculiarly and historically concerned. That is, judgments about causation are typical legal products and are often made... this natural affinity of the mathematical variable and causation has long existed»⁶⁰.

Dans cette perspective l'appellation de preuve statistique paraît en fait extrêmement limitative: la statistique est un instrument vide tant et aussi longtemps que la logique des liens qu'elle s'applique à mesurer n'est pas examinée et que la pertinence et l'exhaustivité des dimensions qu'elle fait intervenir ne sont pas évaluées. Or l'examen de la rigueur de cette logique et la pertinence du champ couvert fait appel, en science sociale, à la connaissance théorique et empirique des phénomènes à mesurer. C'est ce seul éclairage qui permet de déterminer la valeur des analyses effectuées. Ce cadre est appelé sans cesse à dépasser les limites du sens commun. Les modèles développés n'en demeurent pas moins tout à fait accessibles à un jugement éclairé: c'est par là qu'ils peuvent devenir de véritables outils de clarification des situations examinées.

Si l'on se réfère à l'expérience américaine, qui a pris les devants dans cette voie, cette compréhension semble assez largement acquise. Alors qu'on a pu craindre le débordement par un langage mathématique savant et les querelles de spécialistes sur la valeur statistique de telle pratique ou de telle mesure, il apparaît que les tribunaux ont réussi à intégrer l'essentiel de la contribution des données ainsi compilées. Ils ont posé au sujet de ces données les questions qui sont celles-là mêmes auxquelles toute bonne recherche doit répondre adéquatement pour passer la rampe de la

60. Voir P.E. HIGGINBOTHAM, «Introduction: A Brief Reflection on Judicial Use of Social Science Data», (1983) 46 in *Law and Contemporary Problems*, p. 7.

crédibilité. Il est intéressant à cet égard qu'un auteur comme Finkelstein — dans son examen de la réception par les tribunaux américains des analyses de types régression multiple — lorsqu'il annonce aborder les enjeux juridiques (legals issues) reliés au choix des variables explicatives, énonce en fait les principes méthodologiques de base auxquels un chercheur doit se référer quand il élabore un modèle d'explication⁶¹. Il n'est pas sans intérêt de reprendre ces principes un à un rapidement.

D'abord, la mesure d'une situation ne doit pas être teintée par le facteur qu'on veut évaluer. Ainsi par exemple, si l'on veut évaluer s'il y a ou non discrimination dans une entreprise, le niveau de compétence des employés ne peut être mesuré à partir de la position au sein des classifications dans cette entreprise si ces classifications peuvent être légitimement soupçonnées d'être entachées de discrimination. La décision de considérer ou de ne pas considérer qu'une mesure peut être incluse dans l'analyse exige donc que préalablement on ait examiné le caractère discriminatoire ou non de la pratique à laquelle elle réfère. S'il existe un doute important ou encore mieux si l'on a pu démontrer l'existence de pratiques discriminatoires dans les classifications ou les promotions, on ne pourra utiliser le rang d'un individu dans la hiérarchie comme mesure de sa compétence. On devra alors recourir aux meilleurs autres indicateurs dont on dispose comme approximation de cette notion. On pourra, par exemple, retenir les années de scolarité ou le type de formation ou les années d'expériences dans l'entreprise ou ailleurs. Chaque fois, il faudra procéder avec prudence. Finkelstein cite un cas où les années de scolarités ne purent être considérées parce qu'il fut démontré que l'employeur avait fait de la discrimination à l'embauche à ce propos en refusant d'employer des femmes ayant une formation collégiale⁶². En l'absence de données non teintées par des pratiques discriminatoires, une dimension devra être exclue de l'analyse.

Deuxièmement, la mesure utilisée doit être pertinente. Ainsi, par exemple, l'état matrimonial a été utilisé comme mesure de la productivité. Une telle correspondance fait appel à un préjugé à l'effet que les hommes mariés sont plus attachés à leur emploi que

61. Voir M.O. FINKELSTEIN, «The Judicial Reception of Multiple Regression Studies in Race and Sex Discrimination», *op. cit.* pp. 740-741. Voir également B. SCHLEI et P. GROSSMAN, in *Employment Discrimination Law*, Washington, A.B.A., 1983, chap. 36.

62. M.O. FINKELSTEIN, *op. cit.*, p. 741

les femmes mariées ou simplement que les hommes mariés méritent une meilleure rémunération que les femmes mariées⁶³.

Alors que la pertinence de première hypothèse mériterait d'être vérifiée dans chaque cas, il est clair que la seconde relève de choix que la législation anti-discriminatoire a précisément pour objet de proscrire.

Finalement, les données relatives à une variable doivent être fiables.

On peut affirmer sans contredit que les sciences sociales et le droit partagent un seul et même discours sur le sujet. Le souci de la pertinence de la mesure en sciences sociales et l'obligation de la transparence des mesures font du savoir développé par celles-ci un outil d'évaluation judiciaire de première nécessité. D'autant que le souci premier de la recherche est à la fois le dépistage des dimensions des phénomènes et des relations souvent cachées entre eux et l'expérimentation sur leur mesure.

Il est clair, dans cette perspective, que la statistique pas plus que la cuisine n'est une réalité qu'on peut réduire à une seule recette. Il n'y a pas «une» preuve statistique mais diverses utilisations des données qui peuvent servir à diverses fins dans la logique d'une preuve. Ainsi, par exemple, des analyses statistiques ont été utilisées pour comparer les effectifs d'une entreprise avec des statistiques relatives à la disponibilité d'un groupe quelconque (femmes, population noire qualifiée, etc.) dans un bassin de main-d'oeuvre donné en vue de déterminer si ce groupe était ou non sous-utilisé par l'entreprise eu égard à ses compétences sur le marché. Une première question se posait dans l'appréciation de ces statistiques: celle de la pertinence des catégories professionnelles comparées et du caractère approprié de la zone géographique utilisée comme bassin de recrutement⁶⁴. À un deuxième niveau, l'ampleur de l'écart observé devait être évalué afin de déterminer son caractère probant ou au contraire la nécessité de rechercher d'autres éléments de preuve pour appuyer l'argumentation⁶⁵. Dans d'autres cas, des ana-

63. *Ibid.*, pp. 740-741.

