



LEAF
FAEJ

WOMEN'S LEGAL
EDUCATION & ACTION FUND
FONDS D'ACTION ET D'ÉDUCATION
JURIDIQUE POUR LES FEMMES

L'INTERSECTIONNALITÉ DANS LES CADRES LÉGISLATIFS ET LÉGAUX

Résumé

Par : Grace Ajele et Jena McGill

Copyright © 2020 Women’s Legal Education and Action Fund (LEAF)

Women’s Legal Education and Action Fund (LEAF)

180 Dundas Street West, Suite 1420

Toronto, Ontario, Canada M5G 1C7

www.leaf.ca

Le résumé de ce rapport est disponible en anglais et en français. Le rapport complet est disponible en anglais.

Le Fonds d’action et d’éducation juridiques (FAEJ) est une organisation caritative nationale à but non lucratif, fondée en 1985. Le LEAF/FAEJ s’emploie à promouvoir les droits fondamentaux des femmes et des filles au Canada en matière d’égalité par le biais des litiges, des réformes de la législation, et de l’éducation du public, à l’aide de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cette publication est née dans le cadre du projet Litiges Stratégiques Féministes (LSF) du FAEJ. Le projet LSF examine l’utilisation et l’impact des litiges stratégiques féministes pour aider le FAEJ, les féministes et les défenseurs de l’égalité des sexes à lutter plus efficacement contre la discrimination et l’oppression systémiques.

Remerciements particuliers aux groupes suivants :

- Le comité directeur du projet LSF : Rosel Kim, Elizabeth Shilton, Megan Stephens, Cee Strauss, Adriel Weaver
- Le comité consultatif du projet LSF : Estella Muyinda, Jackie Stevens, Karen Segal, Karine-Myrgianie Jean-François, Linda Silver Dranoff, Nathalie Léger, Rachelle Venne, Raji Mangat, Samantha Michaels, Tamar Witelson

Le projet LSF est financé par Femmes et Égalité des genres Canada (FEGC)

Résumé

L'intersectionnalité décrit les formes uniques de discrimination, d'oppression et de marginalisation pouvant résulter de l'interaction d'au moins deux motifs de discrimination fondés sur l'identité. Le but de cette note d'information est de : 1) mettre en évidence les idées essentielles de la recherche existante sur l'intersectionnalité; et 2) examiner l'application de l'intersectionnalité dans les cadres législatifs et légaux.

Cette note commence par nous narrer (Partie 2) les origines de l'intersectionnalité en la définissant par rapport à deux idées essentielles et en pointant quelques-unes de ses critiques. S'appuyant sur une longue tradition de récits de femmes noires et racialisées sur leurs oppressions multiples, le terme « intersectionnalité » a d'abord attiré l'attention au début des années 1990, grâce aux travaux de la professeure de droit, afro-américaine, Kimberlé Williams Crenshaw. Elle se servit de l'idée d'intersectionnalité pour expliquer les types uniques et complexes de discriminations, vécus par les femmes noires, à l'intersectionnalité de la race et du sexe. Elle soutenait que la discrimination intersectionnelle n'était pas prise en compte par la loi américaine anti-discrimination, qui traitait les catégories identitaires comme le « sexe » et la « race » en motifs de discrimination exclusifs l'un de l'autre. En trente ans, depuis que Crenshaw a inventé ce terme, l'intersectionnalité est devenue un principe important des mouvements féministes contemporains et une caractéristique des mouvements de justice sociale et d'anti-oppression, de défense et d'érudition de toutes sortes.

En règle générale, l'intersectionnalité repose sur deux idées principales. Premièrement, regarder un problème à travers un filtre intersectionnel révèle la nature de la discrimination qui découle de l'intersection d'identités multiples. Lorsque des oppressions basées sur au moins deux catégories d'identités se croisent, une nouvelle forme d'oppression se crée, différente des formes constitutives des autres oppressions. L'intersectionnalité souligne qu'il n'y a pas de type singulier de marginalisation vécue par quiconque partage une identité intersectionnelle, bien qu'il puisse y avoir des modèles ou des similitudes entre les

expériences individuelles situées à une intersection particulière, dans un cadre précis. La deuxième idée relie les expériences individuelles et collectives de désavantages, basés sur des identités croisées, à des systèmes plus importants de pouvoirs et de privilèges. Ce faisant, l'intersectionnalité remanie les catégories identitaires non comme des critères descriptifs objectifs des caractéristiques innées d'un individu, mais comme des constructions sociales, fonctionnant comme des vecteurs de privilèges et de vulnérabilité au sein de nos structures de pouvoir social, culturel, politique, économique et juridique. L'intersectionnalité a donc pour but la transformation des systèmes des désavantages intersectionnels.

