

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**La modélisation systémique:
un cadre d'analyse constructiviste de la discrimination
et
son application à l'épidémiologie génétique**

par

Diane L. Demers

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (L.L.D.)

Août 1997

© Diane L. Demers, 1997



Page d'identification du jury

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée:

**La modélisation systémique:
un cadre d'analyse constructiviste de la discrimination
et
son application à l'épidémiologie génétique**

présentée par:

Diane L. Demers

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes:

M. Pierre Blache

M. Jacques Frémont

Mme Bartha Maria Knoppers

Mme Francine Mayer

M. Guy Rocher

Thèse acceptée le: lundi le 22 juin 1998

SOMMAIRE

Cette thèse traite, d'une manière générale, d'un cadre d'analyse propre à l'interprétation des textes juridiques portant sur le droit à l'égalité sans discrimination ainsi qu'aux règles et méthodes propices à la reconnaissance judiciaire de ces droits et, d'une manière plus particulière, de la modélisation systémique du phénomène de la discrimination. La discrimination constitue un phénomène juridico-social complexe dont la démonstration nécessite une approche constructiviste à la fois du droit et des faits. Afin de rendre compte de la pertinence du cadre d'analyse développé, nous avons choisi d'illustrer la démarche proposée à l'aide d'une situation représentative des interactions et des interrelations qui caractérisent un système dans l'émergence d'effets discriminatoire. Pour des motifs mentionnés dans le texte, le champ de l'épidémiologie génétique a été retenu à cette fin et plus spécifiquement, les aspects touchant à la diffusion de l'information dans ce champ de recherche. Ce choix spécifique répond de l'hypothèse que nous avançons à l'effet que la discrimination affectant certaines personnes résulte généralement, sinon régulièrement, de la dimension «information» des rapports sociaux. Nous abordons les prémisses de cette hypothèse dans le chapitre premier de la partie I en présentant l'influence des observations des sciences sociales dans la compréhension du phénomène de discrimination.

En matière des droits de la personne, l'analyse jurisprudentielle des décisions portant sur la définition de la discrimination prohibée révèle une évolution conceptuelle significative d'une rupture dans l'approche interprétative des textes législatifs. L'avènement de la Charte constitutionnelle marque le point de départ de cette évolution dont la Cour suprême en constitue le principal agent; c'est pourquoi l'analyse jurisprudentielle porte essentiellement sur les décisions de cette Cour afin de démontrer le cheminement évolutif du raisonnement interprétatif vers la reconnaissance de la nécessité de dépasser les limites des théories traditionnelles d'interprétation pour juger des phénomènes sociaux complexes.

Le développement du champ du droit à l'égalité sans discrimination a favorisé l'émergence d'une approche constructiviste de la réalité juridique qui permet d'ouvrir sur la

modélisation en tant qu'outil favorable à la démonstration judiciaire du phénomène de la discrimination. La modélisation rend saisissables les relations causales nécessaires entre les entités constitutives de la discrimination et, par le fait même, rend compréhensible la dynamique du phénomène. L'interprétation de la règle de droit et du phénomène juridique par le recours à un modèle argumenté et schématisable constitue une démarche vers une approche judiciaire plus propice à construire le sens juridique des phénomènes sociaux et à résoudre les litiges en découlant.

La modélisation systémique, discutée en deuxième partie de la thèse, propose justement de construire le modèle de l'objet d'étude en établissant d'abord sa définition conceptuelle ou, en termes adaptés à notre projet, le modèle idéal de la disposition législative; la démarche se poursuit par le développement des modèles logiques qui présentent la causalité nécessaire en fonction des raisonnements possibles; en l'espèce, on peut penser aux trois modèles reconnus de discrimination directe, indirecte et systémique.

La démarche se termine par la conceptualisation du modèle physique de la situation observée de telle sorte que l'examen, à l'aide des modèles logiques appliqués, conduise à l'intelligibilité de la complexité de l'objet ou de la situation sous étude. Cette thèse tente de démontrer qu'une telle démarche constructiviste dans l'analyse d'un phénomène juridico-social de discrimination constitue un outil d'interprétation et d'application de la règle juridique plus fiable que l'approche juridique traditionnelle pour atteindre les objectifs de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	ii
PLAN GÉNÉRAL DE LA THÈSE	v
PLAN DÉTAILLÉ DE LA THÈSE	vii
LISTE DES TABLEAUX	xii
LISTE DES FIGURES	xiii

PLAN GÉNÉRAL DE LA THÈSE

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE LE PHÉNOMÈNE DE LA DISCRIMINATION ET SON ÉVOLUTION À TRAVERS L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE	24
Chapitre I La discrimination systémique: variation sur un concept unique	25
Section I Les sciences sociales et l'évolution du concept de discrimination	26
Section II L'évolution du concept juridique de la discrimination	37
Section III L'approche systémique ou un modèle d'analyse des systèmes complexes	53
Introduction au chapitre II D'un concept flou à une interprétation dynamique du droit	67
Chapitre II Les concepts flous, l'interprétation "constructiviste" et la modélisation	82
Section I L'égalité et la discrimination ou la problématique des concepts flous	83
Section II La discrimination et son interprétation en variance de la théorie générale	89
Section III Le constructivisme et la modélisation: des outils d'interprétation	100
Introduction à la deuxième partie De l'interprétation d'un concept à la modélisation systémique	112
DEUXIÈME PARTIE LA MODÉLISATION ET L'ANALYSE D'UN PHÉNOMÈNE DE DISCRIMINATION	
Chapitre I La modélisation théorique de la discrimination	135
Section préliminaire La systémique à la recherche de l'équilibre entre la spécificité et la totalité de l'objet	135
Section I Le cadre conceptuel et sa pertinence dans l'étude du phénomène de la discrimination	140
Section II La méthode et la construction du modèle	149
Section III L'application du modèle théorique	195
Introduction au Chapitre II De la discrimination et de la génétique	218

Chapitre II	La discrimination, la modélisation et l'épidémiologie génétique	252
Section I	Le modèle de la discrimination systémique et son application à l'épidémiologie génétique	252
Section II	La discrimination systémique et l'épidémiologie génétique	267
Section III	L'évaluation du modèle appliqué à l'épidémiologie génétique	308
CONCLUSION		314

PLAN DÉTAILLÉ DE LA THÈSE

INTRODUCTION	1
Présentation générale	1
La problématique et la structure de la thèse	2
La discrimination et son évolution à travers l'interprétation judiciaire	7
A) La complexité du concept de discrimination	8
B) La discrimination et l'approche juridique traditionnelle	10
C) La discrimination systémique et la nécessité d'un modèle d'analyse	13
La modélisation et l'analyse d'un phénomène de discrimination	15
A) Le fondement théorique du modèle d'analyse	15
B) La pertinence et l'utilité du modèle	17
C) Le choix du système étudié	20
PREMIÈRE PARTIE LE PHÉNOMÈNE DE LA DISCRIMINATION ET SON ÉVOLUTION À TRAVERS L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE	24
Chapitre I La discrimination systémique: variation sur un concept unique	25
Introduction	25
Section I Les sciences sociales et l'évolution du concept de discrimination	26
1.1 Une vision initiale simple: un phénomène individuel et intentionnel	27
1.2 Une vision revue et corrigée: un phénomène individuel et social	29
1.3 Une vision actuelle et évolutive: un phénomène social complexe	33
Section II L'évolution du concept juridique de la discrimination	37
2.1 D'une définition linéaire et simple à une définition circulaire complexe	37
2.2 Le concept de discrimination et la règle d'interprétation	44
2.3 Les éléments constitutifs et la démarche d'interprétation	46
a) le motif	46

b) le motif, la personne visée et l'effet discriminatoire	48
Section III L'approche systémique ou un modèle d'analyse des systèmes complexes .	53
3.1 les situations complexes ou la discrimination dite systémique	53
3.2 les paramètres d'un système complexe	59
3.3 la modélisation d'un système complexe	63
Conclusion	65
Introduction au Chapitre II D'un concept flou à une interprétation dynamique du droit	67
A) L'évolution du concept de discrimination	67
B) La nécessité d'une interprétation pro-active	72
B) Le recours à une approche dynamique du droit	75
Chapitre II Les concepts flous, l'interprétation "constructiviste" et la modélisation	
Introduction	82
Section I L'égalité et la discrimination ou la problématique des concepts flous	83
1.1 - L'énoncé normatif d'un principe	84
1.2 - Une application liée à des concepts flous	85
Section II La discrimination et son interprétation en variance de la théorie générale	89
2.1 - Les règles d'interprétation et les concepts flous	89
2.2 - Les règles d'interprétation et les valeurs fondamentales	96
Section III Le constructivisme et la modélisation: des outils d'interprétation	100
3.1 - Une approche cognitive transdisciplinaire	100
3.2 - Une méthode d'interprétation pour la construction de la réalité juridique	103
Conclusion	110
Introduction à la deuxième partie: De l'interprétation d'un concept à la modélisation systémique	112
A) Les années 1990 et le concept de discrimination	113
B) Le constructivisme et la modélisation systémique	120

DEUXIÈME PARTIE LA MODÉLISATION ET L'ANALYSE D'UN PHÉNOMÈNE DE DISCRIMINATION	
Chapitre 1 La modélisation théorique de la discrimination	135
Section préliminaire La systémique à la recherche de l'équilibre entre la spécificité et la totalité de l'objet	135
Section I Le cadre conceptuel et sa pertinence dans l'étude du phénomène de la discrimination	140
1.1 Le cadre conceptuel et la méthodologie	140
1.2 La modélisation dans le débat judiciaire sur la discrimination	145
Section II La méthode et la construction du modèle	149
2.1 L'adaptation du modèle théorique	150
- la première règle: la démarche logique adoptée et ses concept pertinents	151
- la deuxième règle: l'objectif logique privilégié	154
- la troisième règle: la modélisation et ses perspectives	155
2.2 La démarche de modélisation de la discrimination	160
A) le modèle idéal de la discrimination	161
B) les modèles logiques de la discrimination	165
- le modèle logique de la discrimination directe	167
- le modèle logique de la discrimination indirecte	169
- le modèle logique de la discrimination systémique	172
C) le modèle physique de la discrimination systémique	177
Section III L'application du modèle théorique	195
3.1 L'examen d'une situation de discrimination	197
- la reconnaissance des variables pertinentes	203
- les limites du système	209
3.2 L'analyse d'une situation de discrimination	210
3.2.1 la conceptualisation	211
3.2.2 l'opérationnalisation du modèle	214
Conclusion	216
Introduction au Chapitre II De la discrimination et de la génétique	218
A) L'hérédité, la génétique et l'eugénisme	218

CONCLUSION	314
La discrimination, un phénomène juridico-social complexe	314
Le constructivisme, une approche cognitive raisonnée	316
La modélisation systémique, un cadre d'analyse incontournable	318
La modélisation systémique, une démarche cognitive globale	319
BIBLIOGRAPHIE	322

LISTE DES TABLEAUX

Tableau I	Distinction entre cartésianisme et systémique	142
Tableau II	Niveaux de complexification du modèle de l'objet	158
Tableau III	Représentation matricielle des trois perspectives de la modélisation	159
Tableau IV	Typologie de l'information génétique	273
Tableau V	Le patrimoine génétique héréditaire:les sources de données informationnelles	274
Tableau VI	Le patrimoine génétique héréditaire:les finalités d'utilisation	275

LISTE DES FIGURES

Figure 1	Le système	143
Figure 2	Le phénomène de discrimination	146
Figure 3	Le modèle idéal de la discrimination	163
Figure 4	Le phénomène de la discrimination et l'environnement	163
Figure 5	La discrimination directe	168
Figure 6	La discrimination indirecte	169
Figure 7	La discrimination systémique	175
Figure 8	Modèle physique de la responsabilité civile:décision Ville de Brossard (C.A)	180
Figure 9	Modèle physique de la discrimination directe:décision Ville de Brossard (C.S.C)	181
Figure 10	Première ébauche: décision A.T.F.	184
Figure 11	Sous-système: gestion du personnel - fonction 1) recrutement	188
Figure 12	Sous-système: gestion du personnel - fonction 2) embauche	190
Figure 13	Ébauche des fonctions recrutement et embauche au CN	192
Figure 14	Centre de recherche et son environnement	257
Figure 15	Première ébauche du centre de recherche	260
Figure 16	Sous-système 1) recrutement des sujets de recherche	261
Figure 17	Sous-système:communication scientifique 2) diffusion des résultats de recherche	264
Figure 18	Fonctions: recrutement des sujets de recherche et diffusion de l'information	265
Figure 19	Centre de recherche en génétique	277

Remerciements

Je tiens à remercier les professeurs Bartha Maria Knoppers, Pierre MacKay et Jacques Frémont (en remplacement de Pierre Mackay) qui m'ont, au cours de ces années, apporté leur appui et leur encouragement à titre de co-directeurs de cette thèse. Malgré son aspect clairement scientifique, ils ont su respecter tant les idées que la démarche suivie et contribuer, par leurs réflexions, à enrichir son contenu. Je souhaite également remercier le Docteur Claude Laberge qui a généreusement lu et commenté certaines parties de la thèse. Mes remerciements vont également à mes collègues du GRID qui ont partagé mes réflexions et m'ont alimenté de commentaires judicieux, particulièrement en ce qui concerne le raisonnement constructiviste dans le champ du droit.

Je me dois de souligner la contribution exceptionnelle de mon amie Marie-Claire Lefebvre sans qui ce texte serait encore plus imparfait.

J'aimerais remercier également mes compagnes et compagnons des premières heures qui, au C.R.D.P., m'ont permis de discuter et d'explorer des raisonnements qui n'ont pu qu'enrichir le produit final de la thèse.

INTRODUCTION

Présentation générale

La discrimination, et particulièrement la discrimination dite systémique, nous a entraîné dans une longue réflexion qui se poursuit depuis plus de cinq ans. Cette réflexion, qui a pris sa source dans les difficultés de présenter juridiquement une situation de faits où une distinction existe et est constatée¹ sans pour autant que l'on puisse démontrer factuellement le lien de causalité entre cet effet et les sources du phénomène, a favorisé une recherche de plus en plus poussée sur le concept même de discrimination et sur la nature de la relation existant entre ce concept et l'approche juridique du phénomène.

Notre objectif initial était de concevoir un outil de travail pour analyser un phénomène juridique, et de ce fait, prenait en considération les règles et les théories de preuve propres à la science juridique. Nous avons longuement tenté de résoudre les difficultés d'appréhension posées par les problèmes de discrimination en explorant les diverses théories de preuve mises de l'avant notamment par les juristes américains et dont certaines ont été importées au Canada. Bien que cette recherche ne nous ait pas conduit, loin de là, à identifier un outil proprement juridique qui soit satisfaisant, elle nous a cependant permis de constater l'évolution de la pensée juridique et, jusqu'à un certain point, l'éclatement du paradigme réductionniste provoqué par l'intégration d'un constructivisme fondé sur les finalités.

Nous avons remarqué que l'interprétation téléologique prônée par la Cour Suprême du Canada reprend, à toutes fins utiles, l'approche des tribunaux spécialisés de première instance, plus immédiatement confrontés à l'analyse des faits et à l'interprétation du droit dans ce contexte, alors que les tribunaux d'appel recourent plutôt à l'approche plus traditionnelle d'une interprétation rigoureuse de la règle de droit provenant du régime de

¹ Nous avons travaillé pendant plusieurs années sur les écarts salariaux entre les femmes et les hommes dans les secteurs public et parapublic.

la responsabilité en recherchant la causalité simple, immédiate et directe ou causalité linéaire du modèle d'analyse réductionniste.

Cette situation particulière, qui nous rappelle l'image d'un sablier, nous a convaincu de limiter notre analyse du droit aux seules décisions de la Cour Suprême. Dans cette entreprise, ce ne sont pas toutes les décisions, ni tous les sujets qui nous préoccupent puisque notre intérêt est centré sur l'évolution de la définition du concept de discrimination et sur l'approche interprétative de ce phénomène juridique. Ainsi, nous ne nous intéresserons pas au sens précis donné, par exemple, par la Cour au motif «état civil» mais plutôt à la démarche suivie pour circonscrire le sens de ce concept dans le contexte de la discrimination interdite.

La problématique et la structure de la thèse

La problématique de la thèse est élaborée autour d'une réflexion sur l'articulation du droit et plus particulièrement de l'organisation et des processus de l'intervention judiciaire face à un concept flou, la discrimination, recouvrant des réalités complexes. La question suivante en constitue la trame de fond: l'approche interprétative traditionnelle en droit et les cheminements qui en découlent constituent-ils un obstacle insurmontable dans la reconnaissance judiciaire d'un phénomène juridique complexe, tel celui de la discrimination, ou peut-on concevoir un outil qui éclaire cette approche, alimente ses interprètes dans la construction du sens des textes législatifs et favorise la résolution des questions judiciairisées résultant des phénomènes socio-juridiques ?

Pour répondre à cette question nous devons, d'abord, examiner la situation telle qu'elle se présente, identifier la teneur du discours des interprètes du droit et en dégager le contenu signifiant ainsi que la démarche qu'ils ont suivie pour l'élaborer.

Comme nous le verrons dans la première partie de cette thèse, la démarche juridique a connu une évolution intéressante face au concept flou que constitue la discrimination. Devant la complexité du phénomène, la Cour est passée, en très peu de temps, d'une définition traditionnellement réductionniste, comme celle proposée, par exemple, dans la décision **O'Malley**², à la définition globalisante de l'arrêt **Andrews**³. Cette transformation de la définition même de discrimination a été inspirée, en quelque sorte, par les résultats d'études sociologiques du phénomène qui ont grandement contribué à une meilleure et plus juste compréhension de sa complexité; elle est cependant encore restreinte dans sa concrétisation par les règles et les théories de preuve propres au système juridique particulièrement lorsqu'elles sont appliquées selon l'approche traditionnelle.

Nous avons voulu dans la deuxième partie de notre étude discuter d'une approche qui, à notre avis, permettrait de résoudre ce dilemme en présentant les faits selon un modèle construit non seulement en tenant compte des finalités des lois antidiscriminatoires mais également en intégrant le processus de l'endo-exo-causalité ou causalité circulaire.

L'approche systémique propose de construire le modèle de l'objet d'étude à partir de la triadique temps-espace-forme, en en identifiant les éléments constitutifs (le noyau stable) et en intégrant leurs interrelations et leurs interactions (le système organisant et organisé), de telle sorte que l'examen du modèle conduise à la compréhension ou à l'intelligibilité de la complexité de l'objet.

D'une façon plus pratique nous souhaitons, dans cette thèse, présenter concrètement la démarche de construction du modèle d'analyse de même que l'utilisation qui peut en être faite dans la démonstration de l'existence d'un phénomène juridique de discrimination.

² *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 R.C.S. 536;

³ *Andrews c. Law society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143

Nous terminerons cette présentation de la problématique en abordant sommairement le «système» sur lequel nous souhaitons vérifier et valider notre modèle d'analyse; ce système est l'épidémiologie génétique.

Nous aurions pu utiliser, pour ces fins, le dossier d'**Action Travail des femmes**⁴ qui constitue, à ce jour, le dossier-type de discrimination systémique; les éléments y sont multiples et complexes mais le système judiciaire a su, malgré tout, reconnaître là une situation de discrimination interdite. D'une part, nous avons préféré y recourir à titre d'explications occasionnelles pour illustrer certains points de la démarche de modélisation et, d'autre part, nous l'avons écarté au titre du système-type parce que ce dossier, malgré qu'il ait été fort utile dans l'évolution du concept de discrimination, a créé une forme d'attente judiciaire à l'égard des dossiers de discrimination dite systémique. Certains semblent croire qu'il n'y aurait pas de discrimination systémique sans effets multiples⁵, ce qui, selon nous, est inexact; l'attribut de «systémique» qualifiant plutôt la multiplicité et la complexité des sources de la discrimination que ses effets.