64. Voir à ce sujet l'étude de la cause *Hazelwood School District c. United States*, 433, U.S. 299, 15 F.E.P. 1 (1977), in B. SCHLEI et P. GROSSMAN, *op. cit.*, p. 1334-1342.

65. Dans *Rosetta Blake c. Ministry of Correctional Services*, non publiée, 10 septembre 1984, (Ont. Bd) le président du tribunal d'enquête P.A. Cumming écrit: «A greater disparity gives rise to an inference of discriminatory intent and if sufficiently large, shifts the burden of proof on the

lyses ont été effectuées, au sein du personnel d'une entreprise, afin de déterminer si des écarts dans les taux de rémunération ou dans la fréquence des promotions pouvaient être attribuables à un motif discriminatoire ou si, au contraire, ils pouvaient être expliqués par des écarts dans la formation, l'expérience, le mérite, etc.⁶⁶. Dans ces analyses, c'est surtout l'intérêt et l'exhaustivité des dimensions incluses dans l'analyse comme source d'explication possible des différences observées, de même que la valeur des « indicateurs » de ces dimensions qui fait l'objet de l'examen critique des données soumises.

Dans d'autres cas, des analyses statistiques ont été utilisées pour évaluer en quoi un test (par exemple, un test à l'embauche) a ou non tendance à sélectionner en fonction du sexe, de la race ou de l'origine ethnique⁶⁷.

Les exemples pourraient se multiplier. Ils suffisent toutefois pour clarifier les caractéristiques de la « preuve statistique ». Celle-ci renvoie certes à des techniques qui permettent de déterminer si une relation existe et quelle force cette relation revêt. Au plan des calculs, les données présentées peuvent revêtir un caractère plus ou moins ésotérique. Ce qu'il ne faut pas oublier, et c'est là l'essentiel de leur contribution, c'est que ces analyses n'ont de sens qu'en fonction de la qualité du jugement qui préside au choix des phénomènes à mettre en relation, et que cette qualité renvoie à une connaissance approfondie de la dynamique qu'il s'agit de mettre en évidence. C'est en ce sens particulier que les analyses sociales peuvent devenir de précieux outils sur la scène judiciaire.

Quant aux mesures elles-mêmes, il apparaît également dans des analyses récentes de la jurisprudence tant américaine⁶⁸ que

employer to show that discriminatory intent is not the cause of the disparity, or that the statistics inaccurately show the disparity to be greater than it in fact is. The importance of the size of the disparity depends on the cogency and persuasiveness of other evidence in proving or disproving discrimination. The less there is other evidence of discrimination the greater the statistical disparity must be in order to make a *prima facie* case of intent to discriminate», p. 41.

66. Voir M.O. FINKELSTEIN, *op. cit.*, où il fait l'analyse de la technique de la régression multiple dans diverses causes.

67. L'utilisation de telles données est à la base du jugement dans *Griggs c. Duke Power*, *op. cit.*

68. Voir, entre autres, le numéro spécial «Statistical Inference in Litigation», (1983) 46, *Law and Contemporary Problems*.

canadienne⁶⁹ qu'un discours commun soit en train de s'établir. Il n'est pas nécessaire de pouvoir calculer un écart-type, ou deux ou trois, pour comprendre que cette mesure établit la probabilité qu'une différence observée soit due au hasard plutôt qu'à la cause (discriminatoire ou non) qu'on tente d'évaluer. Il appartiendra bien sûr au milieu juridique de se familiariser avec ces quelques notions de base. L'introduction au programme de Droit de cours élémentaires de statistiques sociales paraît donner d'heureux résultats aux États-Unis⁷⁰: ne permettrait-elle que de démystifier la statistique que déjà un grand pas serait franchi!

Il appartiendra d'autre part aux experts de la recherche appelés à intervenir dans ces dossiers d'utiliser un langage qui soit accessible.

Quoi qu'il en soit, il est clair que ni l'enchaînement des relations mesuré statistiquement, ni les exigences requises par la démonstration statistique, ne sauraient se substituer à l'évaluation par le juge des éléments requis par la preuve et du type de preuve approprié, en un mot à la logique judiciaire.

Bien que les données produites par les analyses sociales puissent être considérées comme extrêmement importantes pour l'appréciation de situations où des groupes sont impliqués, leur introduction rapide et parfois massive a certainement perturbé les habitudes. On entrevoit même certaines conséquences inattendues. Par exemple, en ce qui concerne la rigueur de la preuve requise, on commence à considérer que les exigences de preuve par statistiques requises par la recherche sociale ont tendance à être plus fortes que celles généralement requises par les tribunaux pour l'établissement d'une prépondérance de preuve. L'utilisation de telles données aurait peut-être pour effet secondaire d'élever le niveau d'exigence à ce propos pour les causes de discrimination par rapport à celui requis pour les autres recours civils. C'est sans doute toute la notion d'erreur et de coût social de l'erreur en recherche et en droit qu'il faudra réexaminer⁷¹. Cela ne saurait signifier qu'il faille favo-

69. Commission canadienne des droits de la personne, *La preuve par les statistiques dans les poursuites pour atteinte individuelle et systémique aux droits de la personne*, texte préparé par Patricia Fitzsimmons-LeCavalier, Direction de la recherche et politiques, novembre 1984. Voir également les propos du professeur P. A. Cummings, Président du tribunal d'enquête, dans *Rosetta c. Ministry of Correctional Services*, *supra*, note 65.

70. David W. PETERSON, «Foreword», (1983) 46, *Law and Contemporary Problems*, p. 2.

71. Voir à ce sujet l'excellent article du D.H. KAYE, «Statistical Significance

riser la production de résultats à rabais pour les causes présentées devant les tribunaux. Mais, la rigueur du doute relatif à une explication à l'aide de données statistiques (être à 90% ou 95% sûr que l'écart observé entre deux groupes puisse être attribué au sexe ou à la race des employés, par exemple) ne saurait devenir une nouvelle norme d'appréciation unique dans l'établissement d'une preuve prépondérante. Ainsi le recours à des éléments de démonstration complémentaires et ne prêtant pas nécessairement à des mesures statistiques (le climat d'un milieu de travail donné, des événements significatifs ou des séries de petits faits concourants) devra continuer d'alimenter la construction de la preuve.