Tandis que l'intersectionnalité gagnait du terrain dans différents contextes, l'idée erronée, selon laquelle elle ne nécessitait que l'expansion des catégories identitaires pour inclure un nombre infini de sujets situés différemment, se répandait. À la lumière de cette tendance, les universitaires et les militants intersectionnels ont appelé à éloigner les arguments intersectionnels des groupes et des identités, vers une intersectionnalité structurelle, se concentrant sur les systèmes de pouvoir et d'exclusion, d'où découlaient les expériences individuelles d'oppression et de discrimination identitaires.

Puis, la montée de l'intersectionnalité a suscité diverses critiques. Par exemple, un courant critique soutient qu'elle privilégie l'intersection de la race et du sexe au détriment d'autres vecteurs identitaires de privilèges et de désavantages, comme la sexualité, l'identité genrée, la langue et la classe. D'autres ont souligné que l'intersectionnalité ne parvenait pas à saisir les complexités de la dynamique transfrontalière et ne s'engageait pas dans les voies dont le colonialisme sous-tendait les systèmes croisés de pouvoir et de privilège. Un autre groupe critique porte sur le recours de l'intersectionnalité aux catégories identitaires, arguant, par exemple, qu'en se concentrant sur la complexité des relations entre elles, l'intersectionnalité ne rendait pas pleinement compte de la diversité des expériences au sein de ces catégories individuelles. Enfin, certains soutiennent qu'en raison de sa propagation, l'intersectionnalité s'est dépolitisée et ne représente concrètement plus qu'un phénomène marginal de l'inclusivité, au sens large.

La troisième partie de cette note passe de la théorie de l'intersectionnalité à la pratique, en étudiant l'apport possible des perspectives de l'intersectionnalité aux engagements des avocats et des juristes, auprès de clients au positionnement différent. L'intersectionnalité souligne l'importance de comprendre les différentiels de pouvoir entre les avocats et leurs clients, non seulement en termes d'accès inégal au langage et aux connaissances juridiques, mais aussi en ce qui concerne les identités complexes, les privilèges et les vulnérabilités qui en découlent, pour un avocat et son client. Le positionnement et l'alliance sont particulièrement importantes pour rendre opérationnelle l'intersectionnalité dans la relation avocat-client.

Le positionnement fait référence à la manière dont nos identités individuelles (y compris des critères comme la race, le genre, la sexualité, la classe et l'état de nos capacités), nous situent comme ayant relativement plus ou moins de pouvoir dans notre contexte social, culturel, économique, politique et juridique. Le positionnement concerne la manière dont nos identités, ainsi que les privilèges et désavantages qui en découlent, influencent nos perspectives et nos façons d'être dans le monde. En représentant des clients confrontés à des formes intersectionnelles d'oppression, les avocats doivent être conscients de l'influence de notre positionnement sur notre compréhension des problèmes du client et sur le modelage de nos décisions en pareille situation, y compris, par exemple, sur le type d'argument juridique que nous développons au nom d'un client. Plus généralement, les avocats doivent être conscients des nombreux rouages de notre système juridique, en tant qu'instrument de colonisation et d'oppression raciale, et de ses impacts différents sur des individus de statuts différents.

Le terme d'allié se réfère à une personne relativement plus privilégiée, solidaire des individus et / ou des communautés relativement moins privilégiées, dans un contexte donné. L'alliance est un processus actif et continu d'écoute, d'apprentissage, de désapprentissage, d'acceptation des critiques et de la continuité, afin de s'exposer et d'offrir diverses formes de soutien à des personnes et des communautés relativement moins privilégiées. Le concept d'alliance a fait l'objet de critiques, car en son nom, certains membres de groupes

relativement plus privilégiés se positionnaient parfois en « sauveurs » des communautés moins privilégiées, se concentrant sur leurs notions de justice et valorisant leur implication dans la libération des autres. L'alliance repose en fait sur l'interdépendance et sur notre compréhension d'un intérêt commun de parvenir à une égalité collective généralisée. La pratique de l'alliance dans le cadre de la défense juridique, où un avocat occupe une position relativement privilégiée vis-à-vis de son client, signifie se concentrer sur la voix, l'expérience, les choix de son client, et s'informer sur le contexte social et historique dans lequel ses problèmes juridiques surviennent.