Afin d'illustrer la démarche d'analyse ou le raisonnement logique permettant de saisir la dynamique du phénomène, nous avons choisi une situation qui n'a pas fait l'objet d'une enquête judiciairisée. Cette situation peut être examinée à partir du constat d'un effet d'exclusion, de distinction ou de préférence affectant des personnes caractérisées par l'un des motifs identifiés dans les lois antidiscriminatoires, sans pour autant que l'on sache ou que l'on connaisse précisément les mécanismes d'émergence de cet effet.

L'utilisation de l'information génétique a déjà conduit à des pratiques discriminatoires notamment en emploi et en assurance, et ce, particulièrement aux États-unis. Il s'agit

⁴ *Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S.1114. (ci-après: Action Travail des Femmes)

⁵ Voir à cet égard la décision *Ville de Québec c. C.D.P.Q.*, [1989] R.J.Q. 831; Cour d'appel du Québec:

d'exclusion ou de distinction constatée dans des relations privées ou publiques qui n'ont aucun lien direct avec l'intervention médicale proprement dite; l'information génétique est plutôt utilisée hors contexte et produit des effets d'exclusion ou de différenciation dont il importe d'identifier les sources et les fondements. Nous avons ciblé le champ de recherche de l'épidémiologie génétique parce qu'il constitue, somme toute, un système privilégié d'informations (génétiques) auquel se réfèrent tant les chercheurs que les utilisateurs. Ce secteur de recherche participe à la production et au traitement de l'information génétique; il est également au coeur de l'utilisation qui en est faite. Il est susceptible de produire un effet discriminatoire tout autant que de concourir à l'émergence de la discrimination affectant certaines personnes porteuses de gènes caractéristiques ou associés à des anomalies ou à des maladies. Nous développerons davantage cette question dans la dernière section de la deuxième partie.

La démarche proposée est donc, dans un premier temps, de faire le point sur le concept de discrimination ainsi que sur l'évolution juridique de l'appréhension du phénomène pour cerner les réalités de l'approche traditionnelle du droit. Ceci nous amènera, dans un deuxième temps, à considérer l'approche systémique en tant qu'outil juridique d'analyse de la complexité de la discrimination dite systémique.

Avant de poursuivre, il importe de mentionner que, quant à la forme de la thèse, nous avons opté, dès notre inscription, pour une thèse par articles. Les raisons qui ont prévalu au moment de ce choix répondaient alors à une certaine inquiétude quant à la teneur «scientifique» de notre propos. La possibilité que semblait ouvrir cette option de bénéficier des commentaires de comités de lecture appartenant à diverses disciplines nous attirait. Le temps passant, une nouvelle inquiétude surgit, liée au risque qu'un article publié ne ferme la porte aux changements que l'évolution de la réflexion entraîne. Il nous a donc fallu admettre les limites intrinsèques de ce procédé et nous accommoder de ses modalités.

La thèse prend donc la forme de deux parties comprenant chacune deux articles. On constatera, particulièrement dans les deux premiers articles, une certaine redondance quant aux citations des arrêts retenus pour fin de démonstration de notre propos et quant aux commentaires que chacune d'elles appelle dans l'énoncé des éléments caractéristiques du modèle de discrimination en développement; dans ces articles, seule la perspective change; d'une perspective d'analyse évolutive d'un concept⁶, on passe à une analyse de la démarche interprétative⁷ afin de rendre compte de l'influence de cette démarche dans la définition du concept et l'appréhension du phénomène.

Les articles qui constituent la deuxième partie de la thèse sont de facture moins juridique présentant, l'un, le modèle théorique de la modélisation systémique et son adaptation en tant qu'outil de l'interprète du droit⁸, et, l'autre, l'application de ce modèle dans l'identification des sources et des processus de production des effets discriminatoires reliés à l'épidémiologie génétique⁹.

Entourant ces articles, des textes introductifs, comportant parfois une mise-à-jour jurisprudentielle, un survol théorique ou une introduction méthodologique nous sont apparus nécessaires pour lier les parties. Ce sont, pour la première partie, l'analyse des décisions de la Cour suprême postérieures à la publication du chapitre premier et une discussion sur l'utilité de recourir à une démarche dynamique dans l'interprétation du droit à la non-discrimination. Quant à la deuxième partie, ces textes porteront, en premier lieu,

⁶ **La discrimination systémique: variation sur un concept unique**, publié dans la Revue canadienne de droit et société, 1992, vol 8. no 2, 83

⁷ **Les concepts flous, l'interprétation constructiviste et la modélisation**, dans Thomasset Claude et Danièle Boursier (dir.) *Interpréter le droit: Le sens, l'interprète, la machine*. GRID - Bruxelles, Bruylant, 1997, p.221-241.

⁸ **La modélisation théorique de la discrimination: un outil pour comprendre le phénomène juridique**, à paraître.

⁹ **La discrimination systémique et l'épidémiologie génétique**, à paraître.

sur une présentation théorique du modèle systémique, puis, en introduction au deuxième chapitre, sur un rappel sommaire des origines de la génétique et de ses liens historiques avec les représentations et les préconstruits sociaux des problèmes héréditaires. Nous avons intégré au deuxième chapitre une première section portant sur l'application des modèles logiques au sous-système de l'épidémiologie génétique; finalement nous terminerons cette partie par une illustration de la pertinence de l'outil que constitue la modélisation dans la compréhension d'un phénomène discriminatoire. Ces textes, propres à l'objet de la thèse, ne sont pas inclus dans les articles soumis pour publication, pour deux raisons: soit que les destinataires des articles juridiques ou scientifiques sont déjà familiers avec ces questions, étant des spécialistes du domaine ou encore que le nombre de pages des articles est restreint par la publication.

S'ajoute, à cette dernière contrainte visant chacun des articles, une autre exigence qui interfère dans la présentation de la thèse. Nous voulons parler du mode de citation des références: ce mode varie selon les exigences spécifiques de chaque publication; conséquemment, il est autonome dans chaque article ou chapitre de la thèse. De plus, la numérotation des notes reprend au chiffre un (1) non seulement dans chacun des chapitres correspondant à un article mais également dans les textes de liaison propres à la thèse.

Nous poursuivons l'introduction en présentant une synthèse des points abordés dans chacune des parties ainsi que les raisons qui ont guidé nos choix, particulièrement à l'égard du système étudié pour valider le modèle d'analyse.

La discrimination et son évolution à travers l'interprétation judiciaire

La première partie de la thèse porte sur la démonstration de la complexité du concept juridique flou que constitue la discrimination. Nous rappellerons sommairement l'évolution de ce concept à la fois un dans son essence et complexe dans ses éléments constitutifs. Par la suite, nous présenterons rapidement le développement juridique des théories

d'interprétation relatives à la discrimination et les limites de l'analyse réductionniste fondée sur le paradigme positiviste. Ceci nous permettra de constater que, face à une telle réalité, la Cour Suprême du Canada a su faire bénéficier le droit de l'apport d'une approche analytique qui prend en considération la complexité elle-même pour favoriser la compréhension des sources ou fondements de la discrimination, des mécanismes intervenant dans son développement et, par conséquent, des moyens d'intervention possibles.

A) La complexité du concept de discrimination

La discrimination, objet de la thèse, est la discrimination illicite, c'est-à-dire celle qui porte atteinte au droit à l'égalité de tous les êtres humains. Elle procède de la reconnaissance, tant sociale que juridique, du droit de toutes les personnes à un traitement égal et à une participation égale dans la société.

Rappelons, comme nous le verrons au chapitre I, que la problématique de la discrimination a d'abord été marquée par la conviction largement répandue qu'il s'agissait de phénomènes individuels et volontaires. Cette conviction découlait de la nécessité, en droit pénal, de prouver le *caractère intentionnel* de la discrimination; cette exigence en terme de règle de preuve a perduré même au-delà de l'abrogation des premières lois à caractère pénal. C'est à travers la mesure de la «bonne foi» de l'auteur, moyen de défense usuellement invoqué pour expliquer le geste, la directive ou la politique produisant l'effet discriminatoire, que les tribunaux ont importé, en droit de la personne, cette exigence.

Cependant, comme nous avons tenté de le démontrer (section I), les résultats des recherches sociologiques confirmaient que la discrimination affectait les groupes et les

personnes qui les composent beaucoup plus profondément que l'on pouvait être porté à le croire et qu'en fait, il ne s'agissait pas de cas isolés mais bien d'un phénomène social ¹⁰.

Après l'adoption des premières lois l'interdisant, la discrimination ne fut plus affichée; cependant, elle continua d'exister, reposant sur des règles ou des pratiques institutionnalisées qui, jusqu'à un certain point, en assuraient la pérennité. De tout évidence, elle n'était pas le fait des seuls individus mais également celui de corps organisés, tels que sociétés, entreprises, communautés ou organismes publics ou privés. En somme, la discrimination constituait un phénomène social plutôt qu'individuel¹¹, et ce, autant dans ses causes que dans ses effets.

Les études des sciences sociales ont permis de dégager, de ce phénomène, deux dimensions qui sont essentielles à sa compréhension: la dimension collective et la dimension perceptuelle¹² que nous étudierons dans la section I.3. Notons simplement ici que **la dimension collective** de la discrimination découle de l'organisation politico-socio-culturelle de la communauté ou du milieu où elle émerge. Elle comporte deux aspects importants: le premier concerne **l'étendue** du phénomène, c'est-à-dire l'amplitude du partage ou de la communauté d'idées véhiculées par la majorité des membres de la société concernée, alors que le deuxième aspect touche plutôt les personnes visées, il s'agit de la **portée** de la dimension collective qui emporte une forme de généralisation des préjugés ou stéréotypes concernant les membres d'un groupe visé ou des personnes caractérisées par l'un des motifs prohibés de discrimination.

¹⁰ **MAYHEW, L.**, *Law and Equal Opportunity, A Study of the Massachusetts Commission against Discrimination*, Cambridge, Harvard University Press, 1968, p. 337.

¹¹ **ABELLA ROSALIE S.**, *Égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984.

¹² Le mot «perceptuel» ne se retrouve pas dans les dictionnaires; nous le proposons à la réflexion afin de cerner cet aspect de la discrimination qui découle de la méconnaissance des autres ou de la diversité de leurs caractéristiques.

La **dimension perceptuelle** repose sur une incompréhension des différences provenant des diverses réalités socio-culturelles, ou encore sur des points de vue, des croyances, des représentations ou des imaginaires sociaux. Cette dimension comprend également deux aspects, tous deux essentiels à la compréhension du phénomène: le premier réfère au **fondement** des perceptions alors que le deuxième concerne **leur effet**. Nous discuterons de ces aspects et de leurs conséquences pour les personnes visées (section I.3). Cette dimension soulève également la question de l'égalité dans l'identité (traitement identique) ou celle de l'égalité dans le respect de la différence (égalité des chances) qui ont été au coeur des préoccupations pendant un certains temps; nous en rappellerons la teneur et l'importance relative dans le débat.

Par ailleurs, les résultats des études sociologiques ont montré à quel point les parties du système social s'imbriquent de façon marquée et significative dans l'émergence de la discrimination. Compte tenu de ce qui précède et bien qu'il soit difficile d'imaginer un système social exempt de conséquences discriminatoires, les résultats de ces études confirment la nécessité d'une intervention à travers le contrat social pour en minimiser les effets. Nous avons donc examiné comment le droit a posé cette question et plus particulièrement comment le système judiciaire a traité le phénomène (section II).

B) La discrimination et l'approche juridique traditionnelle

En droit, la discrimination n'est circonscrite que par un ensemble d'éléments qui constituent le dénominateur commun de toute situation de discrimination. Cependant il faut comprendre qu'il s'agit d'un phénomène qui peut être simple ou complexe, caractérisé par des relations linéaires ou circulaires et finalement, qui peut résulter de multiples interactions et interrelations. Bref, la discrimination est d'abord un phénomène social complexe avant d'être un phénomène juridique.

Nous soumettons que c'est pour cela que, régulièrement, les juristes se sont heurtés à la difficulté de prouver la relation causale entre la source, le motif prohibé et l'effet produit.

Nous examinerons (section II du chapitre I) l'évolution juridique du concept lui-même ainsi que l'approche interprétative (Chapitre II) développée par la Cour suprême. Cette approche a conduit à l'émergence d'un modèle idéal d'interprétation applicable aux situations de discrimination.

Pour ce faire, nous proposons d'étudier les jugements les plus marquants de la Cour Suprême du Canada dans lesquels cette dernière s'est astreinte à définir le concept de discrimination, c'est-à-dire non pas à donner une définition sémantique du mot lui-même mais plutôt à présenter le résultat d'un construit, le concept de discrimination. Rappelons que la relation entre le mot-étiquette (ici: discrimination) et le concept qu'il identifie est asymétrique. Ainsi on peut dire que l'exclusion d'une personne en raison de sa race constitue de la discrimination prohibée; cependant, la discrimination exercée, par exemple, dans le cadre d'une sélection fondée sur les compétences ne signifie pas forcément l'exclusion raciale de cette personne. Le mot isolé n'a donc qu'une signification imprécise quelle que soit la définition qu'on en donne. Le concept, lui, tire son sens du contexte dans lequel il s'inscrit, intégrant des relations et des constantes mais également des variables pouvant prendre une infinité de valeurs¹³; c'est ce qui explique les diverses définitions proposées par la Cour.

Nous avons repéré un certain nombre de définitions, apparues au cours de la dernière décennie, qui dénotent une évolution conceptuelle de la notion juridique de discrimination tout en indiquant qu'il s'agit d'un concept unique à composantes variables. Parallèlement

¹³ TABARY, J.-C., *Cognition, systémique et connaissance*, dans Andreesky É., *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 51-101, p.94.

à cet exercice de schématisation des représentations abstraites, la Cour a développé une démarche d'interprétation qui intègre les règles du constructivisme pour aborder les situations de discrimination prohibée et construire la réalité juridique. Elle dira notamment de ceux qui s'en tiennent à dire que *le sens est dans le texte*¹⁴, ou qui prônent l'approche littérale, qu'ils déjouent les objectifs du législateur et que seule la recherche du sens par l'interprétation des textes, ou approche téléologique, conduit à résoudre les véritables questions. C'est donc à l'aide des arrêts dans lesquels la Cour a proposé des définitions du concept de discrimination, que nous tenterons de faire cette démonstration. Lorsqu'on étudie chronologiquement ces énoncés, on constate une évolution vers la reconnaissance du phénomène social que constitue la discrimination et de son unicité, que ses effets soient directs ou indirects ou que ses sources soient simples ou multiples.

En somme, il n'existe qu'un seul concept dont les variables interagissent pour produire des effets discriminatoires. Le phénomène juridique peut être simple ou multiple, homogène ou complexe mais, toujours, sa mise en évidence fait appel à l'interprétation des faits en contexte. L'approche juridique visera donc la reconnaissance du modèle idéal, l'identification des variables, la détermination des relations et l'analyse des interactions qui produisent le phénomène. Il s'agit d'une approche cognitive, c'est-à-dire d'une approche qui cherche à connaître tous les éléments produisant l'effet discriminatoire afin de mieux préciser les moyens d'intervention pour que cesse la discrimination.

Il s'agit d'une démarche que la Cour a suivie également dans la définition même des éléments constitutifs¹⁵ de la discrimination. Ainsi, c'est le contexte de la Loi et la lecture

¹⁴ Cette expression caractérise la démarche dite objective d'analyse, qui postule l'indépendance des mots et de la démarche d'interprétation; la signification des mots précéderait l'interprétation des énoncés dans lesquels ces mots apparaissent et en induirait le sens. ANDREESKY É., *Cognition et langage*, dans *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 103-126, p. 116

¹⁵ C'est le cas notamment des arrêts *Université de Colombie Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279. *Janzen*, précité note 27; *Andrews*, précité note 3; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

des faits dans ce contexte, qui doivent primer dans la définition et l'identification des éléments constitutifs de discrimination. Ce sera l'indissociabilité entre motif, personne visée, source et effet discriminatoire qui permettra, par exemple, de fixer les limites des motifs et, inversement, d'en connaître la définition ou la portée. La causalité devient un argument logique circulaire plutôt que linéaire.

Cette démarche, nous dira la Cour, repose sur l'interprétation téléologique des textes législatifs; elle fait place à l'émergence d'un modèle idéal d'interprétation. Ce dernier favorise la reconnaissance judiciaire des situations de discrimination prohibée, qu'elle soit directe, indirecte ou systémique.

C) La discrimination systémique et la nécessité d'un modèle d'analyse

La démarche de la Cour, qui s'appuie pour l'essentiel sur des situations où la discrimination survient dans un contexte où les éléments sont homogènes et peu nombreux, les relations binaires et linéaires et les interactions directes ou indirectes, met en évidence les difficultés du droit à cerner ce concept flou qui couvre une réalité complexe. Par ailleurs, il existe également des situations de discrimination encore plus complexes, qui résultent d'une multiplicité d'éléments, d'interactions et d'interrelations circulaires et dont la démonstration est, à toutes fins utiles, incompatible avec les règles traditionnelles d'interprétation et de preuve dans la conduite d'une enquête pour fins de jugement. Il s'agit de la discrimination qui émerge d'un système pour produire une situation d'exclusion, de distinction ou de préférence à l'égard d'une personne ou d'un groupe caractérisé(e) par l'un des motifs prohibés de discrimination: on la qualifie généralement de discrimination systémique.

Ce sont des situations où les sources (politiques, pratiques, attitudes, comportements, etc.) sont multiples et interreliées dans la production de l'effet; aucune d'entre elles ne produirait à elle-seule l'effet d'exclusion constaté. Il s'agit essentiellement d'une situation

dynamique et cumulative, fondée sur l'ignorance, les croyances ou les imaginaires sociaux et les préjugés responsables des attitudes et comportements négatifs ou discriminatoires. C'est ce qu'a reconnu la Cour suprême dans la seule cause de ce type qu'elle ait entendue à ce jour, la cause **Action Travail des femmes**¹⁶. Il apparaît clairement qu'au coeur de ces situations complexes de discrimination se dresse l'information - ou son absence, la mésinformation et parfois même la désinformation relativement aux personnes visées¹⁷.

Nous examinerons sommairement la démarche de la Cour ainsi que les particularités de cette cause à l'aide de l'approche systémique ou approche de modélisation des systèmes complexes (section III).

Il faut retenir, comme l'écrivait John Rose, à l'égard des applications de ce type d'approche que:

[la] compréhension apportée par l'usage discipliné de l'induction et de la déduction est collective, plus fiable et plus efficace comme moyen de libération de l'ignorance, de la superstition, des préjugés et des erreurs entraînées par le verbiage en roue libre. C'est ici que la théorie générale des systèmes assume sa fonction la plus importante, précisément rendre la pensée analogique, base de toute recherche d'«explication» (besoin humain probablement fondamental) plus fine, plus large et, par dessus tout, disciplinée de telle sorte qu'elle satisfasse les impératifs de la connaissance scientifique.¹⁸

L'hypothèse que nous posons est que l'approche systémique est également susceptible de satisfaire aux impératifs du raisonnement juridique confronté à la complexité d'une

¹⁶ précitée, note 4

¹⁷ "L'information est un processus grâce auquel [le système] s'informe sur [lui]-même et sur son environnement et réciproquement informe son environnement sur [lui]-même. (...) Les informations sont le résultat du processus d'information (...) Elles sont internes ou externes, stratégiques ou opérationnelles, formelles ou informelles, codifiées ou non, nettes ou floues, quantitatives ou qualitatives, etc. (...) Les informations (...) sont porteuses de signaux qui produisent des effets sur la connaissance ou sur les comportements. (...) Chaque information est donc spécifique à celui qui la reçoit car le traitement de la donnée est fonction de sa personnalité, de son histoire, de son propre filtre au moment même où elle sera traitée." tiré de **GUINIER, D.**, *Sécurité et qualité des systèmes d'information - Approche systémique « La part de l'homme »*, Paris, Masson, 1992, p.5.