La rencontre de ces disciplines et de ces logiques ne va donc pas sans créer des craintes et des incertitudes⁷². Les pourtours de la collaboration à laquelle nous sommes conviés demeurent flous. Peut-être cette rencontre permettra-t-elle de clarifier des critères susceptibles de faciliter les choix dans des situations dont la complexité et les coûts entraînés peuvent être considérables. Ce n'est qu'en dépassant cette distance, quand ce n'est cette méfiance mutuelle, trop longtemps entretenues que l'utilité potentielle de cette rencontre pourra être évaluée.

III. LES REMÈDES

J'ai tenté de montrer dans une première section, comment la problématique de la discrimination s'est développée au cours des dernières décennies; comment les sciences sociales et le droit ont convergé dans leur appréciation du phénomène; comment finalement cette convergence a culminé dans une approche de la discrimination d'un point de vue systémique.

J'ai ensuite montré comment cette reconnaissance du caractère socialement construit de la discrimination et des répercussions de ses effets sur des catégories entières de la population a amené une mise à contribution des sciences sociales sur la scène judiciaire et présidé au développement de nouvelles techniques de preuve.

Je voudrais finalement aborder un dernier secteur où un défi de collaboration entre l'approche juridique et l'approche sociale se

and the Burden of Persuasion», (1983) 46, *Law and Contemporary Problems*, pp. 13-24, qui fait un départage de la notion de risque dans les deux approches en traitant de la notion de coût social attaché à l'erreur d'une décision dans chacun des cas.

72. Voir P.E. HIGGINBOTHAM, *op. cit.*

pose de façon très actuelle: celui de la recherche des remèdes appropriés à la solution des problèmes de discrimination dans la perspective élargie qui vient d'être décrite.

J'aborderai d'abord le problème général de la mesure du dommage et de l'établissement d'un remède proportionnel. Puis je verrai comment ce problème se pose dans le cas de la discrimination systémique et plus spécifiquement dans les cas relatifs au secteur du travail. J'illustrerai, à l'aide d'une interrogation sur la notion de disponibilité, la nécessité de recourir à une analyse approfondie des mécanismes sociaux et économiques de répartition de la main d'oeuvre pour en arriver à une appréciation juste des remèdes à la discrimination sur le marché de l'emploi.

1. La proportionnalité du remède

Le problème soulevé n'est pas nouveau en droit; il renvoie, pour une part en tout cas, à la question des dommages et à leur proportionnalité au problème à corriger.

J'emploie de façon très délibérée la formule «pour une part en tous cas», puisque, et c'est une spécificité que j'ai voulu faire ressortir dans les pages qui précèdent, le problème des remèdes à développer pour contrer la discrimination dépasse la sphère des poursuites devant les tribunaux: certains programmes développés pourront être volontaires, d'autres seront fixés par des objectifs gouvernementaux aux contractants de l'État.

On ne saurait toutefois, quelles que soient les modalités prévues pour l'application de ces programmes, principalement quand on oeuvre dans le domaine des droits de la personne, éviter cette question de la proportionnalité du remède, à savoir celle d'une juste compensation pour un préjudice subi⁷³.

La question revêt une complexité particulière quand on parle de discrimination systémique puisque d'une part la victime n'est pas nécessairement une personne identifiée⁷⁴ et que d'autre part le

73. D'autant moins que même pour un programme volontaire les personnes du groupe majoritaire qui seraient exclues pourraient mettre en question le bien fondé des mesures qui, par exemple, auraient amené un employeur à préférer la candidature d'une personne en raison de son appartenance à un groupe minoritaire.

74. Ce principe a été entériné aux États-Unis dans les jugements *Local 28 of the Sheet Metal Workers' International Association c. Equal Opportunity Commission*, 2 juillet 1986, dossier 84-1656 et *Local Number 93, International Association for Fire fighters c. City of Cleveland*, 2 juillet 1986, dossier 84-1999 (à être rapportés dans 41 F.E.P. Cases).

dommage subi ne peut pas être mesuré directement: les effets d'exclusion discriminatoire d'une série de pratiques demeurent, en effet, dans la plus grande partie des cas, difficilement pondérables. Prenons, par exemple, la situation où il faudrait évaluer l'effet discriminatoire pour les femmes des pratiques d'embauche d'une entreprise ayant exigé de ses candidats d'avoir déjà suivi un cours de soudure. Supposons que ce cours de soudure ne s'obtient que dans les options fréquentées en pratique exclusivement par les garçons au Secondaire⁷⁵. S'il peut être démontré que cette compétence n'est pas requise pour l'emploi, ou qu'elle pouvait s'obtenir par une formation donnée de toute façon par l'employeur à tous ses employés à l'entrée, on aura conclu que ce critère de sélection a un effet discriminatoire injustifié sur l'embauche des femmes. Dans les faits cette exclusion se sera opérée au cours des ans, essentiellement par auto-sélection, les personnes à la recherche d'un emploi qui ne possédaient pas la formation en soudure ne s'étant pas présentées. Si, en plus, aucune femme n'est à l'emploi de cette entreprise dans le secteur de la production parce que le poste d'entrée est celui qui exige cette formation, la compagnie pourra être connue comme n'employant pas de femmes dans ce secteur, ce qui aura également pu avoir un effet de dissuasion. Évaluer la proportion des femmes qui auraient occupé ces emplois n'eut été de cette politique — dont la durée d'application sera connue — n'est pas simple. Si ce même type de pratiques est largement répandu dans ce secteur industriel, l'effet se sera multiplié. L'évaluation du remède juste devra donc se faire à partir d'un «équivalent».

Cette situation n'est ni nouvelle ni unique en droit. La question des dommages corporels ou celle des dommages immatériels — perte de jouissance de la vie, par exemple — a amené le droit à chercher, en l'absence de mesures directes du dommage, des équivalents⁷⁶, ou si l'on veut des critères plus ou moins objectifs pour estimer la réparation juste. La question pourrait certes être laissée à une appréciation plus ou moins arbitraire. L'importance des enjeux a toujours mené à tenter de préciser, par tous les moyens disponibles, les dimensions propres aux différents types de cas — blessures corporelles, dommage à la réputation, choc psychologique suite à un événement, etc. — afin de définir une norme juste de réparation. Ce que je voudrais avancer ici c'est que la définition d'un juste remède à la discrimination systémique requiert, dans

75. Un autre mode d'intervention pourra être développé dans le secteur scolaire afin d'assurer l'accès des filles aux options dites masculines.