La quatrième partie examine le rapport entre l'intersectionnalité et la loi anti-discrimination, narrant la critique de l'intersectionnalité de la loi anti-discrimination, cartographiant les façons dont elle commence à infiltrer la loi canadienne anti-discrimination et identifiant certaines pistes d'amélioration de la réception de l'intersectionnalité dans cette loi. Comme indiqué ci-dessus, le terme « intersectionnalité » trouve son origine dans la critique de la loi américaine anti-discrimination de Crenshaw. Cette critique est également pertinente ici au Canada. Nos lois anti-discrimination, codifiées dans la *Charte des droits et des libertés* (Charte), dans la *Loi fédérale canadienne sur les droits de la personne* et les 13 lois et codes provinciaux et territoriaux sur les droits de la personne, définissent tous des mécanismes de remédiation à la discrimination sur la base d'une liste de motifs de discrimination prohibés, dont (entre autres) : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et le handicap. À ce jour, les affaires fondées sur une violation présumée de ces clauses anti-discrimination ont été largement analysées sur la base d'un seul motif de discrimination prohibé. Crenshaw appelle cela un modèle « à axe unique » d'évaluation de la discrimination, car il traite chaque motif de discrimination comme étant exclusif des autres.

Les lacunes des cadres à axe unique sont au cœur de la critique de l'intersectionnalité de la loi anti-discrimination. Premièrement, les cadres à axe unique simplifient artificiellement les complexités des existences individuelles, rendant impossibles à raconter les récits identitaires sociaux intersectionnels, comme ceux des femmes noires âgées ou des

lesbiennes autochtones. Deuxièmement, les approches à axe unique essentialisent les expériences de tous ceux qui appartiennent à une catégorie donnée, dissimulant la diversité au sein des groupes. Troisièmement, les cadres à axe unique ont tendance à envisager les catégories identitaires de manière limitée, ignorant le rôle complexe du pouvoir dans la création de ces catégories et de la structuration des rapports d'inégalité. Les modèles à axe unique déforment donc la nature réelle des revendications intersectionnelles antidiscriminatoires. Par conséquent, les tribunaux ne peuvent tout simplement pas appréhender la discrimination intersectionnelle et il est peu probable qu'ils puissent donc proposer un remède significatif. En outre, les cadres à axe unique de lutte contre la discrimination ont une capacité limitée à cibler les dimensions systémiques de la marginalisation et de l'oppression dont découlent les expériences individuelles de la discrimination.

Malgré la persistance des analyses à axe unique, certains signes indiquent que l'intersectionnalité commence à infiltrer la loi anti-discrimination au Canada. Des arguments intersectionnels sont présentés dans les salles d'audience canadiennes, des avocats et des organisations de défense s'efforcent de faire progresser les histoires de leurs clients, dans le respect de la complexité de leur existence et de leur situation. Néanmoins, l'intersectionnalité n'a pas fait de percées significatives dans la loi anti-discrimination, en partie parce que les juges et les arbitres n'ont pas systématiquement engagé d'arguments ou d'analyses intersectionnels. Par exemple, la Cour suprême du Canada n'a jamais statué sur une plainte pour discrimination multiple, malgré la possibilité de déposer des plaintes intersectionnelles, conformément à la garantie au droit à l'égalité de la *Charte* et à l'enregistrement des plaintes de divers acteurs et intervenants dans de nombreuses affaires d'égalité, sur l'importance d'une approche intersectionnelle. Lorsqu'un argument fondé sur plusieurs motifs est avancé, les juges et les arbitres choisissent souvent d'évaluer l'affaire en se référant à un motif unique, sans évoquer les autres, ou d'adopter une approche « additive », en analysant les éléments de preuve concernant chaque motif de discrimination séparément, puis en les évoquant.