¹⁸ **ROSE, J.**, *Quelques remarques sur la Théorie générale des systèmes et ses applications*, (1990) *Revue internationale de systémique*, vol 4, N° 1 79.

situation de discrimination. Elle offre une démarche rigoureuse dans l'analyse et la compréhension de l'organisation des phénomènes et donc des interactions et interrelations liant les éléments constitutifs du noyau stable.

En somme, cette approche permettra d'aborder la discrimination systémique selon une démarche d'interprétation fondée sur l'indissociabilité des éléments constitutifs, leur possible multiplicité et la complexité des interactions et des interrelations liant ces éléments contournant ainsi des difficultés importantes pour l'approche traditionnelle du droit qui tend habituellement à réduire les faits juridiques à une démonstration binaire et linéaire de relation de cause à effet.

La modélisation et l'analyse d'un phénomène de discrimination

Dans la seconde partie de la thèse, nous présentons l'approche systémique ainsi que le «système» qui nous intéresse pour les fins d'illustration et de validation du modèle d'analyse, c'est-à-dire l'épidémiologie génétique. En premier lieu, nous exposons succinctement les origines et les caractéristiques de l'approche systémique pour discuter ensuite de l'utilité et de la pertinence de cette approche dans le raisonnement juridique. Nous terminons cette partie en décrivant ce qui, dans le domaine de l'épidémiologie génétique, constitue un «système» susceptible d'intervenir dans l'émergence de la discrimination interdite; à cette fin, nous utilisons la démarche développée précédemment, ce qui devrait nous permettre de valider le modèle d'analyse proposé.

A) Le fondement théorique du modèle d'analyse

La section préliminaire du chapitre I présente une brève rétrospective des cadres théoriques scientifiques qui permettra de situer la place que nous proposons d'attribuer à l'approche systémique dans le raisonnement juridique.

Cette présentation s'avère d'autant plus pertinente que le raisonnement juridique s'appuie, aujourd'hui encore, essentiellement sur le modèle cartésien comme l'a fait le raisonnement scientifique pendant près de trois siècles. La démarche juridique traditionnelle propose d'étudier toute situation juridique en ne retenant pour véridiques que les faits observables et vérifiables, en décomposant cette situation en éléments constitutifs, en exigeant non seulement la démonstration de chacun de ces éléments mais également la preuve du lien binaire de causalité (cause-effet) entre ces éléments; enfin, elle confie à un tiers indépendant et impartial le soin de résoudre le problème; ce faisant, elle s'inscrit dans la logique du modèle cartésien.

Cependant il apparaît aujourd'hui que ce mode d'appréhension de la réalité juridique, parfois appelé réductionnisme, ne peut constituer qu'une partie seulement de la démarche d'observation et que le causalisme simple et linéaire ne peut prétendre à l'explication complète des phénomènes complexes. Quant à la fiction de l'impartialité et de l'indépendance de l'adjudicateur, il faut comprendre que l'on se réfère non pas à un état de fait mais à des règles de conduite qui s'imposent à celui-ci. Le postulat de Descartes stipulant l'indépendance complète entre l'observateur et l'objet apparaît plutôt invraisemblable du fait même que tout individu est le produit de ses dimensions socio-culturelles, biologiques, physiques, etc., bref, comme l'énonce Heinz Von Foerster, de l'interdépendance génétique¹⁹ de ses registres cognitifs²⁰. D'ailleurs, l'observateur, en l'occurrence le juge ou le juriste, intervient dans l'analyse de la situation par les règles ou principes qu'il choisit d'utiliser pour ce faire; la systémique qualifie cette dépendance, entre l'observateur et l'objet, de récursivité plutôt que de subjectivité de l'observateur.

¹⁹ Au sens de genèse ou perspective chronologico-historique du développement des processus cognitifs.

²⁰ **VON FOERSTER, H.**, *Notes pour une épistémologie des objets vivants*, dans MORIN E., PIATTELLI-PALMARINI M., *L'unité et l'homme*, 2: le cerveau humain, Paris, Ed. du Seuil, 1974, 139-155

Par ailleurs, l'approche systémique (section I) se situe là où s'arrête le paradigme cartésien et s'inscrit dans un courant qui dénonce les limites du réductionnisme et du causalisme simple. Elle revendique la recherche de l'équilibre entre la spécificité et la totalité de l'objet. Elle propose de concevoir l'objet (le phénomène juridique) comme un système doté d'une structure formée d'éléments en interaction, évoluant ou s'adaptant constamment et de manière extemporanée aux conditions internes et externes. En d'autres termes, elle propose de concevoir la situation juridique comme étant le fruit de la corrélation existant entre un texte normatif (législatif, réglementaire, contractuel) et une situation de faits telle que construite par l'interprète du droit. C'est dans la dynamique de ses éléments que la situation prend forme et qu'émerge le sens de la réalité juridique (section II).

Autre
autres

Pour ce faire, l'approche systémique propose la modélisation (section III) de l'objet. Celle-ci permet d'appréhender non seulement les éléments constitutifs (la structure) d'une situation donnée mais également les processus qui l'animent (son activité) dans le temps et dans l'espace (son évolution). L'approche systémique propose donc de distinguer les parties du système plutôt que de les disjointre (perspective ontologique), comme le faisait l'analyse réductionniste, pour mieux saisir la dynamique de leurs relations et de leurs interactions (perspective fonctionnelle) dans sa recherche téléologique de l'intelligibilité de la complexité de l'objet²¹ (perspective historique).

B) La pertinence et l'utilité du modèle

Bien que le droit n'ait pas pour but ultime la connaissance fondamentale des phénomènes qui lui sont soumis, étant davantage préoccupé des décisions à rendre quant à leur légalité, nous croyons que la modélisation systémique peut constituer une approche

²¹ **LE MOIGNE, J.L., ORILLARD, M.**, *Des méthodes de pensée qui conviennent...*, *Présentation de systémique et complexité*, (1990) *Revue internationale de systémique*. Vol.4 N° 2 119, p. 122.

interprétative des phénomènes complexes, utile dans leur démonstration et pertinente à leur analyse. A de nombreux égards, elle nous semble, en tant qu'outil d'analyse, propice à l'étude des situations juridiques de discrimination et à l'identification de leurs solutions. Rappelons que l'objectif premier des lois antidiscriminatoires est de faire cesser la discrimination. Cette approche, comme nous l'avons souligné, propose la modélisation des phénomènes pour rendre intelligible l'organisation de l'objet, c'est-à-dire la présentation, sous forme d'une logique constructible, des composantes du système et de l'endo-exo-causalité qui les unit.

L'approche systémique comporte une démarche d'analyse en deux temps: l'observation de l'objet d'étude et sa représentation. L'identification et le traitement des données significatives se font selon les objectifs de l'observateur, formellement explicités, autrement dit selon la perspective qu'il aura énoncée, afin de cerner les limites du système, de déterminer les composantes de sa structure (noyau stable) et de distinguer les processus qui l'animent. Les objectifs de l'observateur caractérisent les bases du modèle de représentation qu'il privilégie. Ils constituent les paramètres de la matrice ou du graphe de représentation; plus pratiquement, en droit, on parlera de modélisation matricielle ou encore de représentation discursive ou de schématisation selon le modèle des matrices, plutôt que de modélisation logico-mathématique formelle²².

La représentation matricielle et la schématisation constituent des formes de modélisation en langage naturel plus appropriées à la démarche juridique; elles conjuguent, par ailleurs, les autres aspects formels de la démarche de modélisation, c'est-à-dire l'identification des variables, dépendantes et indépendantes, et de leurs relations ou corrélations partielles et/ou multiples ainsi que la conceptualisation et l'opérationnalisation du modèle.

²² **GRISE J.-B.**, *Raisonnement formel et cognition*, dans Andreesky É., *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 159-169

C'est à travers la conceptualisation que l'auteur (le juriste) élabore la théorie sous-jacente à la structure (présentation des variables), à l'activité (présentation des relations) et à l'évolution du système (présentation de la situation d'état). Cette théorie met de l'avant les hypothèses de raisonnement qui permettront d'observer et d'expliquer le système en opération.

L'élaboration d'un schéma global permet de procéder à des observations précises, spécifiques et limitées, dans le but de vérifier la pertinence des liens - les hypothèses - qui expliquent la nature de la relation entre les variables; il s'agit de l'opérationnalisation du modèle.

Ce mode de traitement du problème à résoudre permet de vérifier les hypothèses explicatives des phénomènes ou, en d'autres mots, d'identifier le type de causalité nécessaire à leur existence. Puis, par décomposition de chaque étape, apparaissent les éléments de preuve et la logique qui les unit.

L'avantage de l'approche systémique est donc de permettre l'élaboration d'un raisonnement explicatif capable de démontrer le rapport entre le "système" et l'effet discriminatoire, de quantifier ce rapport, du moins en termes d'importance, et, procédant par l'élaboration d'hypothèses vérifiables, de cerner les facteurs d'influence afin d'être en mesure d'identifier le phénomène de discrimination et éventuellement les solutions permettant de le contrer. L'approche systémique, en favorisant l'analyse selon les perspectives fonctionnelles, ontologique et historique, permet de reconnaître la situation de discrimination présumée et ses causalités responsables et d'évaluer le bien-fondé d'une solution visant à mettre un terme au phénomène. Contrairement aux situations plus simples et homogènes de discrimination directe et indirecte, le phénomène de discrimination systémique émerge dans le système et doit trouver ses solutions dans le système. C'est en ce sens que le modèle d'analyse, structuré selon le modèle systémique, constitue un outil pertinent et utile dans le débat juridique.

C) Le choix du système étudié

Le choix du système étudié s'est porté sur l'épidémiologie génétique parce que, d'une part, il existe déjà un certain nombre d'études²³ qui démontrent que l'information génétique peut conduire à des situations de distinction, d'exclusion ou de préférence à l'égard des personnes visées, et ce, dans des domaines variés tels l'emploi, l'assurance, l'éducation ou encore les services publics. Ces distinctions n'ont souvent rien à voir avec l'interprétation scientifique et individualisée du résultat obtenu; elles se réfèrent davantage à l'appartenance à un «groupe», que ce soit la famille, la parentèle ou l'isolat, ou encore à une «sous-classe biologique» du fait de la présence d'une «caractéristique», soit l'expression d'un gène délétère, que l'on perçoit unique et homogène pour tous les individus du groupe ou de la sous-classe²⁴, leur conférant, en quelque sorte, un handicap par rapport aux autres membres de la société qui, eux, ne révèlent pas la présence de ce gène ou n'ont tout simplement pas été l'objet d'études. L'hypothèse que nous posons à ce stade-ci est qu'il s'agit là d'un effet discriminatoire prohibé par les Chartes des droits et libertés.

²³ HUBBARD, R., WALD, E., *Exploding the Gene Myth*, Boston, Beacon Press, 1993; ALPER J.S., NATOWICZ, M. R., *Genetic Discrimination and the Public Entities and Public Accommodations Titles of the Americans with Disabilities Act*, (1993) McEWEN, J.E., MCCARTY, K., REILLY, P.R., *A survey of Medical Directors of Life Insurance Companies Concerning Use of Genetic Information*, (1993) 53 Am. J. Hum. Gen. 33; BAIRD, P.A., *Opportunity and Danger: Medical, Ethical and Social*, dans B.M. KNOPPERS et C.M. LABERGE (éd), *Genetic Screening: From Newborns to DNA Typing*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1990, p. 282; GOSTIN, L.O., *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Pronostic Tests by Employers and Insurers*, (1991) 109; TANCREDI, N., *Classify and Control: Genetic Information in the Schools*, (1991) 27 Am. J. L. & Med. 15; DRAPER, E., *Risky business*, New York, Cambridge University Press, 1991; GUAY, H., KNOPPERS, B.M., PANISSET, I., *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi*, (1992) 52 R. du B. 185; GUAY, H., KNOPPERS, B.M., *Information génétique : qualification et communication en droit québécois*, (1990) 21 R.G.D. 545.

²⁴ C'est le cas notamment dans la décision *Audet c. L'Industrielle-Alliance, compagnie d'assurances sur la vie*, [1990] R.R.A. 500. Face à un assuré, porteur du gène de la maladie de Steinert, diagnostiquée à l'âge de 12 ans, sans que pour autant il n'ait été, d'aucune façon, limité ou affecté dans sa vie courante ou ses activités quotidiennes jusqu'à son décès accidentel à l'âge de 27 ans, la compagnie d'assurance affirme que, si elle avait connu ce diagnostic, elle n'aurait jamais émis la police puisque telle est sa politique et ce nonobstant le niveau ou le degré d'atteinte; elle réclame en conséquences et obtient l'annulation de la police pour défaut de divulgation d'une information essentielle.

L'information génétique présente des caractéristiques qui en font une catégorie à part dans le domaine de la santé puisque le matériel génétique d'une personne peut révéler tant son identité qu'à certains égards son état de santé. De plus, on peut dire que, jusqu'à un certain point et contrairement aux données habituellement traitées par le monde médical, il ne s'agit pas de données secondaires que l'on doit interpréter selon des valeurs standardisées en fonction d'une population déterminée mais plutôt de données primaires qui déterminent les caractéristiques propres d'une personne, d'un individu.

On peut rappeler qu'historiquement, l'aspect héréditaire de cette donnée a transcendé la pratique de la médecine dans la mesure où, de tout temps, les observations des médecins ont permis de relier certaines maladies, affections ou anomalies à l'appartenance à un groupe familial donné. Il nous faut constater cependant que l'effet de l'évolution technologique a modifié passablement le rôle de la génétique moderne. De fait, le matériel génétique est un produit complexe dont le décodage intéresse non seulement les médecins mais également d'autres intervenants sociaux tels que des assureurs, des employeurs, des fonctionnaires (immigration, éducation etc.) pour qui le potentiel prédictif, réel et présumé, de l'information représente une donnée signifiante dans un processus de sélection.

*C'est [l]information génétique [ou] l'ensemble des données à caractère génétique, consignées, concernant une personne ou un groupe de personnes.*²⁵ qui les intéresse. Cette information à la fois exclusive à une personne et solidaire, c'est-à-dire interdépendante de la famille ou parentèle ou encore du groupe ethnique, est susceptible d'engendrer des situations de discrimination dont la généralisation des perceptions relatives au présumé déterminisme génétique et à la classification qui en découle serait le fondement.

²⁵ MACKAY, P., DEMERS, D., GIRARD, N., "La problématique de l'accessibilité et de la protection des données génétiques dans les fichiers génétiques en droit canadien et québécois" in B.M. KNOPPERS, L. CADIET et C.M. LABERGE (dir.), La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Paris, Litec, 1992, 101.

L'hypothèse que nous posons ici est que les centres de recherche en génétique et en épidémiologie génétique produisent un discours potentiellement discriminatoire et concourent aux situations de discrimination qui affectent les sujets de recherche. L'épidémiologie génétique s'intéresse à l'étiologie et aux incidences/prévalences des maladies, malformations et anomalies dans la population. Les chercheurs procèdent par cueillette et analyse d'une grande quantité de données à caractère médical (phénotypiques), scientifique (génotypiques), individuel ou familial, ce qui suppose une sélection des sujets d'étude dans le but de «valider les hypothèses d'homogénéité génique»²⁶. Selon la démarche scientifique établie, l'étude ne portera initialement que sur les membres d'une famille où la maladie a été décelée. Cette approche scientifiquement justifiée provoque une focalisation sur les membres de cette famille qui sont alors caractérisés par cette maladie, qu'ils en soient atteints ou non. Cette première étape est également susceptible d'engendrer ou de conforter la perception du déterminisme génétique associant gène et maladie ou anomalie.

L'épidémiologie génétique constitue un sous-système privilégié d'informations; c'est le cadre de rencontres, d'échanges et de communications entre chercheurs concernant les résultats de recherche mais également de communications scientifiques publiques qui ont pour but de rendre accessibles ces résultats. C'est donc en tant que système d'informations que nous prétendons étudier l'épidémiologie génétique afin de déterminer s'il existe un rapport entre ce système producteur et diffuseur d'informations et l'effet discriminatoire et, le cas échéant, d'appliquer les modèles logiques permettant de rendre compréhensible la dynamique de production de cet effet.

Bref, c'est au traitement et à la communication de l'information que nous nous intéressons. Ce sont les instruments et les intervenants qui interagissent avec le système

²⁶ *Réflexion sur les enjeux scientifiques et normatifs des registres/fichiers comme instruments d'épidémiologie génétique*, dans **LABERGE, C.M., KNOPPERS, B.M.**, (dir.) Registres et fichiers génétiques: enjeux scientifiques et normatifs, 1991, A.C.F.A.S. Les cahiers scientifiques # 77, p.145.

d'informations qui nous préoccupent dans la problématique de l'émergence de la discrimination en épidémiologie génétique ou, plus pratiquement, de l'effet discriminatoire résultant de l'utilisation des connaissances génétiques au sein des populations et/ou des isolats.

Nous espérons, en procédant à cet exercice d'application du cadre d'analyse de la discrimination, développé préalablement, rendre compte du phénomène discriminatoire en cause mais également démontrer la pertinence, pour le droit, de ce cadre d'analyse fondé sur la modélisation systémique.

**PREMIÈRE PARTIE LE PHÉNOMÈNE DE LA DISCRIMINATION ET SON ÉVOLUTION
À TRAVERS L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE**

Chapitre I La discrimination systémique: variation sur un concept unique

Introduction

Ce texte s'inscrit dans une longue réflexion partagée par plusieurs, chercheurs, auteurs, juristes, canadiens ou américains, qui au fil des ans se sont interrogés sur la nature de l'égalité et de la discrimination. Le rôle des uns et des autres a été de mettre en lumière ce qu'est ou devrait être l'égalité, ce qui constitue des atteintes à cette égalité et, au fur et à mesure des tentatives pour déterminer le mécanisme de ces atteintes, la réalité des barrières à l'égalité.

En tant que juriste ce sont d'abord les problèmes de preuve qui m'ont amenée à m'intéresser à la question; non pas les problèmes de la première heure qui consistaient à démontrer l'intention de discriminer de l'individu mis en cause mais plutôt les problèmes reliés à la démonstration de l'existence même de la discrimination. Nous étions plusieurs à l'époque impliqués dans un dossier d'équité salariale où l'effet était apparent mais où la cause et le lien de causalité étaient pour le moins énigmatiques, du moins en regard des éléments de preuve nécessaires pour convaincre un tribunal.

Nous avons donc parcouru une quantité importante de décisions de tous les niveaux du système judiciaire ou quasi-judiciaire, tant canadien qu'américain pour réaliser que le droit était confronté régulièrement aux limites de ses propres règles face à ces concepts flous¹ que sont l'égalité et la discrimination. La doctrine s'est révélée par ailleurs riche en pistes de réflexion tant au niveau des théories de preuve que des questionnements sur la nature des concepts et des droits protégés.

¹ Il s'agit de concepts non définis par le législateur et qui couvrent une réalité dont la portée et les limites fluctuent continuellement.

Au cours de ces lectures nous avons été frappés par l'apport des sciences sociales tant au niveau de l'analyse des résultats obtenus par le droit qu'au niveau des moyens de preuve d'un phénomène qui s'avère social et complexe avant d'être individuel et linéaire. Ceci constitue l'objet de notre première partie où nous présenterons un survol de l'influence des sciences sociales sur l'évolution historique de notre compréhension du concept de discrimination. Nous nous attarderons à la fin de cette partie à deux dimensions du phénomène révélées par les sciences sociales et qui sont primordiales dans l'analyse de l'émergence du phénomène soit les dimensions collective et perceptuelle.