76. J.L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, P.U.M. 1985, p. 95.

chaque type de cas sous examen, une bonne connaissance des dimensions de la discrimination à corriger. D'où l'importance du recours au savoir construit sur le sujet. Comme on s'est appuyé sur les calculs actuariels pour déterminer les pertes de revenus liées à une incapacité sur une longue durée, ainsi on devra s'appuyer sur une connaissance systématique des mécanismes d'exclusion pour préciser les remèdes à leurs effets.

2. Les programmes d'accès à l'égalité comme remèdes à la discrimination systémique

Or le champ d'application est extrêmement vaste et encore largement inexploré. En effet, si l'on se réfère uniquement au Québec, l'article 86.1 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* spécifie en ces termes le champ d'action où des programmes pourront être acceptés, proposés ou imposés:

«86.1. 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 réputé non discriminatoire s'il est établi conformément à la Charte»⁷⁷.

Le caractère systémique de la discrimination implique en effet que toutes les structures qui contribuent au maintien d'une situation jugée inacceptable dans une société soient mises à contribution si l'on veut développer des mesures qui soient véritablement efficaces: système d'éducation, services de santé et services sociaux, travail, logement, média, etc. La définition de remèdes pertinents et justes dans chacun de ces secteurs exigera une somme importante d'analyses et de réflexion.

L'acuité et la visibilité des problèmes dans le secteur de l'emploi ont toutefois amené les chercheurs et les tribunaux à s'intéresser d'abord à la recherche de solutions pour ce secteur. La recherche et la réflexion requises pour évaluer des normes justes de réparation de l'effet discriminatoire y connaissent sans contredit leur développement le plus important. Une évaluation rapide de la façon dont le problème se pose dans ce secteur pourra fournir une bonne illustration de l'importance d'une réflexion systématique à ce propos.

Les remèdes prévus par la législation québécoise pour corriger l'effet de discrimination de diverses pratiques sur des groupes

77. Les italiques sont de nous.

donnés ont pris l'appellation générique de programmes d'accès à l'égalité⁷⁸. Ces programmes prévoient des mesures préférentielles (mesures de redressement), des mesures d'égalité de chances⁷⁹ et des mesures de soutien⁸⁰.

Ils peuvent s'appliquer dans trois types de situations: ils peuvent être recommandés par la Commission après enquête ou imposés par un tribunal (art. 86.3); ils peuvent être développés par un employeur de sa propre initiative (art. 86.2)⁸¹; enfin, de tels programmes devront être développés par le gouvernement dans chacun de ses ministères et organismes (art. 86.7).

Dans le premier cas, la preuve de discrimination aura été faite soit à l'occasion d'une enquête, soit devant le tribunal. On peut penser que la partie demanderesse aura mis en preuve un déséquilibre entre la présence du groupe en question dans les effectifs de l'entreprise et sa représentation parmi la main d'oeuvre compétente; on peut penser qu'elle aura également soumis des situations de discrimination ou des pratiques dont elle aura tenté d'apprécier l'effet discriminatoire. La partie défenderesse aura certainement répondu à ces allégations et soit contesté le calcul du déséquilibre soit expliqué ses effets par d'autres causes. Le juge aura tranché, par prépondérance de preuve, en faveur de la partie demanderesse.

Dans le cas des programmes volontaires ou des programmes gouvernementaux, l'employeur (ou le gouvernement) n'aura pas à s'incriminer⁸². Il devra bien sûr faire le constat d'un écart entre la représentation d'un groupe (ou de divers groupes) parmi les membres de son personnel et sa représentation dans la main d'oeuvre

78. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 86.1 ss.

79. *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*, Décret 1172-86, 30 juillet 1986, (1986) 118 G.O. 3416, art. 7.

80. *Ibid.*, art. 8.

81. Le fait que le premier alinéa de l'article 86.2 n'ait pas été adopté rend ambiguë cette couverture par la Partie III des programmes volontaires. La volonté du législateur lors du dépôt du projet d'amendement ou autant que lors de la prise de décision de ne pas adopter le premier alinéa de l'article 86.2, était toutefois fort explicite: ces décisions ont voulu favoriser la généralisation du recours à des programmes volontaires. On peut déplorer que la facture actuelle de la Partie III soit boiteuse pour traduire cet objectif.

82. C'est en tout cas la position de la Commission des droits de la personne du Québec. Voir à ce sujet: «Lignes directrices concernant la validité des programmes d'accès à l'égalité établis volontairement dans le secteur de l'emploi», résolution COM-271-2.1.3 (à paraître dans (1987) *Droits et libertés au Québec*). Cette position a été clairement privilégiée aux États-Unis dans *Wygant c. Jackson Board of Education*, *op. cit.*

locale compétente, par exemple. Il pourra soupçonner que certaines de ses pratiques ont contribué, soit activement soit par omission, à l'exclusion de ce (ou ces) groupe(s): il ne pourra en tout cas pas fournir d'autre explication au déséquilibre.

Indépendamment du niveau de preuve requis, dans tous les cas on se retrouvera donc devant un déséquilibre de représentation de divers groupes au sein des effectifs d'une entreprise ou d'un organisme par rapport aux compétences « disponibles » dans ces groupes (femmes, handicapés, minorités ethniques ou visibles, autochtones, etc.), *déséquilibre qui aura été jugé injustifié*.

La responsabilité précise des pratiques d'un employeur donné, ainsi que nous l'avons noté plus haut, par rapport au nombre de personnes ayant été exclues sera dans la plupart des cas très difficile si ce n'est impossible à déterminer.

Une tendance fortement appuyée de la jurisprudence des tribunaux américains qui a été reprise dans le seul jugement canadien à partir duquel un programme d'accès à l'égalité a été imposé se dégage dans l'évaluation des remèdes appropriés à ce type de cause⁸³. Le remède imposé dans chaque cas est établi à partir d'une mesure de l'écart entre la représentation d'un groupe donné dans une entreprise et la représentation de ce groupe parmi les personnes compétentes pour occuper chacun des types de postes considérés dans la zone de recrutement appropriée: c'est cet écart que le programme imposé visera à combler selon un échancier défini. Il s'agit en quelque sorte de s'aligner sur une moyenne générale, faute de mesure plus précise. On réfère à cette « norme » à partir de laquelle la composition sexuelle, ou ethnique, ou raciale, etc. des effectifs d'une entreprise sera rajustée comme le produit d'une *analyse de disponibilité*.