Cependant, certaines cours et certains tribunaux jugeant des affaires anti-discrimination se montrent disposés et capables de démontrer une meilleure compréhension de l'intersectionnalité dans leurs décisions. Par exemple, dans *Turner c Canada (Procureur général)*, la Cour d'appel fédérale a conclu que le Tribunal canadien des droits de la personne avait commis une erreur en ne considérant pas l'affaire en appel comme une affaire de discrimination intersectionnelle impliquant à la fois la race et le handicap perçu. Ce faisant, dans l'affaire *Turner*, le tribunal a confirmé que dans les affaires de discrimination multiple, l'intersectionnalité était nécessaire pour rendre visibles les exemples de discrimination fondée sur des motifs multiples, pouvant ne pas être apparents si chaque motif était analysé séparément. *Turner* et d'autres affaires similaires démontrent que la diffusion de l'intersectionnalité a un certain impact sur la sensibilisation des juges et des arbitres au regard des insuffisances des analyses à axe unique et de l'importance de l'intersectionnalité dans les contextes de lutte contre la discrimination.

S'il est clair que l'intersectionnalité commence à infiltrer la loi canadienne anti-discrimination, son introduction a soulevé des tensions spécifiques sur la façon de rendre plus opérationnelle l'intersectionnalité dans les limites des régimes statutaires et des doctrines juridiques définies. Le projet d'intégrer pleinement l'intersectionnalité dans la loi anti-discrimination exigera des recadrages fondamentaux sur chaque aspect de cette dernière. Dans l'intervalle, cependant, il existe d'importantes possibilités de mieux intégrer l'intersectionnalité au sein des doctrines et pratiques antidiscriminatoires existantes. Cette note identifie trois de ces possibilités.

Premièrement, l'implication de l'intersectionnalité au sein des arguments et des décisions juridiques doit dépasser la simple évocation de l'histoire d'un plaignant, eu égard à ses identités multiples, et inclure l'intersectionnalité structurelle comme cadre analytique. Cette évolution nécessite une mise en relation rapide entre les expériences individuelles discriminatoires et les systèmes de pouvoir et d'exclusion à la source de ces discriminations. Deuxièmement, le passage à l'intersectionnalité structurelle nécessitera de repenser les motifs de discrimination. En règle générale, ces derniers sont traités formellement, souvent

superficiellement, sans autre exigence que de se demander si le plaignant appartient bien au groupe identifié par le motif de l'allégation de discrimination. L'intersectionnalité structurelle nécessite une implication profonde et des motifs marqueurs des systèmes de pouvoir. Rendre opérationnelle cette vision pourrait impliquer, par exemple, de s'orienter vers une vision plus large des motifs, centrée sur la façon dont nos identités et le pouvoir, ou la vulnérabilité qui en découlent, affectent nos relations avec les autres dans un contexte donné.

Troisièmement, si les motifs sont souvent identifiés comme le principal défi à une meilleure intégration de l'intersectionnalité dans la loi anti-discrimination, ils ne sont pas la seule pierre d'achoppement vers cet objectif. Par exemple, reconnaître les torts de la discrimination intersectionnelle exige une conception significative de l'égalité réelle et non formelle. Comme le formalisme nécessite une comparaison entre deux individus similaires en tous points, à l'exception de la caractéristique protégée (race, classe, etc.), l'égalité formelle aboutit généralement à des analyses à axe unique. En outre, l'intégration de l'intersectionnalité dans la loi anti-discrimination exige qu'une attention particulière soit accordée à la question de la preuve. Étant donné que la discrimination intersectionnelle découle des structures et des normes sociales, les preuves doivent se concentrer sur la démonstration de modèles répandus de marginalisation et de vulnérabilité, et non sur des expériences individuelles discriminatoires. Les juges et les arbitres doivent également être réalistes quant aux preuves quantitatives auxquelles on peut raisonnablement s'attendre provenant d'un plaignant, puisque, par exemple, les preuves statistiques d'un désavantage systémique peuvent ne pas être disponibles ou accessibles en permanence pour un plaignant dans une affaire de lutte contre une discrimination.