Par ailleurs, le texte d'aujourd'hui vise également à cerner l'apport du droit à travers sa démarche de réduction du phénomène en éléments constitutifs pour le rendre analysable selon des règles simples, pré-établies, qui répondent aux besoins des juristes. Il en est ainsi des classifications de la discrimination qui, à notre avis, auront surtout permis de réaliser que la discrimination existe en dehors de la relation linéaire simple. Nous tenterons de démontrer qu'au Canada le concept juridique de discrimination a évolué grâce à une démarche d'interprétation mise de l'avant par la Cour Suprême du Canada.

En troisième partie, nous proposons une réflexion sur la discrimination résultant d'un système complexe que, pour des fins de simplification, les juristes qualifient de discrimination systémique. Nous explorerons une décision de la Cour suprême, dans un premier temps, pour cerner l'approche méthodologique suivie et dégager la portée et l'étendue du concept de discrimination dans un tel contexte, puis dans un deuxième temps, pour proposer un modèle d'analyse qui est susceptible de fournir des explications et des réponses dans l'analyse de la complexité des concepts flous, soit l'approche systémique.

Section I Les sciences sociales et l'évolution du concept de discrimination

Le concept de discrimination a beaucoup évolué depuis la reconnaissance par les États membres des Nations Unies, du droit à l'égalité pour toute personne, quelles que soient

ses caractéristiques propres. Nous proposons de voir en première partie comment les sciences sociales ont marqué cette évolution.

1.1 Une vision initiale simple: un phénomène individuel et intentionnel

La problématique de la discrimination a d'abord émergé dans un contexte d'après-guerre. Elle résultait de la prise de conscience des conséquences dramatiques pouvant découler de distinctions fondées sur des caractéristiques raciales, religieuses, sexuelles ou ethniques. Cette prise de conscience a favorisé, dans un premier temps, l'élaboration d'une déclaration à l'échelle internationale suivie au fil des années de conventions diverses²; ces déclarations et conventions ont constitué à leur tour l'élément déclencheur de l'adoption de lois qui, dans un premier temps, interdisaient cette forme de pratique en prévoyant pour l'auteur ou les auteurs des sanctions pénales³.

Il importe de signaler que le trait marquant de cette première époque est la conviction largement partagée qu'il s'agit de phénomènes individuels et volontaires. Cette conviction est à l'origine de la nécessité de prouver le *caractère intentionnel* de la discrimination qui a perduré même au-delà de l'abrogation des lois à caractère pénal. Au Canada par exemple, les juges ont, jusqu'au milieu des années '80, relié «caractère intentionnel» et «lien de causalité». Or cette preuve fut rapidement qualifiée par les juristes américains de tâche impossible, de véritable labyrinthe. La situation qui en découlait a rapidement conduit les intervenants à dénoncer l'inefficacité de ces lois comme outils pour combattre

² *Déclaration universelle des droits de l'homme*, résolution 217 (111)A du 10 déc. 1948. *Convention no 100 sur l'égalité de rémunération* (O.I.T., 1951), *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) et plus récemment la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1979), pour n'en nommer que quelques unes.

³ Au Québec on peut penser, à titre d'exemple, à la **Loi sur la discrimination dans l'emploi** S.Q. 1964 c. 46 {amende de 25.-100\$}. ou encore à la **Loi sur l'hôtellerie** S.Q.1963 c.40 {amende 20.-100\$}

la discrimination⁴. Tout au plus pouvait-on prétendre qu'elles avaient fait disparaître les situations les plus évidentes de discrimination⁵. Leur inefficacité a également été démontrée, notamment aux États-unis, par des études sociologiques, particulièrement dans le domaine de l'emploi⁶; ces études ont confirmé que la situation des minorités, principalement des noirs, demeurait stationnaire. Ils étaient toujours l'objet d'exclusion ou de distinction qui avaient pour effet de leur nier une participation égale dans la vie économique et sociale.

La conjoncture était telle que les experts exprimèrent leur scepticisme à l'égard de la discrimination intentionnelle comme seule cause de la situation d'exclusion des minorités⁷. Les Etats réagirent plus ou moins rapidement en adoptant des lois⁸ qui ne cherchaient plus à punir l'auteur de la discrimination mais plutôt à interdire toute forme de discrimination. Ces lois vont, dans les premières années suivant leur adoption, produire un changement que certains auteurs ont qualifié de plus cosmétique que profond⁹. L'effet s'est fait sentir principalement par la disparition des éléments visibles de la discrimination, notamment en

⁴ Vizkelely B., *Proving Discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, 251p., pp. 14-25.

⁵ Knowles L., Prewitt K., *Institutional Racism in America*, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1969, 143p.

⁶ McCrudden C., *Institutional Discrimination*, (1982) 2 Oxford Journal of Legal Studies pp. 303-345, p.306; Doeringer P. B., Piore M.J., *Equal Employment Opportunity in Boston*, (1970) 9 Industrial Relations pp. 324-375.

⁷ Blumrosen, A.W., *Strangers in Paradise: Griggs v Duke Power Co and the Concept of Employment Discrimination*, (1972) 71 Mich. L. Rev., pp. 59-110, p.66; Sovern, M. I, *Cases and Materials on Law and Poverty*, St-Paul, West Publishing Co., 1969, 447p.. Par ailleurs il est intéressant de noter que lorsqu'on parle de lutte contre la discrimination les politiciens refusent à toutes fins utiles d'inclure les femmes parmi les victimes de discriminations. Pour un rappel du contexte de l'adoption du Civil Rights of 1964, voir Weiler P., *The Wages of Sex: The Uses and Limits of Comparable Worth*, (1986) Harvard L. Rev. pp. 1728-1807.

⁸ Notamment aux États-unis: le Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. 2000e ff, et au Canada des lois telles que la Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, suivie au cours des années '70 de l'adoption dans chaque province de charte ou code des droits de la personne.

⁹ Blumrosen, précité note 7, p. 64.

regard des politiques ou procédures, écrites ou verbales des employeurs, des entreprises commerciales ou encore des sociétés privées ou publiques.

1.2 Une vision revue et corrigée: un phénomène individuel et social

Il faut attendre 1971 pour qu'une décision judiciaire reconnaisse un fondement social à l'origine d'une situation de discrimination. C'est la Cour Suprême des États-unis qui va reconnaître pour la première fois, avec l'arrêt **Griggs**¹⁰, l'existence d'effets indirects liés au concept juridique de discrimination. Dans cette affaire la Cour doit se prononcer sur l'effet produit sur le groupe des employés noirs de l'entreprise par les exigences de diplômes et de réussites aux tests d'aptitudes requis par l'employeur pour accéder à certains postes. Pour répondre aux questions soulevées, la Cour procède à une analyse *objective* de la situation dénoncée en regard des objectifs de la loi et admet en preuve une étude statistique générale pour l'état de Caroline à l'effet que 12% des noirs comparativement à 36% de blancs détenaient un diplôme de niveau secondaire; elle admit également une preuve statistique provenant d'une étude de cas de l'E.E.O.C. relativement à la réussite des tests d'aptitudes qui démontraient que seulement 6% de noir comparativement à 58% des blancs les réussissaient.

Ainsi, même si les tribunaux inférieurs avaient conclu que la politique discriminatoire de l'employeur avait été abolie et remplacée par des exigences neutres et donc, qu'il n'existait aucune preuve de discrimination, l'employeur traitant tous ses employés

¹⁰

Griggs v Duke Power Co., 401 U.S. 424 N.C. 1971; 3 F.E.P. 175.

également et ne démontrant aucune intention discriminatoire dans l'application de ses nouvelles règles¹¹, elle conclut à l'existence de discrimination.

La Cour a innové en analysant d'abord les objectifs de la loi qui visaient essentiellement, selon elle¹², à établir l'égalité de tous et à éliminer les barrières favorisant certains groupes au détriment des autres. Cette analyse conduit la Cour à reconnaître qu'il serait contraire aux objectifs de la loi de permettre que des règles ou politiques neutres en apparence perpétuent les situations de discrimination que la loi vise justement à faire disparaître.

Elle conclut que l'analyse à laquelle doit procéder le tribunal n'est pas une analyse subjective des motifs ou de l'intention de l'auteur de l'acte mais plutôt une analyse objective de l'acte et de ses conséquences sur le groupe visé, la seule dérogation admissible¹³ dans des affaires similaires étant une raison d'affaires, c'est-à-dire un motif justifié par l'efficacité économique, la productivité ou la sécurité dans l'exécution du travail.

Il est important de noter que non seulement la Cour admet que la discrimination illégale peut découler d'une règle neutre en apparence mais, plus important encore, elle confirme que la discrimination peut exister sans qu'il y ait intention de discriminer.

¹¹ Jusqu'en 1965, la compagnie affichait une politique de ségrégation d'emploi: les postes d'ouvriers spécialisés étaient réservés aux blancs; cette politique devenue illégale par l'application du Civil Rights Act of 1964 fut remplacée par des exigences de diplôme et de test d'aptitudes mécaniques. Quant à l'analyse de la situation chez l'employeur elle démontra que les exigences ne permettaient pas d'évaluer les capacités réelles des individus, qu'elles n'étaient pas reliées à l'exécution des tâches et qu'elles perpétuaient la discrimination.

¹² F.E.P. 175, p.177.

¹³ "The Act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. the touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to related to job performance, the practice is prohibited." 3 F.E.P. 175, p.178.

Cette lecture du jugement, et des conséquences qui en découlent, n'est pas partagée par tous. R. Knopff¹⁴, par exemple, semble croire que les conclusions auraient été différentes si cette compagnie n'avait pas eu une politique antérieure de discrimination volontaire et directe à l'égard des noirs. Il tire de cette observation que l'on ne peut présumer de ce jugement que des conclusions de discrimination peuvent être régulièrement ou valablement tirées de la constatation d'effets préjudiciables à l'égard d'un groupe donné. Selon ce point de vue il s'agirait tout au plus d'un élément de preuve qu'il faut absolument relier à une situation historique de discrimination, situation qu'il faut prouver à l'aide de documents ou de témoins démontrant l'existence à une certaine époque d'un choix délibéré fondé sur un motif discriminatoire. Autrement, on est susceptible de s'attaquer à des politiques neutres qui ne recherchent pas à discriminer à l'égard d'un groupe précis mais s'adressent à des caractéristiques partagées par plusieurs sans relation avec les motifs prohibés de discrimination.

Ce point de vue nous semble très restrictif et assurément un recul vers la position de la première heure qui identifiait la discrimination à un phénomène individuel et volontaire comportant un caractère intentionnel de la part du mis-en-cause. Or non seulement les législateurs ont-ils compris que l'origine de la discrimination subie par un très grand nombre de personnes ne provenait pas uniquement d'un geste volontaire mais plutôt et principalement d'une réalité socio-culturelle sous-jacente, mais encore plus significatif est le fait qu'ils ont adopté des lois pour faire cesser la discrimination et promouvoir l'égalité sans égard à la faute. Nous croyons que c'est plutôt dans cette perspective qu'il faut lire le jugement de la Cour Suprême des États-unis.

¹⁴ Pour une discussion de cette question voir: Knopff R. **Human Rights and Social Technology, Systemic Discrimination**, Ottawa, Carleton University Press, 1989, 233p. pp. 145-148.

D'ailleurs, il est intéressant de constater que bien que cette décision se rapportait à une situation d'emploi et visait particulièrement le Titre VII du Civil Rights Act of 1964¹⁵ les critères de l'analyse furent retenus dans d'autres causes de discrimination notamment dans le secteur du logement¹⁶ du Titre VIII.

En somme, l'arrêt Griggs a ouvert la voie à une véritable révolution dans la définition de la discrimination.

De nouvelles tendances se sont développées dans l'étude de la discrimination, de ses causes et de ses effets et un vocabulaire nouveau est apparu. On parle d'*effets préjudiciables* (disparate impact) ou encore de discrimination institutionnelle, structurelle ou passive, que l'on qualifiera éventuellement de *discrimination systémique*¹⁷.

Il faut retenir que le dénominateur commun à l'origine de l'éclatement des théories originales est le constat par des chercheurs en sciences sociales que la discrimination était tout au plus en régression apparente. Les résultats des recherches confirmaient que la discrimination affectait beaucoup plus profondément les groupes que l'on pouvait être porté à le croire et davantage de personnes que l'on pouvait penser¹⁸.

La discrimination perdurait bien qu'elle n'était plus affichée, elle reposait sur des règles ou des pratiques institutionnalisées. Elle n'était clairement pas le seul fait d'individus mais également celui de corps organisés, tel que société, entreprise, communauté ou organisme public ou privé.

¹⁵ 42 U.S.C. 2000e ff.

¹⁶ **Residents Advisory Board c. Rizzo**, 564 F.2d 126, 3th cir., 1977.

¹⁷ Vizkelety B., précité note 4, pp. 14-25, Weiler P., précité note 7.

¹⁸ Mayhew, L., *Law and Equal Opportunity, A Study of the Massachusetts Commission against Discrimination*, Cambridge, Harvard University Press, 1968, p. 337.

En somme, la discrimination constituait un phénomène social plutôt qu'individuel¹⁹.

Ceci nous amène à comprendre que c'est essentiellement dans le contexte du droit à l'égalité que nous devons d'abord situer la discrimination; la non-discrimination constitue le corollaire de ce droit reconnu par l'État à toute personne, quelles que soient ses caractéristiques raciales, ethniques, sexuelles, religieuses ou autre. where else!!!
?!

Mme Rosalie Abella, dans son rapport sur l'égalité en matière d'emploi écrit que *«le sens précis du terme «égalité» peut parfois nous échapper, mais pour la plupart nous savons bien ce qui est juste»*.

Elle poursuit un peu plus loin en expliquant:

[qu']il est injuste que bien des membres de ces groupes aient moins de possibilités d'emploi, qu'ils ne puissent influencer sur les décisions qui les touchent directement, que leur contribution à la société canadienne soit si méconnue, et, en général, qu'ils n'aient pas les mêmes choix que les autres. Cette situation peut s'expliquer du point de vue historique, culturel, économique et même humain, mais elle n'est certes pas juste pour autant.²⁰

1.3 Une vision actuelle et évolutive: un phénomène social complexe

Il s'agit donc d'un phénomène social autant dans ses causes que dans ses effets. Les études des sciences sociales ont permis de dégager deux dimensions qui nous intéressent

¹⁹ Voir à ce sujet Vizkelety B., précité note 4 pp. 14-25. Abella R.S., **Egalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête**, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, 426p.

²⁰ Abella, précité note 19, pp. 1-2.

particulièrement dans la compréhension de ce phénomène, ce sont les dimensions collective et perceptuelle²¹ que nous allons maintenant aborder.

Ce sont des études pluridisciplinaires qui ont permis de mettre en évidence la **dimension collective**²² de la discrimination. Cette dimension découle de l'organisation politico-socio-culturelle qui est responsable de l'ensemble des manifestations idéologiques de même que des connaissances acquises et partagées par les membres de cette société et par les organismes politiques, sociaux, culturels, éducatifs, économiques ou encore religieux.

Les études socio-économiques ont démontré que la situation sociale et économique des personnes caractérisées par l'un des motifs prohibés de discrimination n'avait toujours pas changé depuis et ce malgré l'adoption des lois interdisant la discrimination²³.

Ces études ont permis notamment de démontrer que ces personnes vivaient une situation différente ou connaissaient des résultats nettement inférieurs par rapport à l'ensemble de la population ou des groupes ne possédant pas les mêmes caractéristiques. De plus, elles permettent de constater que les individus visés, qu'ils s'agissent des Femmes, des Noirs, des Autochtones, des Asiatiques ou encore des Handicapés qui

²¹ Le mot «perceptuel» ne se retrouve pas dans les dictionnaires; nous le proposons à la réflexion afin de cerner cet aspect de la discrimination qui découle de la méconnaissance des autres ou de la diversité de leurs caractéristiques.

²² Il s'agit de ne pas confondre cette notion avec la notion de «droits collectifs»; cette dernière réfère aux droits inhérents à la communauté ou à la société en tant qu'entité distincte comportant ses caractéristiques propres.

²³ Garon M., **Pour une approche intégrée de la discrimination systémique: convergences et contributions des sciences sociales et du droit**, (1986) 17 R.D.U.S. 193. Voir également: Buckland L., **Education and Training: Equal Opportunities or Barriers to Employment?**, in *Research Studies of the Commission on Equality in Employment*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, pp. 131-156. Gunderson M., **Labour Market Aspects of Inequality in Employment and their Application to Crown Corporations**, in *Research Studies of the Commission on Equality in Employment*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, pp. 1-48.

réussissent à obtenir des résultats comparables à l'ensemble de la population le font au prix d'efforts nettement plus élevés que ce qui est exigé des autres membres de cette population.

On peut dès lors souligner deux aspects importants de la dimension collective; le premier concerne l'**étendue** de cette dimension. Ainsi, on peut dire que les perceptions relatives aux personnes visées sont partagées par un grand nombre de personnes ou d'organismes privés ou publics qui interagissent entre eux provoquant un effet «boule de neige» ou, en d'autres termes, renforçant la conviction du bien-fondé des perceptions de chacun. Le deuxième aspect touche davantage les personnes visées elles-même, il s'agit de la **portée** de la dimension collective qui découle de la généralisation à l'égard de tous les membres d'un groupe visé, des points de vue, croyances, représentations ou imaginaires sociaux; la personne disparaît, occultée par les généralités, alors que dans la population générale, présumée homogène en regard de cette caractéristique, l'attention se porte sur les particularités individuelles.

D'autre part, les recherches²⁴ ont également permis d'établir un lien entre l'échec répété des personnes visées, face à leurs tentatives pour modifier la situation ou même simplement pour participer dans la vie socio-économique, et la dévalorisation personnelle qui s'installe et qui conduit à éviter ces situations anticipables d'échec²⁵. Ainsi le phénomène de la discrimination résulterait non seulement d'une distinction provenant d'un rejet ou d'une exclusion vécu dans la société mais également d'un repli sur soi qui

²⁴ Henry F. 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.

²⁵ C'est ce que l'on appelle le «chilling effect» ou «effet bloquant» N.B.: L'expression est souvent traduite en français par «effet dissuasif» mais cela nous semble incomplet, d'une part, et, d'autre part, correspondre plutôt au terme anglais «deterrent» plutôt que «chilling». La dévalorisation personnelle peut également résulter de l'absorption par la personne de la vision négative que les membres de la population partagent ou véhiculent à son égard.

correspondrait, dans les circonstances, à un mécanisme de survie face à une situation perçue comme inévitable.

Le phénomène de la discrimination comporte également **une dimension perceptuelle** plutôt que réelle. Il s'agit d'un phénomène fondé sur des réalités ou vérités culturelles, ou encore sur des points de vue, des croyances, des représentations ou des imaginaires sociaux²⁶. Cette dimension comporte également deux aspects importants, le premier réside **au fondement** des perceptions; la méconnaissance, l'ignorance de la réalité ou l'absence de données suffisantes est remplacée par la présomption de différence par rapport à la «norme»; cette présomption se traduit généralement négativement pour les personnes visées, on présume leur incapacité, leur inaptitude, leur déficience.

Le deuxième aspect concerne l'effet des perceptions qui est de deux ordres, d'une part, le rejet par les membres de la société du pluralisme des valeurs ou le refus de la diversité à l'égard des personnes visées; ceci découle de la substitution de la caractéristique à la personne.²⁷ D'autre part, cet aspect inclut le renforcement de l'effet bloquant (chilling effect) et du repli sur soi (internalisation) pour les personnes visées.

Cette dimension soulève toute la question de l'égalité dans l'uniformisation ou de l'égalité dans la différence ou en d'autres termes d'égalité de traitement ou d'égalité de résultats. Comme l'exprime si justement R. Abella,²⁸ il s'agit là d'un débat qui n'en est pas un, il ne s'agit pas de positions opposées ou contradictoires mais bien de positions

²⁶ Ces deux notions fort importantes en matière de discrimination ont été étudiées notamment à l'égard des perceptions relatives à la génétique humaine dans le cadre d'une recherche effectuée par Caroline Meunier pour l'obtention d'un diplôme de maîtrise en sociologie de l'Université de Montréal. Un premier rapport a été présenté le 6 août 1992 sous le titre: **Les représentations sociales et les imaginaires sociaux de la nouvelle génétique humaine tels que perçus à travers les différents niveaux de la vulgarisation scientifique écrite.** (non publié).