3. Les mesures à développer: l'exemple de l'analyse de disponibilité dans le secteur du travail

Tout paraît donc relativement simple, la solution à portée de la main. Et pourtant, nous ne sommes pas au bout de nos peines. En effet, la question qui se pose immédiatement est celle d'une

83. Voir entre autres: *Hazelwood School District c. United States*, *op. cit.*; *Teamsters c. United States*, 431 U.S. 324, (1977); *Steelworkers c. Weber*, 443 U.S. 1983 (1979); et plus récemment, *Wygant c. Jackson Board of Education* et *Local 28 of the Sheet Metal Workers' Association c. E.E.O.C.*, *op. cit.* Pour le Canada: *Action Travail des femmes c. Chemins de fer nationaux du Canada*, *op. cit.*

mesure adéquate de cette main d'oeuvre «disponible». La réponse est loin d'être évidente⁸⁴.

On pensera d'abord au bassin de recrutement réel de l'entreprise, à savoir les personnes qui ont posé leur candidature. Mais cette information est rarement accessible et sa validité souvent douteuse. En effet, d'une part les entreprises ne conservent pas de registre des candidatures aux divers postes ouverts au-delà d'une période habituellement très courte, lorsqu'elles les conservent. D'autre part, ainsi que nous l'avons illustré plus haut, rien ne garantit que ce bassin soit représentatif de la main d'oeuvre compétente pour occuper ce poste: différentes pratiques de recrutement ont précisément pour effet de dresser des barrières qui faussent les données dès le départ. Ainsi, par exemple, le recrutement de bouche-à-oreille a pour effet de concentrer les choix parmi les personnes d'un même réseau; les exigences de certains types de formation (notre exemple des cours de soudure) ainsi que les exigences de force physique ont tendance à exclure systématiquement les candidatures féminines; de la même façon la connaissance de la composition des effectifs ou de la réputation qu'une entreprise a de sélectionner en fonction du sexe ou de l'ethnie ou de la race pour certains postes a également pour effet de modifier le bassin de recrutement. Les exigences linguistiques, les exigences de diplômes ou d'«expérience canadienne» non justifiées par l'emploi ont des conséquences similaires. On pourrait multiplier les exemples.

Il sera donc très souvent impossible d'évaluer la disponibilité à l'aide du bassin de candidatures d'une entreprise.

Devant cette difficulté on a généralement élargi la notion de bassin de recrutement au bassin de main-d'oeuvre de la zone pertinente: ce bassin a été défini opératoirement à partir des statistiques nationales décrivant la répartition de la population dans les diverses catégories d'emploi de la zone de recrutement appropriée⁸⁵. La question qui se pose est de savoir si ces statistiques fournissent une

84. Je me réfère, pour illustrer cette approche, au travail réalisé à la Commission des droits de la personne sous la responsabilité de Marie-Thérèse Pontbriand (Direction de la recherche) et d'André Levert (Direction des programmes d'accès à l'égalité) avec la collaboration de Sylvie Morel (Direction de la recherche). Un document paraîtra sous peu.

85. Voir Office of Federal Contract Compliance Programs, *Federal Contract Compliance Manual*, U.S. Department of Labor, Employment Standards Administration, Washington, 1972; Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, *Action positive; Manuel de formation technique*, Ottawa, 1982; voir également *Hazelwood School District c. United States*, *op. cit.*

image juste de la « norme » à fixer pour un rattrapage dans une entreprise où un programme d'accès à l'égalité sera élaboré. Force est de reconnaître que non. On se trouve en effet, avec ces statistiques, devant une contradiction fondamentale particulièrement évidente là où des programmes sont largement imposés pour assurer un rattrapage accéléré aux groupes victimes d'une discrimination ancienne et profondément inscrite dans l'ensemble du système social. En effet, la distribution de la population dans les catégories d'emploi reflète l'ensemble des pratiques d'emploi dans une société. Si ces pratiques sont jugées largement discriminatoires, les statistiques globales ne peuvent que refléter la somme des effets discriminatoires existant chez l'ensemble des employeurs. La comparaison des effectifs d'une entreprise avec cette norme ne permettra en conséquence que de repérer les enclaves où la discrimination revêt un caractère particulièrement accusé.

Les statistiques globales ne tiennent en effet pas compte d'une série de phénomènes qui ont pour effet de déformer la distribution des groupes discriminés. Le constat de base au sujet des pratiques discriminatoires est en effet que, parce qu'elles assurent une préférence pour certains groupes dans le secteur du travail, elles diminuent les possibilités d'être embauché et les chances de promotions des groupes discriminés: nous baignons dans la tautologie.

À ce constat général se rattache une série d'observations. D'abord on observe qu'à compétence équivalente, les personnes appartenant aux groupes victimes de discrimination ont moins de chances de se trouver un emploi correspondant à leurs qualifications⁸⁶: elles courent donc plus de risques d'être en chômage et, à plus ou moins long terme, soit d'accepter un emploi requérant une qualification moindre, soit de cesser de chercher un emploi.

On comprendra que ces phénomènes ont des répercussions sur les statistiques globales qui convergent dans une sous-estimation des compétences disponibles sur le marché du travail pour les groupes victimes de discrimination puisque:

- les qualifications de la main d'oeuvre découragée n'apparaissent pas au recensement⁸⁷, ce qui contribue à donner une image sous-estimée des compétences de ces groupes;

86. L'étude récente de F. HENRY et E. GINZBERG, *op. cit.* illustre clairement ce phénomène pour la population noire de Toronto.

87. On a partiellement corrigé cette lacune en introduisant des questions sur la formation dans le recensement de 1981. En l'absence de questions sur l'expérience de travail, l'imprécision demeure toutefois.

— la sur-qualification conduit également à une sous-évaluation des compétences telles que mesurées par les emplois occupés.

D'autres part, la discrimination a pour effet de reléguer des groupes discriminés dans des enclaves de travail souvent cloisonnés et offrant de faibles possibilités de mobilité tant horizontale que verticale⁸⁸. Ces barrières résultent soit dans l'abandon de carrières bloquées — un abandon du sentier hiérarchique — pour des carrières moins lucratives mais au sein desquelles on jouit de plus d'autonomie⁸⁹, soit dans le maintien à des niveaux inférieurs à ceux que ne permettraient les compétences accumulées.