La cinquième partie examine brièvement le rôle que l'intersectionnalité a joué dans trois autres domaines juridiques au Canada: le droit pénal, le droit de la famille et le droit de l'immigration et des réfugiés. Il existe des preuves de tentatives visant à adopter une approche holistique du droit pénal attentive au contexte dans lequel certaines personnes, certaines communautés et certains comportements sont pénalisés de manière

disproportionnée. Le *Code criminel* exige par exemple que les juges chargés de la détermination de la peine tiennent compte de toutes les sanctions raisonnables autres que l'emprisonnement et tiennent particulièrement compte des circonstances uniques des peuples autochtones criminalisés. Pourtant, les tendances intersectionnelles, y compris, par exemple, la féminisation, la criminalisation de la pauvreté et le contrôle excessif des communautés racialisées, continuent de contribuer à la sur-représentation des femmes pauvres, jeunes, racialisées et autochtones dans les prisons canadiennes.

Des arguments intersectionnels ont longtemps été avancés dans les affaires de droit de la famille, y compris, par exemple, des arguments à l'intersection du genre et de la classe, qui relie la nature genrée du travail domestique, la prestation de soins et la féminisation de la pauvreté. Les défenseurs du droit de la famille ont également attiré l'attention sur les répercussions genrées de la législation sur le droit de la famille, en particulier en ce qui concerne les femmes autochtones à l'intersection du droit de la famille et du droit autochtone. L'intersectionnalité a eu une incidence particulière sur le droit de l'immigration et des réfugiés, où par exemple, le fait de ne pas tenir compte de l'intersection de divers facteurs de risques, auxquels un demandeur d'asile est confronté, constitue une erreur justifiant un contrôle judiciaire. Bien que l'intersectionnalité exerce une certaine influence sur le droit pénal, le droit de la famille et le droit de l'immigration et des réfugiés, les cours et les tribunaux qui statuent sur les plaintes dans ces domaines n'ont pas encore pleinement adopté les cadres intersectionnels.

La sixième partie de cette note souligne la diffusion de l'intersectionnalité dans les cadres législatif et légal au-delà du Canada: en droit international, aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie, et dans les travaux de la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit international a fait des progrès significatifs en matière d'intégration de l'intersectionnalité au cœur du texte de certaines conventions, notamment la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, et dans l'interprétation d'autres conventions apparemment à axe unique, comme la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, interprétée en tenant compte des diverses formes

intersectionnelles de discriminations auxquelles étaient confrontées les femmes dans le monde.

Comme au Canada, l'intersectionnalité présente un bilan mitigé dans d'autres juridictions du droit commun anglo-saxon. Par exemple, aux États-Unis, les tribunaux statuant sur des allégations de discriminations ont tendance à rechercher des preuves de préméditation, ce qui ne peut généralement pas être démontré dans les cas de discrimination intersectionnelle fondée sur un désavantage systémique. Au Royaume-Uni, certains tribunaux ont reconnu les lacunes des analyses à axe unique, mais sont rarement allés plus loin pour intégrer des évaluations intersectionnelles complètes à leurs décisions. L'intersectionnalité fait face à un défi unique en Australie, où les lois fédérales contre la discrimination n'incluent pas d'interdiction généralisée de la discrimination, mais sont plutôt codifiées en quatre lois distinctes, chacune concentrée sur un seul motif de discrimination prohibé : la race, le sexe, le handicap et l'âge. Enfin, l'intersectionnalité informe plus fréquemment les travaux de la Cour européenne des droits de l'homme, comme dans l'affaire *BS c. Espagne*, où la vulnérabilité spécifique des femmes africaines en Europe a été expressément et intersectionnellement reconnue par la Cour.

Bien que des progrès soient réalisés, ces exemples comparatifs révèlent que, comme au Canada, la loi anti-discrimination entre les juridictions est généralement réticente à aller au-delà d'une approche à axe unique. Lorsque l'intersectionnalité est prise en compte, elle est souvent à peine comprise, comme un moyen de reconnaître que la discrimination peut se produire sur la base d'identités multiples et que les lacunes des analyses à axe unique, accordent moins d'attention aux dimensions systémiques de la vulnérabilité et de la marginalisation que l'intersectionnalité structurelle ne l'exige.

Cette note s'achève à la partie 7, en reprenant les principaux points à retenir et en affirmant l'importance de la poursuite de ce travail stimulant et novateur, consistant à intégrer l'intersectionnalité aux cadres législatif et légal.