²⁷ C'est-à-dire que la caractéristique devient la personne: on parle d'un Noir, d'un Vietnamien, d'un Handicapé intellectuel, d'un Hémophile.

²⁸ A cet égard voir le Chapitre 1 du Rapport Abella, précité note 19.

complémentaires compte tenu des circonstances, étant entendu que l'objectif premier est de faire en sorte que toute personne puisse vivre une situation similaire aux autres membres de la société, compte tenu de son potentiel et non de ses caractéristiques.

L'ensemble de ces études portant sur des groupes variés présentent une telle cohérence²⁹ dans les résultats qu'il est permis d'en déduire que les parties du système social s'imbriquent de façon marquée et significative dans l'émergence de la discrimination.

Si, dans un premier temps, on peut penser que c'est le constat de différences sociales injustifiées et injustifiables démontrées par ces études qui a conduit les Etats à adopter ces lois antidiscriminatoires de la deuxième génération, il apparaît plausible de prétendre que c'est en quelque sorte le constat d'un échec de l'approche traditionnelle du droit qui a mené les juristes vers une approche d'analyse diversifiée. Ils ont été forcés de constater que si la discrimination se définit en tout temps par un ensemble d'éléments qui constituent le dénominateur commun de toute situation de discrimination, il n'en demeure pas moins que le phénomène peut être simple ou complexe, qu'il peut être caractérisé par des relations linéaires ou circulaires et finalement qu'il peut résulter de multiples interactions et interrelations, bref qu'il s'agit d'un phénomène social complexe avant d'être juridique.

Les juristes se sont butés régulièrement à la difficulté de prouver la relation entre le motif prohibé et l'effet produit, notamment parce que les relations directes, sans interactions, sont rares et que la démonstration ne peut être la même selon qu'il s'agit d'un effet direct ou indirect résultant d'une source ou cause simple ou complexe. Cette situation a conduit dans un premier temps à l'élaboration de nombreuses théories de preuve qui ont finalement donné lieu à une typologie de la discrimination que nous allons aborder dans la seconde partie consacrée à l'évolution juridique de la notion de discrimination..

²⁹ Garon M., précité note 23.

La démarche suivie jusqu'à présent pour tenter de cerner ce qu'est la discrimination part de constats qui relèvent davantage de l'apport des sciences sociales que du droit. Il importe maintenant de regarder comment le droit a défini la discrimination et identifié ses composantes. Pour ce faire, nous proposons de nous attarder aux jugements les plus marquants de la Cour Suprême du Canada à cet égard afin d'en tirer les définitions de même que les règles et démarches d'interprétation de la discrimination.

Section II L'évolution du concept juridique de la discrimination

Au fil des ans, la Cour Suprême du Canada a proposé quelques définitions de la discrimination mais également des règles et, somme toute, une démarche d'interprétation qui dénotent, à notre avis, une évolution conceptuelle de la notion juridique de la discrimination qui tend à démontrer qu'il s'agit d'un concept unique à composantes variables.

2.1 D'une définition linéaire et simple à une définition circulaire complexe

Nous proposons de débiter cette analyse avec les arrêts **Bhinder** et **O'Malley**³⁰ où la Cour propose des définitions fondées sur des distinctions entre «*discrimination directe*» et «*discrimination par suite d'un effet préjudiciable*». Ces distinctions seront reprises dans des arrêts subséquents notamment dans l'arrêt **Action Travail des femmes**³¹ où la Cour en traite, nous semble-t-il, pour mieux circonscrire ce qui peut constituer de la discrimination dont le fondement est systémique.

³⁰ Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd, [1985] 2 R.C.S. 536; K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1985] 2 R.C.S. 561;.

³¹ Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S.1114..

Dans l'arrêt **O'Malley**, la Cour Suprême distingue entre discrimination directe et indirecte. Relativement à la discrimination directe, M. le juge McIntyre écrit³² qu'«il y a *discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé.*»

On pourrait donc dire de ce type de discrimination qu'il est le fait d'une situation où l'exclusion, la distinction ou la préférence s'exerce au premier degré, c'est-à-dire qu'elle est faite consciemment et est fondée sur l'un des motifs prohibés. Il s'agit d'un système homogène où les éléments sont peu nombreux et facilement identifiables, où la relation est directe et l'interaction linéaire. Le geste ou la disposition³³ recherche et produit l'exclusion (interaction linéaire) à cause de la caractéristique (relation directe).

C'est le cas notamment des arrêts **Janzen**³⁴ où les gestes posés constituent du harcèlement fondé sur le sexe de la victime, **Brooks**³⁵ où la police d'assurance recherche l'exclusion des femmes enceintes (grossesse) et **Ville de Brossard**³⁶ où la politique de la ville interdit l'embauche des membres d'une même famille (état civil).

D'autre part dans l'arrêt **O'Malley**, M. le juge McIntyre écrit à l'égard de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (discrimination indirecte):

[Ce] genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur

³² précité note.30, p.551.

³³ Nous utilisons le terme "disposition" non pas dans son sens législatif mais plutôt comme une expression générique couvrant la réalité des règles, normes, procédures, règlements, etc., édictées par une personne en autorité.

³⁴ **Janzen c. Platy Entreprises ltd**, [1989] 1R.C.S.1252.

³⁵ **Brooks c. Canada Safeway ltd.**, [1989] 1 R.C.S. 1219.

³⁶ **Brossard c. Commission des Droits de la Personne du Québec**, [1988] 2 R.C.S. 279.

un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.³⁷

alors que dans l'arrêt **Action Travail des femmes**, M. le juge Dickson la décrit comme suit:

[l']imposition d'obligations, de peines ou de conditions restrictives résultant d'une politique ou d'une pratique qui est neutre à première vue, mais qui a un effet négatif disproportionné sur un individu ou un groupe d'individus en raison d'une caractéristique spéciale de cet individu ou de ce groupe d'individus.³⁸

Il s'agit d'une situation qui découle d'une mesure ou disposition neutre en apparence, c'est-à-dire s'appliquant à tous sans distinction, mais où la distinction, l'exclusion ou la préférence survient à l'égard de certaines personnes, à cause d'une caractéristique qui leur est propre et qui est inhérente à l'un des motifs prohibés. Il s'agit, encore ici, d'un système homogène où les éléments sont peu nombreux et facilement identifiables, cependant la relation est indirecte alors que l'interaction est linéaire. En effet la règle vise ou recherche un but précis (interaction linéaire) qui produit l'effet sur les personnes visées par le biais de la caractéristique (relation indirecte). Cette caractéristique, rappelons-le est essentiellement reliée à l'un des motifs prohibés.

Il en est ainsi de la nécessité pour une entreprise laitière d'opérer la transformation du lait le lundi ce qui entraîne une obligation de présence au travail ce jour-là pour tous ses employés. Cette règle produit un effet indirect sur toute personne qui pratique une religion prévoyant des fêtes religieuses obligatoires le lundi.³⁹

³⁷ O'Malley, précité note 30, p.551.

³⁸ A.T.F., précité note 31, à la page 1137.

³⁹ **Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool**, [1990] 2 R.C.S. 489

En somme, on peut dire que la discrimination indirecte constitue la résultante de l'**effet indirect** d'une interaction linéaire entre la disposition et son but ou objectif. La discrimination apparaît du fait de l'existence de la caractéristique propre au groupe visé (relation indirecte).

Dans un troisième temps, la Cour Suprême a proposé deux autres définitions de la discrimination qui nous intéressent soit, en 1987, dans l'arrêt **Action Travail des femmes**⁴⁰ et, en 1989, dans l'arrêt **Janzen**⁴¹.

M. le juge en chef écrit, dans l'arrêt **Action Travail des femmes**, que

[la] discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces naturelles, par exemple que les femmes ne peuvent tout simplement pas faire le travail.⁴²

et dans l'arrêt **Janzen**, il écrit que la Cour fait sienne la définition de discrimination contenue au **rapport Abella**⁴³ à la page 2:

[la] discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel.

La Cour Suprême énonce, dans ces deux extraits, les caractéristiques essentielles à la compréhension de la notion même de discrimination dite systémique, dans un contexte

⁴⁰ A.T.F., précité note 31 . Cette décision porte sur l'exclusion des femmes dans les emplois non traditionnels de la Compagnie Canadien National..

⁴¹ **Janzen**, précité note 34.

⁴² **A.T.F.**, précité note 31, p.1139.

⁴³ **Abella R.**, précité note 19.

d'emploi. Il s'agit d'une situation où un effet négatif relié à l'un des motifs prohibés peut être constaté. Cependant cette situation se distingue par le fait que nous sommes en présence d'un système complexe où les éléments sont nombreux; de plus, aucun de ces éléments ne peut à lui-seul ou par lui-même produire l'effet discriminatoire constaté. L'effet résulte de relations multiples, d'interactions et d'interrelations composées. Il découle d'un ensemble de dispositions qui ne visent pas directement ou indirectement à discriminer mais qui sont appliquées en tenant compte des caractéristiques réelles ou présumées du groupe visé, ou encore selon des "normes" procédant de représentations symboliques communément admises et qui, de par l'application des règles ou pratiques, connaissent un renforcement. En somme il s'agit d'une situation complexe qui se prête mal à une approche juridique simple.

Finalement, au printemps 1989, la Cour Suprême a rendu un jugement portant sur l'article 15 de la **Charte canadienne des droits et liberté** qui présente une nouvelle définition de la discrimination, il s'agit de l'arrêt **Andrews**⁴⁴, où M. le juge McIntyre écrit à la page 175:

[J']affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Dans cet arrêt la Cour affirme que, de façon générale, les principes appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également au terme "discrimination" de l'article 15 sous réserve des trois distinctions suivantes:

- la discrimination selon l'article 15 vise l'activité législative découlant de l'application d'une loi alors que les lois sur les droits de la personne visent plus particulièrement les activités de nature privée.

⁴⁴ **Andrews c. Law society of British Columbia**, [1989] 1 R.C.S. 143

- les lois spécifient un nombre restreint de motifs prohibés pour lesquels la discrimination est interdite de façon absolue alors que la Charte constitutionnelle affirme le principe de l'égalité sans le restreindre à des motifs spécifiques.
- les lois créent des exemptions ou moyens de défense qui autorisent, en des termes absolus, nous dit la Cour, la discrimination alors qu'en vertu de la Charte canadienne l'article premier réfère à des limites raisonnables.⁴⁵

Selon la Cour il n'y a donc pas lieu de faire de distinction **quant à la définition** de la discrimination qu'elle soit soulevée dans le contexte constitutionnel ou dans celui des lois antidiscriminatoires.

Ce qui frappe lorsqu'on place ces citations l'une à la suite de l'autre, c'est l'évolution qu'elles démontrent vers la reconnaissance du phénomène social que constitue la discrimination et de l'unicité du phénomène que son effet soit direct ou indirect ou que ses sources soient simples ou multiples. Cette évolution conduit à l'élaboration d'une définition générale qui vaut en toutes circonstances; la définition proposée dans l'arrêt Andrews couvre toutes les situations de discrimination. Elle présuppose que tous les membres de la société ont le même droit à l'égalité sans distinction fondée sur des motifs relatifs à une caractéristique personnelle.

Ceci permet de comprendre qu'en matière de discrimination il n'existe qu'un seul concept dont les variables interagissent entre elles pour produire des effets directs ou indirects. Le phénomène peut être simple ou multiple, homogène ou complexe mais en tout temps il fait appel à l'interprétation des faits pour sa mise en évidence. L'approche juridique visera donc l'identification des variables, la détermination des relations et l'analyse des interactions qui produisent le phénomène. ✓

Par ailleurs ces définitions auront permis de mettre en lumière les éléments constitutifs de la discrimination et leur caractère distinct mais indissociable. Ainsi, si la disposition ou

⁴⁵ idem pp. 177-178.

le système impliqué constitue une entité distincte de l'effet discriminatoire, il n'en demeure pas moins qu'il est indissociable du motif prohibé dans la production de l'effet discriminatoire. Cette constatation nous amène à regarder d'un peu plus près les éléments constitutifs de la discrimination tels qu'identifiés ou reconnus par la Cour Suprême. Il importe d'examiner la démarche suivie pour ce faire mais également la règle interprétative retenue par la Cour, compte tenu du fait que la discrimination constitue un concept flou, non défini par le législateur. Nous procéderons donc d'abord à l'examen de la règle interprétative pour ensuite nous intéresser aux éléments constitutifs.

2.2 Le concept de discrimination et la règle d'interprétation

L'année 1982 a marqué un point tournant dans la courte histoire des lois antidiscriminatoires au Canada avec la sortie du jugement de la Cour Suprême dans l'affaire **Heerspink**⁴⁶ suivie, en 1985, des affaires **Craton**, **O'Malley** et **Bhinder**⁴⁷.

Dans ces arrêts, la Cour énonce ce qu'elle considère être l'interprétation à donner à ces lois, qu'elle qualifie de «loi de nature spéciale», pas vraiment de nature constitutionnelle, mais certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire.⁴⁸ A cause de cette nature spéciale, la Cour considère qu'on ne peut retenir l'interprétation étroite, textuelle. Les tribunaux doivent plutôt rechercher l'objet de la loi et le mettre en application. La Cour conclut que ces lois visent la suppression de la discrimination, non pas en punissant son auteur, mais en offrant une voie de recours aux victimes.

⁴⁶ **Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink**, [1982] 2 R.C.S. 145.

⁴⁷ **O'Malley**, **Bhinder**, précités note 30; **Winnipeg School Division No.1 c. Craton**, [1985] 2 R.C.S. 159.

⁴⁸ **Heerspink**, précité note 45, p.158; **Craton**, précité note 46,p. 156; **O'Malley**,précité note 30 pp. 546-547; **Bhinder**, précité note 30, p.586.

Après avoir constaté que le point de vue étroit, qui consiste à faire de l'intention un élément constitutif de la discrimination, mène à une impasse en «*élevant une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant*», pour qui, «*il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile*», M. le juge McIntyre écrit que «*[De] plus, comme j'ai tenté de le démontrer, nous avons ici affaire aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite.*»⁴⁹

Dans l'arrêt **Action Travail des Femmes**⁵⁰ la Cour invite les tribunaux à «*interpréter les lois antidiscriminatoires de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de l'objet de ces lois*» et M. le juge Dickson ajoute⁵¹ que «*c'est l'acte discriminatoire lui-même que l'on veut prévenir. La loi n'a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.*»

Après un bref historique des premières lois antidiscriminatoires⁵², il note que, pour remédier aux effets néfastes de la discrimination, les législateurs ont adopté de nouvelles lois qui commandent une interprétation différente soit une «*interprétation fondée sur l'objet des législations portant sur les droits de la personne*».

Il souscrit à l'idée que l'approche téléologique constitue l'élément crucial de l'interprétation des lois antidiscriminatoires puisque ces lois visent spécifiquement l'élimination des situations, peu importe leur origine, où une personne, ou un groupe, subit un effet préjudiciable non imposé aux autres membres de la société. Depuis ces arrêts la Cour

⁴⁹ O'Malley, précité note 30, p.549.

⁵⁰ A.T.F., précité note 31

⁵¹ A.T.F., précité note 31, p.1134.

⁵² Il rappelle notamment le caractère punitif des premières lois qui imposaient une sanction dans la mesure où on pouvait prouver l'intention, ce qui soulevait selon lui deux problèmes majeurs, le premier de sémantique à l'égard de la notion d'intention, le deuxième concernant l'échec de cette approche pour lutter contre la discrimination.

a répété à plusieurs reprises qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'intention dans quelque cause de discrimination que ce soit⁵³.

En somme on peut dire qu'en matière de discrimination, il est maintenant reconnu que seule l'interprétation téléologique peut permettre d'atteindre les objectifs visés par ces lois. Il s'agit là d'une démarche que la Cour a suivie également dans la définition même des éléments constitutifs de la discrimination comme nous le verrons dans la prochaine section.

2.3 Les éléments constitutifs et la démarche d'interprétation

a) le motif

La première difficulté qui surgit à l'égard des motifs relève de la portée et des limites mêmes de chacun de ces motifs. La discrimination ne peut être déclarée illicite qu'à l'égard des motifs exhaustivement énumérés à la loi⁵⁴, aussi l'interprétation donnée de chacun de ces motifs devient-elle essentielle pour atteindre les objectifs de la loi.

A cet égard, l'exemple le plus frappant d'un effet de négation du droit par interprétation est sans doute le sens donné dans l'arrêt **Bliss**⁵⁵ à la discrimination sexuelle en relation avec la grossesse. Une interprétation littérale et parcimonieuse du texte avait conduit à un raisonnement qui voulait que la grossesse ne puisse constituer de la discrimination sexuelle du fait que les distinctions, exclusions ou préférences affectaient les femmes enceintes non parce qu'elles étaient femmes mais parce qu'elles étaient enceintes.

⁵³ **Bonnie Robichaud et la Comm. can. des droits de la pers. c. Sa Majesté la Reine, représentée par le Conseil du Trésor**, [1987] 2 R.C.S. 84; **Janzen**, précité note 34; **Brooks** précité note 35.

⁵⁴ Sous réserve de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada, qui ne prévoit pas de liste exhaustive.

⁵⁵ **Bliss c. Procureur général du Canada**, [1979] 1 R.C.S. 183, pp.190-191.

Dans l'arrêt **Brooks**⁵⁶ la Cour suprême écarte définitivement cet arrêt en affirmant que l'interprétation de la Loi doit permettre *«de promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent, et que cette tâche devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale de ces lois.»* Selon ce principe la Cour en arrive à la conclusion que la discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination sexuelle du fait qu'elle ne peut frapper personne en dehors du groupe des femmes⁵⁷.

La Cour a utilisé la même démarche d'analyse du sens à donner au motif dans les arrêts **Ville de Brossard**,⁵⁸ **Janzen**⁵⁹ et **Andrews**⁶⁰.

Dans l'arrêt **Ville de Brossard**,⁶¹ M. le juge Beetz analyse le concept d'"état civil" au sens de l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne⁶². Il exprime l'avis que le concept englobe un éventail de faits qui ne constituent pas nécessairement des faits consignés se rapportant aux trois éléments classiques de l'état civil - la naissance, le mariage et le décès. Il constate que les relations familiales sont incluses dans l'état civil au sens de l'article 10 et il ajoute que pour saisir l'état civil d'une personne il faut souvent se référer à la situation d'une autre personne.

⁵⁶ La Cour reprend à cet égard, à la page 1245, l'opinion du juge La Forest dans **Robichaud c. Canada**, [1987] 2 R.C.S. 84, aux pages 89 et 90.

⁵⁷ *idem* p. 1246-1247.

⁵⁸ **Ville de Brossard**, précité note 36.

⁵⁹ **Janzen**, précité note 34.

⁶⁰ **Andrew**, précité note 44.

⁶¹ **Ville de Brossard**, précité note 36.

⁶² L.R.Q. c. C-12

Sa conclusion est à l'effet que lorsqu'on regarde l'état civil en tant que motif illégal de discrimination, il peut être considéré sous deux aspects distincts, l'état civil absolu, propre à l'individu et l'état civil relatif, englobant les liens avec d'autres personnes⁶³.