Ces phénomènes s'ajoutent aux précédents pour déformer la représentation des groupes victimes de discrimination dans les statistiques officielles au niveau de leurs compétences effectives.

La recherche de données permettant de refléter adéquatement les compétences disponibles pour les groupes victimes de discrimination doit donc, de toute nécessité, tenir compte de ces mécanismes si elle veut fournir des outils valables d'appréciation du phénomène.

La considération de ces réalités exige l'adoption d'une approche beaucoup moins mécanique pour l'évaluation de la disponibilité. Cette approche doit d'abord partir d'une évaluation des compétences vraiment requises pour un poste donné. Une fois cette évaluation faite, on cherchera à évaluer non pas combien de personnes appartenant au groupe cible occupent ce type de postes dans la société (ce que donnent les statistiques sur la main-d'oeuvre active) mais combien de ces personnes possèdent les compétences requises pour occuper ce poste⁹⁰. On procédera comme suit.

88. On retrouve ainsi des concentrations professionnelles beaucoup plus grandes pour les groupes victimes de discrimination que pour les autres. Les femmes sont l'exemple type de cette situation.

89. Le numéro du 18 août 1986 de la revue *Fortune* présente d'intéressants témoignages de femmes hautement qualifiées et ayant fait des études prestigieuses — tant au plan de la réussite personnelle que des universités fréquentées — qui ont abandonné la carrière dans de grandes entreprises où elles se sentaient bloquées, pour travailler à leur compte et selon des horaires variables ou à temps partiel. Voir A. TAYLER III, «Why Women Managers Are Bailing Out», *Fortune*, August 18, 1986, pp. 16-23.

90. En tenant compte, ainsi que le prescrit l'art. 5 du *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*, *op. cit.*, p. 3417 de l'aptitude à acquérir ces compétences dans un délai raisonnable.

Pour les emplois n'exigeant aucune formation préalable, la répartition de la population de 15 ans et plus⁹¹ selon les diverses caractéristiques pertinentes (sexe, origine ethnique, raciale, etc.) sera un bon indicateur du bassin général de recrutement: comme aucune compétence particulière n'est requise, toute personne de 15 ans au plus pourra occuper ce poste. Si les personnes appartenant à un groupe quelconque (les minorités visibles, par exemple) se chiffrent à 10% dans la population de 15 ans et plus, on pourra considérer qu'un objectif de représentation de 10% pour ce groupe dans les postes non qualifiés d'une entreprise constitue un remède approprié.

Pour les postes de supervision et les divers postes hiérarchiques, les échelons où s'effectuent le recrutement fournissent une indication beaucoup plus juste sur le bassin approprié de référence que la simple considération des individus occupant déjà ces niveaux hiérarchiques. Par exemple, si l'on veut déterminer combien de femmes devraient être contremaîtresses dans une entreprise donnée, ce n'est pas en examinant le pourcentage de femmes qui occupent ce niveau hiérarchique dans ce secteur industriel (dans la zone pertinente de recrutement) qu'on pourra évaluer les compétences disponibles. Ce pourcentage reflétera les barrières passées rencontrées par les femmes pour s'élever à cet échelon. Le pourcentage adéquat sera celui de la représentation des femmes dans les emplois où ces contremaîtres sont recrutés... à moins qu'on ne postule que les qualités de leadership et la motivation ne sont pas également réparties entre les sexes. Or, pour pouvoir vérifier de façon convaincante ce postulat, il faudrait se placer dans cette nouvelle situation où les postes sont offerts également aux deux sexes et où les femmes qui atteignent ce niveau ne sont pas l'objet de rebuffades discriminatoires.

Finalement, pour les postes exigeant une formation professionnelle spécialisée, le bassin de recrutement devra être évalué à l'aide non seulement de statistiques sur la répartition des personnes actives dans cette spécialité, mais à l'aide des sources de données les plus variées possibles: statistiques des maisons de formation, des associations professionnelles, etc. Cela pour tenir compte en particulier de l'emploi de la main d'oeuvre discriminée dans des postes sous-qualifiés par rapport à sa formation.

Dans tous les cas, les chiffres les plus appropriés seront ceux qui comptabilisent non seulement les personnes actives au moment

91. C'est le point de repère utilisé dans *Griggs c. Duke Power Co.*, *op. cit.*

du recensement mais également celles qui l'ont été dans un passé récent⁹², cela pouvant permettre de toucher un plus vaste bassin d'inactifs disponibles pour l'emploi parmi lesquels l'on s'attend à retrouver des proportions plus élevées des membres des groupes victimes de discrimination.

Il n'est pas utile de s'attarder ici longuement sur la solution qui est d'ordre technique une fois que les dimensions du problème ont été clairement posées. Ce qui importe c'est que les tribunaux qui auront pour mission d'imposer des programmes dans des cas de discrimination et les juristes qui auront à défendre diverses causes soient sensibilisés au travail nécessaire à la construction de ces outils de référence qui serviront de barèmes dans l'appréciation des remèdes.

Une approche basée sur la reconnaissance du caractère systémique de la discrimination ne pourra faire l'économie d'une approche systémique du diagnostic et des correctifs appropriés. La détermination d'un remède vraiment proportionnel au mal constaté passe par cette exigence.

POUR CONCLURE: DÉBATS ET CHOIX

J'ai tenté dans ce texte de montrer en quoi le savoir construit par la recherche sociale peut contribuer à une clarification et à un outillage de l'approche juridique pour traiter des cas de discrimination.

J'ai voulu montrer que cette contribution couvrait au moins trois aspects tout à fait distincts du traitement du phénomène. D'abord, au plan le plus fondamental, une société doit établir un diagnostic d'un mal à corriger et de ses caractéristiques avant de décider du remède à lui apporter.

Sur un deuxième plan, l'appareil judiciaire doit se doter des outils appropriés pour traiter des cas particuliers de discrimination qui lui sont soumis.

Enfin, devant la très grande difficulté et souvent l'impossibilité de mesurer l'effet de pratiques discriminatoires, surtout si elles se sont étendues sur de longues périodes, des règles d'évaluation d'un remède proportionnel au mal constaté doivent être développées.

92. Les données du recensement permettent une évaluation de la population active élargie, c'est-à-dire celle qui est active actuellement ou qui l'a été au cours des 18 mois précédant le recensement.