Dans l'arrêt **Janzen** la Cour doit se prononcer sur le motif de discrimination sexuelle vu sous l'angle du harcèlement. Le raisonnement suivi consiste à revenir à la définition de ces deux notions en regard des objectifs de la loi. Dans cet arrêt la Cour déclare que la discrimination sexuelle en matière d'emploi se définit *«comme des pratiques ou des attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d'emploi ou les possibilités d'emploi de certains employés en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe.»* Puis la Cour écrit, après avoir cité plusieurs définitions de harcèlement sexuel, que *«le dénominateur commun de toutes ces descriptions du harcèlement sexuel est l'utilisation d'une situation de pouvoir pour imposer des exigences sexuelles dans le milieu du travail et de modifier ainsi de façon négative les conditions de travail d'employés qui doivent lutter contre ces demandes sexuelles.»*⁶⁴

De plus la Cour Suprême écarte la thèse de la Cour d'appel du Manitoba qui *«réside dans la croyance qu'il n'y a discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l'unique élément de l'acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées.»*

Bref il importe de retenir ici que la Cour nous enseigne qu'il faut rechercher ce qui est implicite dans le libellé général de la loi et, en l'occurrence, des motifs prohibés. Le raisonnement prôné consiste à définir le motif en regard des objectifs de la loi pour ensuite examiner et définir la situation propre aux victimes et, en confrontant les deux, déterminer s'il ne s'agit pas d'une situation implicitement comprise par l'interdiction.

⁶³ idem pp. 298-299.

⁶⁴ Janzen, précité note 34, p.1281.

b) le motif, la personne visée et l'effet discriminatoire

Dans une même démarche logique nous aborderons dans cette section deux propriétés qui se rattachent à l'indissociabilité entre «motif» victimes et effet. Il s'agit, d'une part, de la discrimination partielle ou du nombre de personnes visées et, d'autre part, d'un motif qui peut être parfois considéré comme individuel et non discriminatoire mais qui devient à la fois caractéristique de groupe et discriminatoire par l'effet de la mesure.

Deux arrêts nous intéressent particulièrement à l'égard du premier point, il s'agit des arrêts **Brooks** et **Janzen**⁶⁵, qui traitent, rappelons-le, de discrimination sexuelle, l'un en situation de grossesse et l'autre de harcèlement. La Cour Suprême y rejette de façon claire et catégorique la thèse selon laquelle la preuve de discrimination exige la démonstration que tous les membres d'un groupe visé sont affectés.

Dans l'arrêt **Janzen** M. le juge en chef Dickson écrit:

[B]ien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres d'un groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. [...] Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. [...] C'est affirmer, par exemple, que l'employeur qui n'engage une femme que si elle a deux fois plus de diplômes qu'un homme n'est pas coupable de discrimination sexuelle si, en dépit de cette politique, il engage tout de même quelques femmes.⁶⁶

Dans l'arrêt **Brooks**, la Cour cite plusieurs arrêts et articles de doctrine, tous au même effet à savoir que le fait que la discrimination soit partielle n'en change pas la nature, ou n'en est pas moins discriminatoire. Elle avance qu'un grand nombre, sinon la majorité, des

⁶⁵ **Brooks**, précité note 35; **Janzen**, précité note 34.

⁶⁶ **Janzen**, précité note 34, pp. 1288-1289.

cas de discrimination partielle sont caractérisés par le fait que seuls les membres du groupe visé peuvent être affectés même s'ils ne le sont pas tous également⁶⁷.

En somme la Cour rejette définitivement le moyen de défense à l'effet que le traitement non-discriminatoire de quelques membres du groupe visé puisse constituer la preuve de l'inexistence de la discrimination et, encore plus important, elle statue à l'effet que la preuve de l'existence d'une situation de discrimination n'exige aucunement la démonstration que tous les membres du groupe visé sont affectés.

Quant au deuxième point, c'est l'analyse de l'état civil par M. le juge Beetz dans la décision **Ville de Brossard**⁶⁸ qui nous éclairera sur la démarche à suivre. Il écrit qu'il s'agit là d'une caractéristique personnelle et exclusive à chaque individu; en ce sens elle est peu susceptible de constituer le fondement d'une situation discriminatoire reliée à l'appartenance à un groupe visé. Cela l'amène à se poser la question: comment une telle caractéristique individuelle peut-elle devenir une caractéristique de groupe?

Pour y répondre, M. le juge Beetz, s'inspirant d'un arrêt de la Cour fédérale d'appel⁶⁹, analyse le rapport entre l'état civil, motif prohibé de discrimination, et la politique générale d'un employeur et il écrit:

[Il] suffit, aux fins de la présente instance, de limiter le sens de l'expression "état civil" à l'exclusion d'un individu identifié par une caractéristique de groupe, pour reprendre les termes utilisés par le juge MacGuigan. On peut dire que l'exclusion établie par la politique d'embauchage de l'intimé crée une telle caractéristique de groupe, car toutes les demandes d'emploi des parents immédiats, y compris les conjoints des employés à plein temps et des conseillers municipaux ne seront pas prises en considération. Adaptant à la situation qui se présente en l'espèce les propos du juge MacGuigan, on peut affirmer qu'une règle générale proscrivant l'embauchage des parents et des conjoints des employés relève effectivement de

⁶⁷ Janzen, précité note 34, pp. 1247-1250.

⁶⁸ Ville de Brossard, précité note 36.

⁶⁹ Cashin c. Société Radio-Canada, 1988, 86 N.R. 24 (C.A.F.).

l'état civil précisément parce qu'en raison de son caractère général, elle peut avoir pour effet d'imposer une catégorie générale ou une catégorie relative à un groupe.⁷⁰(nos soulignés)

Ainsi l'état civil devient une caractéristique de groupe par l'effet de la mesure qui le considère comme tel. Il existe donc une interaction entre la règle et son effet et le motif  prohibé.

La portée d'un motif doit être déterminée à la lumière de l'interaction entre, d'une part, le motif et la victime et, d'autre part, la distinction, préférence ou exclusion et l'effet qui en découle.

A cet égard, M. le juge Beetz écrit dans l'arrêt **Ville de Brossard** :⁷¹

[Je] conclus que la politique d'embauchage de l'intimé représente effectivement une exclusion fondée sur l'état civil de personnes postulant des emplois auprès de la ville.[...] De plus l'état civil des candidats est la cause efficiente de leur exclusion. (nos soulignés)

L'expression "*cause efficiente*" trouve tout son sens dans le fait qu'ici la politique vise expressément à produire un effet d'exclusion à l'égard de toute personne dont l'état civil révèle le lien de parenté visé. En l'espèce M. le juge Beetz conclut que *«la relation mère-fille et le poste occupé par la mère jouent ensemble de manière à former une cause unique et indivisible de l'exclusion de la plaignante.»*⁷²

Doit-on en conclure que cette expression signifie que le motif doit constituer la cause unique et directe de la situation discriminatoire ?

Nous ne le croyons pas. M. le juge Dickson, dans l'arrêt **Janzen**⁷³ écrit:

[L]'erreur dans la thèse de la Cour d'appel réside dans la croyance qu'il y a discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l'unique élément de l'acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées. [...] Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier

⁷⁰ **Ville de Brossard**, précité note 36. p.298.

⁷¹ **Ville de Brossard**, précité note 36, pp 299-300.

⁷² *ibid.*

⁷³ **Janzen**, précité note 34 p. 40.

constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. [...] Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. (nos soulignés)

L'effet inégal sur le groupe visé par la pratique discriminatoire ne rend pas cette pratique moins discriminatoire pour autant, dans la mesure où le motif constitue l'un des éléments déterminants de l'effet négatif. Ce qui importe c'est que la situation ne se serait pas produite si le motif était absent. C'est la conclusion à laquelle en arrive la Cour qui termine la partie V de sa décision en citant un arrêt américain ⁷⁴ dont le dernier paragraphe se lit ainsi:

[N]ous avons donc établi clairement dans l'affaire Barnes que la discrimination sexuelle au sens du Titre VII ne se limite pas au traitement inégal fondé uniquement ou catégoriquement sur le sexe. La discrimination est de la discrimination sexuelle chaque fois que le sexe de la victime se trouve être, sans motif légitime, un facteur important de la discrimination.(nos soulignés)

En somme, on peut dire qu'il suffit que l'effet discriminatoire sur les victimes résulte, entre autres, de l'interaction entre l'un des motifs prohibés et le geste ou la règle. Il n'est pas nécessaire que ce soit la seule cause de l'effet négatif mais il doit être déterminant dans l'exclusion, la distinction ou la préférence exercée à l'encontre de la ou des victimes.

Quant à l'argumentation fondée sur le traitement identique et sur la démonstration de situation analogue présentée dans les arrêts **Andrews**, **Brooks** et **Janzen**,⁷⁵ la Cour écarte ce moyen de défense axé sur l'égalité d'application d'une loi ou d'une règle à tous les membres d'un groupe visé car ce raisonnement ne constitue pas *«un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité»*⁷⁶; «il pourrait entraîner des résultats

⁷⁴ **Bundy v. Jackson**, 641 F. 2d 934 (1981)

⁷⁵ **Andrews**, précité note 44; **Brooks**, précité note 35; **Janzen**, précité note 34.

⁷⁶ **Brooks**, précité note 35 pp.1245-1246; **Andrews**, précité note 44, pp.167-168.

semblables à ce qui s'est produit dans l'arrêt Bliss⁷⁷», ce que la Cour rejette définitivement⁷⁸.

En somme on peut tirer, de ce qui précède, qu'un motif doit s'interpréter en contexte avec les faits particuliers de la situation sous enquête; il doit recevoir une interprétation qui tienne compte de l'indissociabilité qui existe entre motif, victime, mesure illicite et effet discriminatoire.

Toutes les situations décrites jusqu'à maintenant étaient constituées d'une source unique ou d'éléments simples et homogènes à interactions linéaires et relations directes ou indirectes, mais qu'en est-il des situations où les sources ou éléments sont multiples et les interactions circulaires?

Section III L'approche systémique ou un modèle d'analyse des systèmes complexes

Dans cette partie nous nous intéresserons aux situations de discrimination complexe, généralement qualifiée de systémique, en proposant dans un premier temps une lecture analytique de l'arrêt clé en la matière puis dans un deuxième temps un survol d'un outil d'analyse qui est susceptible de fournir des explications et des pistes de solutions pour mieux cerner le phénomène de la discrimination systémique.

3.1 les situations complexes ou la discrimination dite systémique

⁷⁷ Brooks précité note 35, p. 1246.

⁷⁸ Brooks, précité note 35 p.1247.

A ce jour, la seule cause portant sur une situation complexe entendue par la Cour Suprême demeure la cause d'**Action Travail des femmes** qui sera l'objet d'une attention particulière tant dans cette section que dans la prochaine partie où nous aborderons l'approche systémique.

Dans cet arrêt la Cour s'interroge, entre autres, sur les sources de la discrimination pour constater qu'elles sont multiples et complexes, ce qui amène M. le Juge Dickson à écrire que:

[De] tels actes discriminatoires prennent leur source, non pas dans une volonté délibérée de défavoriser, mais dans les attitudes, préjugés, manières de penser et habitudes qui ont pu s'installer au cours de plusieurs générations.

[...] il est souvent nécessaire de se référer à des régimes historiques de discrimination pour concevoir les stratégies appropriées à l'avenir. Il (M. le juge MacGuigan) a constaté que la discrimination dont étaient victimes les femmes au CN avait des racines profondes.⁷⁹

Il réfère notamment à la relation qui existe entre les rôles traditionnels des hommes et des femmes dans la société et à leur transposition dans le marché du travail qui est souvent primordiale à la compréhension des attitudes discriminatoires à l'égard des femmes. Les valeurs rattachées à ces rôles, leur nature presque exclusive les uns des autres, le partage et l'attribution qui en découlent, conditionnent la répartition des emplois et la valeur attribuée aux qualités ou capacités requises pour les exercer. Cela entraîne une perception négative à l'égard de toute personne qui cherche à exercer un emploi non traditionnel, perception négative de son attitude non conventionnelle, de ses capacités, compétences et qualités individuelles.

Ce sont donc les attitudes, conscientes ou non, qui sont le plus susceptibles d'entraîner l'implantation et la perpétuation de la discrimination dite systémique. Ces attitudes se traduisent par des règles et pratiques ou par des gestes et comportements qui, en bout de

⁷⁹ A.T.F., précité note 31, p.1140-1141.

ligne, résulteront dans l'exclusion, la distinction et/ou la préférence à l'égard d'un groupe déterminé.

L'affaire **Action Travail des femmes** l'a largement démontré. Dans cette cause l'exclusion des femmes provenait à la fois de tout le système, du recrutement à l'embauche, des assignations de travail aux promotions, le système ne visait pas à discriminer mais produisait cet effet et, d'autre part, des attitudes sexiste, paternaliste, stéréotypée du personnel masculin à l'égard des femmes.

Le recrutement se faisait principalement dans des écoles techniques ou professionnelles où on ne retrouvait que peu de femmes. On posait des exigences d'expérience dans des domaines précis, souvent non reliés à l'emploi. On favorisait le recrutement par recommandation d'employés en place. Bref ces pratiques, neutres en apparence, avaient un effet préjudiciable à l'égard des femmes.

L'embauche était caractérisée par l'absence de formalisme et la décentralisation de la décision; celle-ci reposait sur le pouvoir discrétionnaire des agents du personnel, grandement influencé par la sélection exercée par les contremaîtres. Il a été également démontré que l'entrevue était biaisée, qu'on tentait d'orienter les femmes vers des emplois de bureau, que la durée d'une entrevue "au féminin" était souvent deux fois plus longue, qu'on leur demandait une démonstration de force physique non exigée des hommes. Bref, ici encore une pratique généralement neutre au départ, mais qui devenait un outil de discrimination dans les mains des employés qui en étaient responsables.

Par ailleurs, une fois franchies ces barrières, le milieu de travail était empreint d'éléments de discrimination directe à l'égard des femmes. Plusieurs femmes sont venues témoigner du harcèlement, dont elles étaient continuellement l'objet, tant au niveau des consignes que des comportements de leurs collègues masculins. Les femmes étaient parfaitement conscientes de l'attitude globalement négative à leur égard. Elles étaient

également soumises régulièrement à du harcèlement sexuel autant de la part des contremaîtres que de leurs collègues.

En somme, tous ces éléments ont constitué une «situation dynamique et cumulative» de discrimination, responsable de l'exclusion des femmes de ce milieu de travail et de la persistance de la conviction que les hommes doivent conserver la priorité en matière d'emploi au C.N..

D'abord, il s'agit de la résultante de pratiques établies, connues, acceptées, rarement, sinon jamais, remises en question qui encadrent tout le milieu de travail, du recrutement à l'embauche, de la formation à la promotion en passant par l'assignation à un travail particulier. Ces pratiques sont généralement acceptées non seulement par l'employeur et ses représentants, mais également par les associations syndicales et par tous les employés comme étant inévitables et justifiées.

L'exclusion ou la préférence découle des pratiques elles-mêmes ou des décisions des employés qui les exécutent. On peut donc parler, comme le fait le rapport Abella, à la fois de pratiques, au sens de règles, politiques ou méthodes, et d'attitudes ou comportements.

Le rôle joué par les attitudes et les préjugés est fondamental ici puisqu'avant même que ne s'exerce l'effet discriminatoire, les victimes font face à une évaluation, ou appréciation de ce qu'elles sont, qui ne porte pas sur leurs capacités ou leur compétence individuelles mais résulte plutôt du fait qu'on leur attribue les capacités qui, «*de connaissance générale, populaire ou publique*», sont le propre des individus appartenant à cette catégorie, à ce groupe. Cette généralisation des capacités procède, entre autres, d'une conception unique des qualités requises par le travail en question, qualités qu'on prête volontiers à tous les membres du groupe exerçant ce travail mais, qu'en vertu d'une croyance véhiculée par tous, on refuse d'attribuer à d'autres.

Cette attitude a conduit à l'élaboration de tests qui tendaient non pas à trouver un candidat apte à accomplir le travail mais plutôt à trouver «le candidat» possédant au plus haut degré les qualités ou capacités que l'on attribue au groupe privilégié sans pour autant qu'il y ait de liens avec l'emploi.

Par ailleurs, les pratiques peuvent aussi trouver leurs sources dans les attitudes des dirigeants de l'entreprise, il n'est donc pas toujours facile de distinguer entre ces deux facteurs que constituent les pratiques ou les attitudes. Bref ce sont les interactions circulaires entre les éléments constitutifs de la discrimination qui, ici, produiraient l'effet discriminatoire.

En somme, la démarche d'interprétation demeure essentiellement la même que pour toute autre situation de discrimination, c'est-à-dire une démarche fondée sur l'indissociabilité des éléments constitutifs. Cependant, elle doit de plus prendre en considération la complexité des interactions et des interrelations entre les éléments et la possible multiplicité de ceux-ci. Ceci nous amène à considérer un modèle d'analyse susceptible d'aider à la compréhension de telle situation soit l'approche systémique.

Mais avant d'aborder l'approche systémique comme modèle d'analyse pour appréhender la «discrimination systémique» il nous apparaît important d'expliquer qu'à notre point de vue ce type de discrimination réfère non pas à la distinction entre effet direct ou indirect mais bien à une situation où la discrimination émerge d'un système et comporte nécessairement un effet direct ou indirect, et même parfois les deux.

Contrairement à l'approche théorique proposée par R. Knopff⁸⁰ qui assimile, nous semble-t-il, «systemic discrimination» et «disparate impact», considérant le premier comme

⁸⁰ Knopff R. *Human Rights and Social Technology, Systemic Discrimination*, Ottawa, Carleton University Press, 1989, 233p. Knopff R., *What do Constitutional Equality Rights Protect Canadians Against?*, *Revue canadienne de science politique*, XX:2 (juin 1987) 265p.

la situation de discrimination démontrée par la théorie de preuve que constitue le deuxième, nous croyons qu'en analysant les situations de discrimination uniquement à partir de l'effet, on risque d'évacuer les dimensions collective et perceptuelle de la discrimination. Rappelons ici que ces dimensions comportent des aspects importants soient l'étendue de l'unicité de perception des membres de la société qu'il s'agisse des individus ou des institutions et la portée généralisatrice de ces perceptions à l'égard des membres des groupes visés.

La focalisation de l'analyse sur l'effet entraîne une réduction de la portée des motifs prohibés; on aura tendance à refuser de reconnaître l'existence d'une situation de discrimination là où l'effet n'est pas exclusif au groupe visé, sous prétexte que, pour qu'une caractéristique constitue un motif prohibé de discrimination, elle ne doit affecter qu'un groupe visé et, potentiellement, la totalité des membres de ce groupe. Le raisonnement prétend, nous semble-t-il, que toute caractéristique qui n'est pas exclusive entraîne la reconnaissance de nouveaux motifs non inclus dans les lois antidiscriminatoires; la caractéristique devenant le motif. Ce raisonnement suit, à notre avis, une logique d'analyse réductionniste qui pourrait prévaloir si nous étions en présence de concepts déterminés et fermés, ce qui n'est le cas d'aucune des lois antidiscriminatoires au Canada.

Une telle démarche conduit également à nier l'indissociabilité des éléments constitutifs de la discrimination. A notre avis le motif ne peut pas être défini en dehors des interactions entre disposition, effet, motif et personne visée, tout simplement parce qu'il s'agit de concepts flous qui ne prennent tout leur sens que dans la définition même de la discrimination illicite.

Bref relier la «discrimination systémique»⁸¹ aux effets préjudiciables serait ignorer la réalité de ce phénomène social complexe.

⁸¹ au sens de «systemic discrimination» comme l'entend R. Knopff.

Il importe de rappeler qu'il s'agit d'un phénomène défini ainsi par M. le juge McIntyre dans l'arrêt Andrews⁸²:

[la] discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

A notre avis, ce qui caractérise la discrimination systémique, c'est le fait que l'effet discriminatoire émerge d'une situation complexe et dynamique aux sources multiples et interreliées⁸³.