Ce que j'ai tenté de démontrer, c'est que l'orientation actuelle se fonde sur la conscience de divers mécanismes de discrimination comme produits du fonctionnement du système social dans son ensemble que la recherche et l'expérience ont révélés. Ce que j'ai voulu mettre en évidence, c'est non pas la découverte de nouvelles pratiques de discrimination mais plutôt l'émergence d'une nouvelle compréhension des modes d'exclusion sociale que la notion de discrimination systémique permet de saisir de façon synthétique. Ce que j'ai voulu également faire ressortir, c'est le développement d'un vaste consensus sur le sujet.

En aucune manière, toutefois, je n'ai voulu signifier que ces constats fondent en droit tel ou tel choix d'intervention. Le droit de chacun de bénéficier des avantages de notre système est un choix éthique qu'une société fait en fonction d'un système de valeur et en considérant sa capacité d'en assumer les coûts.

Cette volonté s'établit par consensus et se traduit au plan de la législation. La législation relative aux droits fondamentaux prend à cet égard une valeur symbolique tout autant que substantive en raison de sa préséance sur l'ensemble des lois.

Il est clair que la législation va actuellement dans le sens du développement de moyens de rattrapage pour les groupes victimes de discrimination. Notre société s'est choisie multiculturelle et sans distinction fondée sur le sexe, la religion, le handicap, etc. Elle a voulu développer des moyens pour soulever les obstacles à ce choix et pour corriger les effets de pratiques qui ont produit des exclusions systémiques.

Cela ne saurait signifier que les choix ainsi établis soient à l'abri des critiques et des oppositions. Ce lieu où des choix s'effectuent est également un lieu où les oppositions à ce choix se manifestent: c'est un lieu de confrontation idéologique. Mais cette confrontation idéologique utilise également les données de la recherche pour construire son argumentation. Cette utilisation doit bien sûr être examinée attentivement car les frontières entre la méthodologie et l'idéologie peuvent s'y obscurcir.

J'aimerais avant de clore m'engager sur ce terrain difficilement balisable et tenter de montrer en quoi les distinctions que j'ai voulu établir entre les divers aspects du traitement de la question de la discrimination peuvent aider à situer le débat.

Je tenterai en particulier de montrer comment les opposants au développement des remèdes dont j'ai voulu, dans ces pages, faire ressortir le caractère proportionné au mal diagnostiqué cons-

truisent leur argumentation. D'une part, c'est l'existence même de la discrimination qui est contestée soit globalement soit à partir d'un aspect ou l'autre du constat qui en a été fait. Je soulignerai les difficultés que soulève cette contestation. D'autre part, c'est la légitimité de toute l'approche qui est mise en question. Je tenterai de montrer comment cette mise en question s'appuie, en partie en tout cas, sur une confusion entre la définition du problème (et donc la légitimité de l'intervention) et l'identification des règles de preuves ou des remèdes appropriés.

Les arguments à l'encontre de l'existence de la discrimination comme phénomène systémique sont de divers types. On peut nier clairement et radicalement l'existence même de la discrimination systémique ou on peut semer le doute à ce sujet en présentant des données partielles, qui en marquant la fragilité d'un maillon de l'argumentation, pourraient faire ressortir la fragilité de toute la chaîne explicative.

Le recours aux principes de base d'une théorie économique qui se présente comme «la» théorie économique fonde généralement le premier propos. Ainsi d'aucuns⁹³ s'appuient sur une théorie économique qui nie le caractère social des deux composantes de base du marché: l'offre et la demande de la main-d'oeuvre. Côté «offre» on ne voit que des individus séparés qui s'orientent selon leurs préférences doublées d'un calcul rationnel du rendement économique de divers choix. On ignore de ce fait le caractère éminemment construit socialement des préférences individuelles et de ces choix dits rationnels. On ignore, d'autre part, le caractère fluide de l'offre, sa très grande flexibilité aux soubresauts de la demande de main-d'oeuvre: qu'on pense à la capacité de conversion de la force de travail des femmes pendant la dernière guerre.

Côté «demande», on explique par la productivité «perçue» par l'employeur les écarts de rémunération et l'on affirme sur cette base que la productivité féminine est moindre. L'argument déconcerte!

Derrière cette approche a-sociale de l'offre et de la demande, se profile cette représentation du marché du travail comme lieu ouvert de transaction du type de la bourse. L'argument va comme suit: si les femmes (par exemple) étaient rémunérées à un taux inférieur à leur productivité, les employeurs se rendant compte de cette situation offriraient de meilleurs salaires pour les attirer de telle sorte que les salaires s'ajusteraient graduellement à la pro-

93. Le texte de J.L. MIGUÉ, *op. cit.*, est un prototype de cette approche.

ductivité⁹⁴. On s'étonne d'une telle vision de l'esprit qui ne colle absolument pas à l'observation. Ainsi, ces multiples cas de salaires différents selon le sexe pour un travail *égal*; ainsi ce maintien des membres de diverses communautés raciales, ou des nouveaux immigrants, à des salaires inférieurs sous la menace de les remplacer par d'autres travailleurs qui accepteraient de travailler à un taux moindre. Des mécanismes puissants maintiennent ces sous-marchés trop profitables pour disparaître. L'hypothèse de la surenchère libre qui associe le fonctionnement du marché à celui de la bourse ignore que le marché du travail fonctionne pour une grande part dans le secret et la crainte de la part des plus démunis⁹⁵.

À côté de ces arguments qui nient, à partir d'une théorie générale abstraite du fonctionnement de l'économie, l'existence ou mieux la possibilité même d'une discrimination systémique, on retrouve ces arguments spécifiques qui tentent de contester la réalité de la discrimination systémique à l'aide de données partielles portant sur un chaînon spécifique de l'argumentation. La critique principale qu'on peut leur faire c'est que les données utilisées ne sont pas mises en relation dynamique avec les phénomènes qu'elles prétendent expliquer. Elles révèlent une conception atomisée du phénomène alors que l'intérêt du savoir accumulé réside précisément dans les connexions causales qu'il a permis d'établir dans une chaîne de phénomènes. Ainsi par exemple:

- on suggère qu'on pourrait expliquer une différence importante entre les revenus des Amérindiens et des membres du groupe majoritaire par l'écart d'âge entre les groupes;
- on suggère que les femmes seraient peut-être moins compétentes parce qu'une étude réalisée au Maryland en 1982 aurait révélé que «les femmes blanches avaient 4 ans de maths de moins, en moyenne, que les hommes blancs...»⁹⁶.

Bien que ces exemples montrent la nécessité d'une grande rigueur dans les analyses, le caractère très partiel du secteur qui est couvert par chacune marque bien l'insuffisance des données statis-

94. M. KRAUSS, *op. cit.* p. 472.

95. Parfois également des mieux nantis mais qui possèdent une caractéristique qui les désavantage. Par exemple, cette femme professionnelle dans un grand bureau, victime de discrimination salariale, qui ne viendra pas porter plainte parce qu'elle sait pertinemment que cela mettrait un terme à sa carrière dans cette entreprise ou peut-être à sa carrière tout court.

96. Exemples tirés de T. SOWELL, *op. cit.*, pp. 43 et 44 et repris par M. KRAUSS, *op. cit.*, pp. 467 et 469.

tiques « locales » à prouver ou infirmer l'existence de la discrimination envers les Autochtones, les Noirs ou les femmes.

Le caractère partiel du premier exemple saute aux yeux. La marginalisation (au sens le plus fort du terme) de la société autochtone est telle que la pertinence de la variable âge quand on parle d'insertion professionnelle paraît bien relative! Quand au deuxième exemple, on y fait état d'orientations scolaires différentes des femmes qui influent sur leurs orientations professionnelles. Or, une approche globale de la discrimination systémique fait ressortir les déterminants sociaux de l'orientation scolaire des filles et suggère le développement de moyens d'intervention à ce niveau dans le système scolaire. Une telle approche fait d'autre part ressortir les inégalités de résultats de formations scolaires égales ou équivalentes et propose des interventions visant à s'assurer qu'à compétence équivalente les résultats le soient aussi sur le marché du travail.

Au-delà d'une opposition entre diverses positions dans le cadre d'une approche de la définition de la discrimination systémique, des arguments d'un deuxième type sont apportés qui prétendent contester le fondement du concept de discrimination systémique alors qu'en réalité ils ne font référence qu'aux outils mis en place soit pour établir la preuve de la discrimination, soit pour développer des remèdes aux problèmes observés.

La discussion est alors piégée par la confusion des niveaux où une argumentation est pertinente.

Certaines discussions autour de la notion de sous-représentation sont prises dans ce porte-à-faux qui obscurcit totalement le débat. Ainsi, quand on affirme « c'est largement de cette inférence ('sous-représentation égale discrimination') que dépend la validité morale de la version moderne d'action positive »⁹⁷ on confond le fondement d'une intervention et la méthodologie d'une approche (élaboration de la preuve ou détermination du remède requis).

En effet, la mise en évidence de la discrimination systémique comme réalité sociale complexe et historiquement constituée constitue le fondement du choix d'intervenir à l'aide de mesures préférentielles. La sous-représentation, quant à elle, n'est qu'une mesure locale pouvant servir dans des lieux et circonstances donnés à l'appréciation des faits relatifs à l'exclusion de groupes spécifiques. Elle constitue ainsi, quand il s'agit d'établir la preuve de la discrimination qui conduira à l'imposition d'un programme, un premier

97. M. KRAUSS, *op. cit.* p. 471.

indicateur à partir duquel une allégation de discrimination sera testée. 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. Mais, comme pour tout autre type de preuve, l'évaluation dans un sens ou dans un autre sera nourrie par l'introduction d'une variété de données contextuelles susceptibles d'appuyer ou d'infirmer le verdict de discrimination.

Quand il s'agira d'élaborer des programmes et de définir une norme de représentation à atteindre, l'analyse de sous-représentation sera un outil, le meilleur que nous connaissons à ce jour — pourvu que l'analyse soit faite de façon judicieuse, ainsi que nous l'indiquions plus haut — pour évaluer des objectifs de rattrapage équitables.

Avant de terminer, je voudrais signaler très rapidement un troisième secteur d'argumentation: celui des coûts sociaux de l'application de ces remèdes. Une fois de plus, nous nous situons au plan des choix sociaux, donc de nouveau dans l'idéologie:

- ou les groupes qui ont bénéficié du privilège qui leur était assuré par la structuration des règles de fonctionnement mêmes du système voient ce privilège temporairement et partiellement réduit et cela même s'ils ne sont pas responsables de l'état de fait antérieur;
- ou les groupes défavorisés par ces règles maintiennent leur statut de défavorisés et la société doit payer le prix de cette situation soit par la sous-utilisation de potentiels développés, soit par le sous-développement de potentiels existants, soit par les désordres sociaux consécutifs à la production de classes défavorisées⁹⁸.

On ne doit toutefois pas dramatiser l'effet, sur les membres de la majorité, des mesures préférentielles locales, partielles et temporaires qui sont faites en faveur des groupes victimes de discrimination.

Ainsi que l'affirme le juge Powell⁹⁹:

98. Voir M.W. BLACK, *op. cit.*, p. 9. Voir également M. WEINFELD «The Social Cost of Discrimination in Canada», in Juge R.S. ABELLA, *Égalité en matière d'emploi*, vol. 2, p. 389.

99. Rédacteur de la position majoritaire dans *Wygant c. Jackson Board of Education*, *op. cit.*, p. 14.

«Dans les cas impliquant des objectifs d'embauche, le poids à porter par des personnes innocentes se diffuse de façon considérable dans la société prise dans son ensemble»¹⁰⁰.

Par contre, les répercussions sur les chances des groupes discriminés peuvent être considérables.

On le voit, une fois de plus on se retrouve devant des choix sociaux qui devront être guidés par l'idéal qu'une société se donne:

«La Loi s'apparente ainsi à la promulgation d'une politique et devient, par l'entremise du Parlement, l'expression d'un idéal social. Une collectivité s'épanouit et se définit par les lois qu'elle se donne; à la longue, le respect de ces lois projette l'image que la société veut se donner»¹⁰¹.

Se donne l'illusion de laisser le libre jeu des forces s'établir c'est, pour une société, renoncer à clarifier ses propres choix face à son existence collective et refuser de considérer le chemin sur lequel elle s'engage.

100. La traduction est de moi.

101. Juge R.S. ABELLA, *Égalité en matière d'emploi*, p. 224.