En somme, on peut dire que c'est par l'approche traditionnelle du droit, qui tend à réduire une situation en ses composantes précises et démontrables, qu'on s'est rendu compte que ce phénomène n'était pas nécessairement simple et homogène, qu'il comportait en réalité de multiples variables sur lesquelles on n'agissait pas forcément, avec comme conséquences, que plusieurs décennies après la guerre la discrimination demeure un phénomène social important pour lequel les solutions sont encore à imaginer.

On peut donc penser que solutions et analyses vont de paire et qu'en ce sens une plus grande compréhension des dimensions collective et perceptuelle de la discrimination à travers une approche pluridisciplinaire du droit et des sciences sociales devraient conduire à une meilleure démonstration du phénomène et de ses solutions.

⁸² Andrew, précité note 44.

⁸³ Il ne s'agit pas nécessairement d'une situation aux effets multiples comme semble le laisser croire la décision de la Cour d'appel du Québec dans la cause **Ville de Québec c. C.D.P.Q.**, [1989] R.J.Q. 831. La Cour écarte la prétention de discrimination systémique en indiquant que la situation des matrones est différente de la situation des femmes dans **Action travail des femmes** en ce qu'elles n'ont subi aucune discrimination ni harcèlement que ce soit à l'embauche, dans les assignations de travail, ou autre. Le seul fait prétendu discriminatoire et contesté ici est la différence de salaire entre homme et femme pour un travail équivalent.

Dans les sections qui suivent nous voulons simplement amorcer une réflexion sur l'apport d'un modèle d'analyse, l'approche systémique, et sur les effets qu'une telle approche pourrait avoir en matière de discrimination.

3.2 les paramètres d'un système complexe

L'approche systémique est avant tout une méthode qui permet de circonscrire et d'expliquer les systèmes complexes en regard de leur état statique ou dynamique par rapport à l'ensemble des éléments en interactions ou de leur état d'ouverture, ou de perméabilité, à l'environnement.

Ce sont les aspects structurel et fonctionnel qui vont caractériser l'état statique ou dynamique d'un système. Par opposition à l'état dynamique, l'état statique d'un système est caractérisé par l'absence d'événements, de changements quant aux propriétés structurelles ou fonctionnelles.

L'aspect structurel permet de déterminer l'organisation spatiale des éléments d'un système, à savoir ses limites et ses composantes, alors que l'aspect fonctionnel s'intéresse à son organisation temporelle ou, plus particulièrement, aux relations entre ses éléments, au sens et à la magnitude de ces relations, de même qu'aux boucles de rétroaction qui peuvent les affecter.

Ainsi, dans la cause **Action travail des femmes**, le Canadien National constituait un système composé de sous-systèmes ouverts, qu'on pense par exemple aux diverses directions, au service ou à l'unité de recrutement et d'embauche ou encore aux multiples services ou ateliers de travail. Ces sous-systèmes étaient hiérarchiquement organisés entre eux (hiérarchie structurelle) tout en comportant des interconnexions qui permettaient notamment la décentralisation des pratiques et des décisions d'embauche. Chaque sous-système comprenait un certain nombre d'employés majoritairement, sinon exclusivement,

masculins, hiérarchiquement organisés (hiérarchie fonctionnelle) dans le travail. Les buts, attentes et choix du système apparaissaient dans des pratiques ou procédures qui favorisaient le maintien des règles existantes. En ce sens, elles agissaient sur les comportements individuels pour conforter les objectifs personnels de maintien du statu quo, les perceptions de l'impact des femmes sur l'environnement de travail et la portée réelle des décisions de l'entreprise.

Le dynamisme d'un système dépend de ces boucles de rétroactions; il s'agit d'un phénomène fondé sur l'influence du système sur son environnement et sur l'influence de l'environnement sur le système. Les entrées et les sorties sont séparées par la durée dont le caractère opératoire peut être mis en évidence par les statistiques et plus particulièrement par les séries temporelles. On assiste alors à la réintroduction dans le système des résultats de sa transformation ou de son action. A ce stade-ci, on constate que la causalité linéaire cède la place à la causalité circulaire.

Encore une fois, dans la cause **Action Travail des femmes** on peut noter, par exemple, que le recrutement se faisait soit de bouche à oreille ou dans des endroits où les femmes étaient à toutes fins utiles absentes. Ce processus correspondait à la perception que les recruteurs avaient de leur milieu mais également à leur perception sociale des rôles des hommes et des femmes. De leur côté, les femmes réagissaient à l'attitude et au comportement des recruteurs en subissant l'effet bloquant ou «chilling effect»; leurs tentatives pour amener des changements se butaient à des barrières qui allaient du simple discours dissuasif à l'échec de tests créés spécifiquement pour leur démontrer leur incapacité. Somme toute le résultat venait confirmer, et l'organisation, et ses membres, dans leur représentation du bien-fondé des valeurs du système et, par conséquent, les confortait dans le maintien de l'exclusion des femmes .

Par ailleurs, un système peut-être qualifié d'ouvert ou fermé selon qu'il est ou non en relation avec son environnement; seul le système ouvert nous intéresse ici

puisque essentiellement la discrimination est un phénomène social; elle est donc susceptible de survenir dans un système ou sous-système social.

Le système ouvert est en continuelle relation avec son environnement et l'on peut dire que ses limites sont perméables. Cette ouverture permet de considérer la complexité des phénomènes en les situant par rapport à un ensemble de variables endogènes ou exogènes en interrelation, de reconnaître la pertinence de l'interrelation entre variables par l'apport de diverses disciplines et finalement de comprendre des phénomènes complexes par l'intégration de variables qui auraient, dans un système fermé, été considérées comme constantes et même à la rigueur ignorées.⁸⁴

L'approche systémique permet l'unification, l'intégration, l'ordonnancement et la systématisation dans la recherche d'explications et de solutions à l'égard d'une problématique donnée⁸⁵. C'est par l'élaboration d'un cadre d'analyse structuré que l'on peut construire le modèle qui permettra de vérifier les hypothèses et, par induction, de conclure sur l'importance et le sens des relations entre variables.

Cette approche suppose une démarche en deux étapes qui comprend l'identification des paramètres et la conceptualisation et l'opérationnalisation d'un modèle du système.

La première étape vise donc à identifier les variables et leurs relations. En matière de discrimination les variables dépendantes sont les éléments constitutifs de **l'effet discriminatoire** par interaction avec le motif. On peut penser par exemple aux règles,

⁸⁴ Par opposition le système fermé est celui qui n'interagit pas avec son environnement, il est auto-suffisant et totalement coupé du monde extérieur.

⁸⁵ Pour une illustration de l'application pratique de cette approche voir Guinier D., **Sécurité et qualité des systèmes d'information Approche systémique**, Paris, Masson 1992, 298 p.. Sadowsky V.N. **Aspects méthodologiques d'une théorie générale des systèmes**, Revue internationale de philosophie, 1971, V.98 no 4, 547

procédures ou politiques propres au système étudié ou encore aux critères ou paramètres de sélection pour le sous-système que constitue le service du personnel.

Quant aux variables indépendantes, il s'agit essentiellement en matière de discrimination des éléments constitutifs de **la source de discrimination**. Ce sont notamment les buts, objectifs ou finalités des mesures, les intervenants et leurs rôles dans l'élaboration ou l'application de ces mesures ou encore la formation et l'information du personnel.

Cette première étape sera complétée par l'identification des relations entre les variables.⁸⁶ En matière de discrimination les relations réfèrent à l'explication de l'indissociabilité des variables.

Finalement une dernière remarque s'impose à l'égard de cette étape il s'agit des mesures nécessaires pour en garantir la valeur. Il est nécessaire de déterminer la pertinence et le nombre des variables étudiées afin d'établir la validité de l'analyse de même qu'il est primordial de définir de façon rigoureuse les notions, propositions et hypothèses à la base des théories qui viendront expliquer le système.

Nous en arrivons à la deuxième étape, soit la modélisation du système. Cette deuxième étape vise donc la compréhension du système et de ses effets.

3.3 la modélisation d'un système complexe

⁸⁶ Il s'agit des éléments suivants: le sens ou la direction de la relation, les sources et les conséquences des interventions; la magnitude de la relation (la quantité et la qualité des changements); le lien entre les variables (relation entre systèmes ou sous-systèmes); la nature (conceptuelle, opérationnelle, séquentielle, fonctionnelle, causale etc.); l'univers de l'interaction (comment se nouent la relation et où se situe-t-elle dans l'organisation des parties).

La modélisation d'un système comprend deux sous-étapes qui sont, premièrement, la conceptualisation et, deuxièmement l'opérationnalisation du modèle.

La conceptualisation consiste en l'élaboration des postulats utilisés et du cadre de référence qui précise les frontières de l'étude et des postulats. Il s'agit d'une généralisation dite abstraite vérifiable logiquement mais non empiriquement. De cette phase dépend le développement de la théorie qui permet d'expliquer les relations d'interdépendance entre postulats et l'élaboration d'un schéma global. Elle permet de procéder à des observations précises, spécifiques et limitées.

L'opérationnalisation du modèle, ou plus justement des postulats, ou variables, consiste à observer la réalité, ou expérimenter s'il y a lieu, pour vérifier la pertinence des liens ou hypothèses qui naissent de la relation d'un ou plusieurs postulats ou variables. Elle vise à définir les postulats dits abstraits, par la mesure, la réalité et les faits.

La deuxième étape de la démarche est donc marquée par la construction d'un modèle du système qui consiste à créer une représentation des rapports entre variables et par l'élaboration de théories pouvant être testées empiriquement.

A l'égard de la discrimination, la démarche juridique comprend une étape préliminaire qui est essentiellement la même pour tout dossier de discrimination, à savoir la démonstration de l'effet ou le constat d'une distinction, exclusion ou préférence exercée à l'égard d'une ou plusieurs personnes, possédant une caractéristique reliée à l'un des motifs prohibés.

Cette étape se conjugue à la démonstration des éléments constitutifs de l'effet émergent du système. Il faut procéder à l'identification des constituantes du système et des sous-systèmes qui le composent, à la conceptualisation puis à l'élaboration d'un

schéma global et à l'opérationnalisation du système. Ce mode de traitement du problème devrait permettre de poser et de vérifier les hypothèses d'explication du phénomène.

C'est ensuite par un retour en arrière, c'est-à-dire en décomposant chaque étape, qu'apparaîtront les éléments de preuve et la logique qui les unit.

Le rôle de l'approche systémique est donc de mettre en évidence le rapport entre le système et la discrimination, de quantifier ce rapport du moins en termes d'importance et, procédant par l'élaboration d'hypothèses vérifiables permettant d'appréhender l'articulation des variables dépendantes et indépendantes, de cerner les facteurs d'influence pour être en mesure d'identifier les solutions. L'approche systémique peut prendre en considération la dimension collective de la discrimination, notamment ses sources historiques, son fondement éducatif, sociologique et économique, ses aspects psychologique ou politiques, ce qui permettra entre autres, d'évaluer le bien-fondé d'une solution pour mettre un terme au phénomène. Contrairement aux situations plus simples et homogènes de discrimination directe et indirecte, le phénomène de discrimination systémique émerge dans le système et doit trouver ses solutions dans le système.

Conclusion

En conclusion il apparaît important de souligner que la discrimination qu'elle soit qualifiée de directe, indirecte ou systémique, constitue un seul et même concept résultant d'un phénomène social complexe. Les dimensions collective et perceptuelle du phénomène génèrent des causes ou sources de discrimination qui peuvent être simples et homogènes ou multiples et complexes et produire des effets directs ou indirects.

Le droit est confronté à un concept flou, parce que non défini, qu'il s'est évertué au fil des ans à vouloir classer selon l'approche traditionnelle de relation linéaire entre la cause et l'effet produit. Cette approche aura eu le mérite de démontrer que la

discrimination est un phénomène social complexe, particulièrement la discrimination qualifiée de systémique qui cadre mal dans l'approche traditionnelle et la classification qui en découle. Le droit aura réussi également à mettre en lumière le maillage entre motif, personne visée et effet discriminatoire; le motif constituant un autre concept flou à l'égard duquel la Cour Suprême du Canada a favorisé une interprétation téléologique dans une perspective de faire cesser la discrimination.

Ce qu'il faut retenir c'est que le concept de discrimination comporte des éléments constitutifs distincts mais indissociables quant à l'effet produit. C'est l'articulation des variables, c'est-à-dire leur interaction et leur relation avec le motif, qui produit l'effet discriminatoire et c'est donc à ces niveaux qu'il faut intervenir pour mettre un terme à la discrimination. L'approche systémique apparaît donc ici comme un outil utile et pertinent tant dans la démonstration de l'existence d'une situation de discrimination illicite que pour cerner les solutions efficaces de ces problèmes.

Introduction au Chapitre II D'un concept flou à une interprétation dynamique du droit

Le chapitre premier nous a permis de démontrer que pour faire émerger la norme juridique à partir de concepts flous, tels ceux qui établissent les droits à l'égalité, l'interprète du droit doit recourir à l'herméneutique des textes juridiques; il doit adapter les règles d'interprétation c'est-à-dire préciser l'application, la portée et les limites de ces règles dans le cadre précis du droit à l'égalité tel que promulgué par le législateur.

Cette démarche se précise autour des trois points d'ancrage que sont l'importante évolution du concept même de discrimination (A), la nécessité d'une interprétation téléologique pro-active pour assurer la reconnaissance de l'intégralité du concept (B) et, finalement, le recours à une approche dynamique du droit dans l'examen des situations d'espèce (C).

A) L'évolution du concept de discrimination

L'étude jurisprudentielle du concept de discrimination amène un certain nombre de constats fort importants dans la recherche qui nous anime. Cette recherche vise l'identification et la démonstration du processus le plus susceptible de réaliser pleinement l'intention du législateur relativement à l'exercice en pleine égalité des droits reconnus à toute personne. Parmi ces constats, nous retenons le fractionnement de la règle de droit en trois types distincts de discrimination; le recours, aux fins de l'application des dispositions législatives, à des règles d'interprétation, parfois téléologiques, souvent littérales en ce qui concerne les tribunaux inférieurs (spécialisés ou judiciaires) et résolument téléologiques pour la Cour Suprême du Canada; le recours à des règles de preuve d'abord pénales puis civiles sans que pour autant la notion d'intention requise initialement ne soit véritablement évacuée.

Le premier constat s'inscrit dans la logique cartésienne, prévalante en droit comme nous le verrons plus loin (Partie II, chapitre I, section préliminaire). Rappelons

simplement ici que cette logique prône de décomposer le tout en autant de parties que nécessaires, afin de rendre compte éventuellement de la totalité de l'objet d'étude. Dans le cas qui nous occupe, il s'agit de dispositions législatives (fédérale et provinciales) comportant un droit unique, celui du droit à l'égalité sans discrimination, dont l'interprétation a conduit au fractionnement de la règle dans une tentative de couvrir la totalité du phénomène. Ce fractionnement s'est opéré par une catégorisation et une typologie de la discrimination (discrimination directe, indirecte et systémique), à la fois réductionnistes et déterministes, masquant par le fait même la globalité du phénomène et confondant la causalité nécessaire à sa démonstration.

D'une part, il faut noter que cette catégorisation de la discrimination recoupe deux perspectives distinctes, soit celle des effets et celle des sources, qui sont malheureusement ignorées, confondues ou même entremêlées par les juristes dans la jurisprudence en la matière. Selon les termes utilisés, les deux premiers types (direct et indirect) réfèrent aux effets discriminatoires produits alors que la qualification de systémique se rapporte aux sources de la discrimination. Notons qu'une telle approche de classification devrait, en principe, conduire à une analyse certainement distinctive et spécifique à la catégorie ou au type de discrimination en cause, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Cela s'explique par la réalité connaissable du phénomène; les faits caractéristiques d'une situation explicite de discrimination peuvent permettre de conclure à son existence sans pour autant qu'il soit possible d'en déterminer la classification ou le type en raison de la nature, des circonstances ou de la mixité des éléments.

D'autre part, le dédoublement de perspective aurait dû induire une lecture de la causalité qui soit différente selon la situation observée; encore une fois, ce n'est pas nécessairement le cas, particulièrement pour les tribunaux inférieurs. Lorsque le tribunal s'en tient au raisonnement juridique traditionnel et qu'il n'admet que la causalité simple, directe et linéaire, ignorant du même coup la causalité nécessaire (chapitre II) pour induire les conclusions qui s'imposent devant une situation complexe, il lui est presque impossible

de reconnaître une telle situation de discrimination et ce, malgré le fractionnement de la règle de droit.

En somme, ce qui marque l'évolution du concept de discrimination relativement au fractionnement de la règle de droit, c'est la découverte qu'il existe une diversité considérable dans les situations de discrimination et qu'elles ne sont pas nécessairement exclusives les unes des autres, particulièrement lorsque cette situation émerge dans un système complexe. Le fractionnement a permis de mettre en évidence cette diversité, cependant, appliqué de façon rigoureuse, il parvient à masquer la globalité du phénomène prohibé par la règle de droit et est susceptible de compromettre ainsi la reconnaissance du droit à l'égalité, particulièrement lorsqu'il met en cause un système.

De plus, l'association de cette typologie à l'interprétation littérale entraîne une réduction complémentaire du champ d'application de la règle de droit. Cet effet résulte notamment de l'obligation informelle, alors imposée par l'attente du tribunal, d'identifier la situation de discrimination alléguée à un type de discrimination reconnue. Dans le cadre d'une telle démarche, il devient nécessaire de démontrer la présence de chacun des paramètres caractérisant, selon le tribunal, ce type de discrimination avant qu'il ne puisse accorder les conclusions recherchées¹. Cela conduit nécessairement à une limitation importante de la disposition législative, d'où la dénonciation par la Cour Suprême du recours à cette règle d'interprétation qu'elle qualifie de parcimonieuse et, somme toute, contraire à l'intention du législateur qui prône le droit à l'égalité sans discrimination de toutes personnes.

La jurisprudence de la Cour Suprême est constante pour qualifier les lois promulguant les droits de la personne de lois quasi-constitutionnelles en raison des valeurs qui les sous-

¹ Mentionnons à titre d'exemples la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)* (1989) R.J.Q. 831 (C.A.) ou encore la décision de la Cour d'appel du Manitoba tel que rapportée et commentée dans l'affaire *Brooks c. Canada Safeway* (1989) 1 R.C.S. 1219.

tendent et qui les rattachent aux fondements de la société comme nous tenterons de le démontrer au chapitre II. Cette qualification qui reconnaît, en quelque sorte, la primauté des principes énoncés, appelle, selon la Cour, la mise en oeuvre d'une interprétation téléologique afin d'assurer la pleine efficience de la norme juridique d'égalité.

Enfin, un troisième constat retient notre attention: il s'agit des règles de preuve qui ont prévalu au cours de ces années. D'abord liée au régime pénal choisi par le législateur pour mettre un terme à la discrimination, la recherche de l'intention du mis-en-cause a survécu un certain nombre d'années au changement apporté, par le législateur, au régime de droit visant à assurer le respect des droits fondamentaux. Les règles de preuve civiles n'ont véritablement prévalu qu'à compter de la deuxième moitié de la décennie '80, soit à partir du moment où la Cour Suprême a clairement indiqué que l'objectif des lois antidiscriminatoires était de mettre un terme à la discrimination et non pas de punir l'auteur de l'acte.

Malgré cela des difficultés subsistent; elles proviennent principalement de l'application, par les tribunaux, des règles propres au régime des «torts» et de la responsabilité délictuelle, et plus particulièrement de la réparation qui en découle. Rappelons qu'aux fins de déterminer les dommages-intérêts, celles-ci intègrent, au-delà de la reconnaissance de la responsabilité, la mesure du partage de la responsabilité entre les parties en présence, ce qui ne peut être le cas des lois anti-discriminatoires. Celles-ci visent à faire cesser l'atteinte au droit à l'égalité ou l'effet discriminatoire observé par des mesures de redressement appropriées. D'une vision confondant les deux règles de droit, propre aux tribunaux de droit commun, est née la nécessité de prouver distinctement chacun des trois éléments qui composent le «délict» de discrimination, c'est-à-dire l'acte fondé sur un motif prohibé, l'effet produit, soit l'exclusion, la distinction ou la préférence de la personne visée, et le lien de causalité qui les unit et qui doit être direct, linéaire et immédiat.

D'une part, la jurisprudence démontre que cette approche conduit l'interprète du droit dans des définitions fermées et exclusives de chacun des éléments, comme s'ils pouvaient, et même devaient, exister indépendamment de la situation elle-même de discrimination à l'origine de l'examen² et de manière autonome les uns par rapport aux autres. Cette démarche soumet la définition des éléments constitutifs de discrimination à des règles exogènes, c'est-à-dire externes aux lois en cause, réduisant d'autant l'application du droit à l'égalité en neutralisant, à toutes fins utiles, la reconnaissance du phénomène de la discrimination qui se fonde sur les interactions et interrelations de l'ensemble des éléments constitutifs. Ainsi, si en matière de responsabilité, l'acte se mesure à la lumière de la bonne foi de son auteur, ce qui peut constituer un moyen de défense permettant de réduire ou de décliner la responsabilité de ce dernier, en matière de discrimination, l'acte qui produit un effet discriminatoire ne peut être isolé de cet effet et la bonne foi qui l'anime ne peut entrer en ligne de compte pour réduire la portée de cet effet³.

D'autre part, cette pratique augmente le niveau de difficultés de la preuve que doit soumettre le réclamant qui se voit forcé de prouver chaque élément non pas en fonction de la situation de discrimination mais en fonction de règles externes qui ne sont pas nécessairement appropriées dans les circonstances. A titre d'exemple, il lui faut démontrer que le fondement de l'acte est le motif prohibé et ce, sans recourir à l'effet produit, alors même que régulièrement le motif ne constitue pas le seul fondement de l'acte et que la discrimination n'apparaît qu'à travers ses effets.

² Voir, à titre d'exemple, l'analyse de la décision "Ville de Brossard" dans le premier chapitre. On peut mentionner également la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)* (1990) R.J.Q. 2765 de la Cour d'appel du Québec où la définition du motif de "personne handicapée" nouvellement inscrit dans la *Charte des droits et libertés de la personne* est réduite à la définition inscrite à la *Loi sur les personnes handicapées* qui vise essentiellement à couvrir certains besoins financiers des personnes les plus handicapées de la société québécoise; ce faisant, la Cour d'appel nie le droit à la protection de la Charte à une personne qui se voit refuser un emploi parce qu'elle est diabétique.

³ *Commission des droits de la personne du Québec c. Magog (Cité de)*, (1983) 4 C.H.R.R. 1369 (C.S.)

Il en est de même pour le mis-en-cause qui tente de faire valoir les moyens de défense édictés par le législateur; qu'on pense ici à la responsabilité de l'employeur pour le fait de son préposé qui, selon les règles de la responsabilité civile, est nécessairement engagée dès lors que la situation de faits démontre l'implication de l'employé, alors que ce n'est pas obligatoirement le cas en vertu des lois antidiscriminatoires, notamment à l'égard du harcèlement ou de la discrimination en milieu de travail fondé sur le sexe, l'origine ethnique ou nationale, l'âge ou autre motif prohibé⁴.

Les décisions de la Cour Suprême étudiées au chapitre I démontrent qu'elle a reconnu ces difficultés et qu'elle a réagi d'abord en énonçant certaines règles, notamment à l'égard du statut de ces lois, puis en prônant la nécessité d'une interprétation téléologique que nous qualifions de pro-active puisqu'elle vise expressément à favoriser la pleine reconnaissance du droit à l'égalité sans discrimination.

B) La nécessité d'une interprétation pro-active

Un autre aspect important de la question qui nous préoccupe ressort clairement du chapitre premier. Nous voulons parler du raisonnement juridique et de sa disparité d'application selon les règles d'interprétation privilégiées par les tribunaux qui doivent disposer de ces questions. L'application de la norme juridique, exprimée par le législateur sous forme de principe ou de concept flou, laisse place à un éventail d'interventions judiciaires, en première instance comme en appel, principalement inspirées de règles originant des autres champs du droit. Ces décisions judiciaires mettent en jeu les principes théoriques de l'interprétation des textes juridiques mais en privilégiant leur rattachement à des champs du droit plus largement explorés, fouillés et approfondis et qui présentent certaines caractéristiques que le tribunal estime similaires ou analogues au principe de la norme en question.

⁴ Voir *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)* [1987] 2 R.C.S. 84 par opposition à *Halkett c. Ascofigex Inc.*, (1986) R.J.Q. 2697 (C.S.)

Il en est ainsi lorsque, par exemple, on assimile les recours découlant des lois antidiscriminatoires aux recours en responsabilité civile⁵ et qu'on tente d'appliquer les règles d'interprétation et de preuve qui s'en dégagent. On assiste alors à une approche déterministe de la norme: la discrimination se résume, en quelque sorte, à un geste ou à un acte fondé sur le motif prohibé, posé pour atteindre, consciemment ou non, l'effet d'exclusion, de distinction ou de préférence de la personne visée. Le tribunal examine le geste et son fondement tout en exigeant que le lien de causalité qui relie ce geste et son effet soit direct et immédiat.

Or, cette approche a un effet inévitablement réducteur tant au plan de la reconnaissance juridique du phénomène de discrimination que la norme vise à éradiquer qu'au plan des remèdes juridiques appropriés. D'une part, elle conduit à un raisonnement par étapes qui veut que chaque élément constitutif de la règle de droit soit d'abord interprété ou défini en langage juridique, c'est-à-dire dans le seul contexte du droit, avant que ne soit examinée la situation de faits. Ce faisant, elle favorise une interprétation littérale de chacun des éléments constitutifs dans la recherche d'une définition propre à chacun, sans possibilité de reconnaître l'existence de relations préalables, entre ces éléments, et nécessaires à leur définition au sens même de la règle de droit.

D'autre part, cette approche intègre la causalité simple ou linéaire, directe ou immédiate. Malheureusement ceci ne permet pas toujours de reconnaître les situations de discrimination, même les plus simples et encore moins celles qui résultent d'une situation complexe à interactions multiples, lorsqu'elles sont désavouées par leur(s) auteur(s). Ces règles de preuve développées dans le cadre de de la responsabilité civile imposent une démonstration séquentielle qui relie l'effet à la source dans un ordre déterminé: la source

⁵ Nous ne parlons, à titre d'exemple, que de la responsabilité civile cependant on ne peut ignorer que même si en «common law» il n'existe pas de «tort law» visant spécifiquement les effets discriminatoires, certains tribunaux se sont inspirés des principes sous-jacents à ce type de recours pour disposer de questions de discrimination au même titre que les tribunaux de droit civil l'ont fait.

précède l'effet et celui-ci en est le résultat précis, direct et immédiat. En matière de discrimination, le motif prohibé est rarement le seul ou unique fondement de l'acte ou du geste posé puisque la discrimination survient toujours au cours de l'exercice d'un autre droit, résultant de la vie en société et également régi par des règles générales ou particulières déterminées par le champ de droit en cause. La démonstration de la discrimination ne ressort alors que d'une vision globale de la situation dans laquelle doit être considérée tant la causalité efficiente que finale et circulaire.

Bref, le recours, par les tribunaux judiciaires, à une approche traditionnelle d'interprétation et d'application du droit à l'égalité sans discrimination a, à toutes fins utiles, neutralisé les effets prescrits par le législateur relativement à cette norme.

Suite à l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour Suprême a reconnu la nécessité d'affirmer le statut particulier des lois promulguant le droit à l'égalité sans discrimination, les déclarant quasi-constitutionnelles et inscrites dans la foulée de la Charte elle-même. Elle a, de plus, affirmé que la règle d'interprétation la plus propice à assurer la reconnaissance de ce droit était l'interprétation téléologique. À la lumière de cette règle d'interprétation, elle a élaboré un cadre conceptuel de la discrimination qui l'a conduite à proposer un modèle idéal plutôt qu'une unique définition. Ce cadre conceptuel a le mérite de répondre aux objectifs du législateur qui sont d'assurer à chaque personne, quel que soit le contexte dans lequel se présente la situation de faits, le respect de son droit à l'égalité sans discrimination.

La fonction de ce cadre conceptuel est de rendre accessible, à la connaissance judiciaire, le phénomène de la discrimination et de rendre possible la reconnaissance de telle situation, qu'une certaine approche trop déterministe du droit réduisait aux seuls cas d'effets discriminatoires directement et immédiatement reliés aux gestes posés en ce sens.

C) Le recours à une approche interprétative du droit, dynamique et efficiente

Au chapitre II, nous examinerons la démarche suivie par la Cour pour en arriver à ce cadre conceptuel en nous interrogeant d'abord sur le raisonnement juridique, ses fondements et ses lignes directrices. Nous essaierons d'éclairer le rapport entre ce raisonnement et le statut des lois pour tenter d'en saisir l'importance réelle dans l'intervention judiciaire.

Nous tenterons de démontrer que ce cadre conceptuel s'inscrit tout à fait dans une approche méthodologique constructiviste au sens de modèle cognitif propre à la faculté de juger. Selon les thèses de Kant⁶, le véritable sens de l'hypothèse téléologique met en cause la capacité de l'esprit humain connaissant à élaborer les fins (télos) en référence auxquelles s'exercera la raison ou la faculté de juger. Mais avant d'aborder cette partie de l'analyse du cheminement de la Cour suprême nous aimerions rappeler brièvement quelques notions propres aux épistémologies constructivistes⁷ en tant que fondement du processus *de constitution des connaissances valables*⁸.

Dans une perspective épistémologique, le constructivisme constitue une théorie générale de la connaissance, proposée initialement en tant que telle pour expliciter les fondements des connaissances scientifiques et plus particulièrement des mathématiques (L. Kronecker, L.J. Brouwer). Il se rattache à de nombreux courants tant passés (L. Da Vinci, G. Vico, I. Kant, P. Valéry) que contemporains (J. Piaget, G. Bachelard, E. Von Glazersfeld, P. Watzlawick) qui prônent la nécessité de comprendre les processus de connaissances pour en mesurer la validité.

⁶ Nous nous référons ici à la 3^{ème} Critique de Kant, Immanuel, *La critique de la faculté de juger*, publiée en 1797, traduite et présentée par Alain Renault, Paris, Aubier, 1995

⁷ Voir Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : P.U.F. 1995 (Que sais-je? ; 2969)

⁸ Piaget J., *Logique et connaissance scientifique*, Paris, Gallimard, encyclopédie de La Pléiade, 1967, p.6.

Le constructivisme se situe à contre-courant des théories formaliste, naturaliste ou réaliste qui, pour partie, composent les épistémologies positivistes, par le fait qu'il identifie, au processus cognitif, le projet ou le construit de l'objet par le sujet⁹. En d'autres termes, on acquière des connaissances par un processus interactif avec l'objet à connaître, par notre capacité à relier, à conjoindre, à associer et donc à représenter le réel existant et connaissable et à en tirer ou à en produire du sens¹⁰.

Rappelons que le postulat positiviste pose, comme fondement des connaissances scientifiques, l'objectivité intrinsèque résultant de la seule observation de l'objet réel, présentant une forme permanente, indépendante et antérieure à cette observation, par un observateur neutre et impartial. Contrairement à ce dernier, le postulat constructiviste soutient que le processus cognitif des phénomènes n'existe pas sans une interprétation finalisée et finalisante¹¹, par le sujet, qui prend en considération la causalité - efficiente, finale ou circulaire - de l'objet¹².

La force de l'hypothèse constructiviste repose "*sur sa plausibilité et son effectivité*"¹³ dans l'appréhension des phénomènes observés. Elle met en cause la faculté de juger ainsi que la capacité du sujet connaissant de représenter la connaissance acquise et d'y attacher une valeur par sa mise en ordre dans le monde de son expérience. D'un point de vue gnoséologique, l'acquisition des connaissances repose avant tout sur un processus actif qui

⁹ Voir, à ce sujet, la dénonciation qu'en fait R. Thom, dans *La querelle du déterminisme, philosophie de la science d'aujourd'hui*, Paris, Gallimard, *Le débat*, 1990.

¹⁰ Propos largement inspirés par les propositions de plusieurs auteurs (G.B. Vico, L.Kronecker, P. Valéry) rapportées dans J.L. Le Moigne, précité note 7, pp.38-52

¹¹ Le Moigne, précité note 7, p. 76.

¹² SEGAL L., *The Dream of Reality, Heinz von Foerster's Constructivism*, New York, W.W. Norton, 1986; WATZLAWICK P. (Ed.) *The Invented Reality. How Do We Know What We Believe We Know?* New York, W.W. Norton, 1984; VON FOERSTER H., *On Constructing a Reality, in Observing Systems*, Seaside, CA, Intersystems Publications, 1981, 295; PIATELLI-PAIMARINI M., *Language and Learning, The Debate Between Jean Piaget and Noam Chomsky*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹³ Le Moigne, précité note 7, p. 40.

ne survient pas à l'extérieur du sujet: la connaissance résulte du traitement de l'objet par le sujet connaissant et forme la construction de cet objet, de ce phénomène.

L'expérience cognitive se caractérise par l'irréversibilité de la dimension temporelle, la démarche dialectique du sujet connaissant et la récursivité de la représentation construite. La démarche cognitive implique une action, ce qui, implicitement, inclut l'élément temporel; dans le déroulement de la démarche cognitive, la temporalité est irréversible; les connaissances produites ne sont pas réversibles, elles se modifient, se transforment, évoluent par l'effet du processus cognitif qui se poursuit selon la «flèche du temps».

A travers le processus cognitif, l'objet perçu est tout aussi caractérisé par ce qu'il fait que par ce qu'il est. Les phénomènes sont organisés et organisants, les choses sont causées et causantes. Le caractère dialectique de la démarche est le fait du sujet, de l'observateur qui cherche ainsi à connaître l'objet dans ses diverses dimensions selon ses objectifs ou ses finalités du moment. Le processus est récursif; le sujet apporte dans la connaissance de l'objet son expérience, son expertise; il construit l'objet et en assume la représentation active pour voir, par le fait même, le champ de son expérience s'accroître: il s'approprie une nouvelle connaissance.

L'épistémologie constructiviste est également téléologique¹⁴. Du fait de l'intervention du sujet connaissant dans l'appréhension et la représentation de la connaissance, le constructivisme suppose que celle-ci est le produit de l'objet appréhendé et des finalités du sujet. Autrement dit, la construction de la connaissance ne peut se faire ni s'exprimer en-dehors de l'univers de référence de ce sujet.

¹⁴ *Ibid.* pp 74-79.

À titre d'exemple, lorsqu'un juge procède à l'examen d'une situation de faits pour fins d'adjudication, il se réfère à l'univers du droit, et plus particulièrement aux règles juridiques applicables pour construire la réalité juridique de cette situation. Cependant, l'univers est vaste et les règles nombreuses. Il lui faut donc préciser ses finalités, les exprimer sous forme d'hypothèses (*plausibles et efficaces*), pour que sa représentation de la connaissance acquise (son exposé de la situation de faits) puisse devenir la connaissance d'un autre sujet (le plaignant, le mis-en-cause, le juriste, etc.).

Mais le constructivisme postule également que l'objet lui-même, le phénomène observé, comporte des finalités, et qu'à travers le développement du processus cognitif ou construction de l'objet, le sujet privilégie le caractère «opérationnel»¹⁵ de la représentation en lui attribuant ces finalités afin d'en saisir ou d'en interpréter le comportement¹⁶. La validation des connaissances repose alors sur la cohérence entre le comportement et les finalités attribuées: une cohérence interne qui s'apprécie par l'absence de contradiction entre ce qu'est l'objet et ce qu'il fait; une cohérence externe marquée par la «convenance comportementale»¹⁷ de l'objet face à l'univers de référence.

Pour terminer cette trop brève introduction aux épistémologies constructivistes, nous aimerions discuter de la causalité. Des distinctions fondamentales séparent, encore ici, l'approche fonctionnelle de la connaissance (constructiviste) de l'approche positiviste.

Rappelons très succinctement que les épistémologies positivistes reposent également sur deux hypothèses fondatrices complémentaires: l'hypothèse ontologique, souvent illustrée par cet axiome qui veut que la connaissance soit la réalité essentielle de la réalité

¹⁵ *Ibid.* pp. 68-69

¹⁶ *Ibid.* p. 76.

¹⁷ Tabarly J.-C., *Cognition, systémique et connaissance*, dans Andreewsky E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 51-100, p.59

existentielle de l'objet; et l'hypothèse déterministe qui postule que chaque effet de la réalité est produit par quelque cause. Selon l'approche positiviste, il est possible de dire que l'objet connaissable devient connaissance par l'observation neutre et impartiale de l'unité constituante déterminée, localisée, formant la totalité ou une partie du tout; que la validité de la connaissance acquise dépend d'une observation fiable, c'est-à-dire vérifiable ou, en d'autres termes, qui peut être répétée et produire les mêmes constats, les mêmes résultats, le tout indépendamment de l'observateur. Toujours selon l'approche positiviste, il est possible de dire que chaque objet se situe dans une séquence déterminée, unique et permanente, et donc déterminable, de relations avec son environnement; le raisonnement logique prévalant alors est la causalité simple, linéaire et, bien sûr, efficiente puisque, selon l'axiome énoncé, la cause produit l'effet.

Cette approche fonde une partie importante des démarches scientifiques; cependant, elle ignore une prémisse importante du processus cognitif soit le véritable rôle de l'observateur. Quel que soit le domaine scientifique en cause, l'observateur interagit avec l'objet d'étude en déterminant le cadre d'analyse, l'univers référentiel, en fonction de son expertise, de ses expériences et de ses finalités. L'approche positiviste ignore également, par les limites mêmes de son raisonnement logique, la complexité de certains objets, de certains phénomènes, pour ne reconnaître ou ne s'attacher en somme qu'à l'aspect ou la dimension «complication» de l'objet d'étude. Contrairement à l'objet ou au phénomène complexe, l'objet compliqué peut être réduit en autant d'unités ou de constituantes que nécessaires pour suivre le raisonnement logique de la causalité efficiente.

A l'opposé de cette approche, les épistémologies constructivistes constatent que l'observateur, s'intéressant à la connaissance de l'objet dans sa totalité, c'est-à-dire à l'objet réel connaissable et opérationnel, procède à partir des trois perspectives possibles du raisonnement logique à la base de la connaissance: la causalité efficiente, finale ou circulaire. La première perspective est celle selon laquelle le rapport opérationnel de l'objet avec son environnement repose sur un principe efficient, permanent et applicable

directement, immédiatement. Le raisonnement logique qualifié de causalité finale intervient pour rendre connaissable l'objet ou le phénomène observé qui ne peut s'expliquer, se comprendre sans la présence d'un objectif à atteindre déterminant son opérabilité. Ainsi, le rapport essentiel entre les éléments constituant le phénomène observé n'apparaît qu'à travers l'effet engendré par cet objectif à atteindre, cette finalité de l'objet.

La causalité circulaire est le raisonnement logique qui permet d'appréhender la complexité de l'objet opérationnel. Suivant ce raisonnement, les rapports internes et externes affectant les constituantes de l'objet sont composés d'interactions et d'interrelations récursives qui en assurent la continuelle adaptation et fondent l'existence même de l'objet. Ce raisonnement vise à comprendre¹⁸ l'objet ou phénomène complexe, à *construire du sens* au coeur de cette complexité, à *donner une signification à un comportement observé*; bref, à rendre connaissable l'objet réel et opérationnel par l'observateur.

La représentation ou construction de l'objet complexe s'exprime à travers la modélisation conceptuelle ou modélisation systémique que nous aborderons en deuxième partie de cette thèse. Qu'il nous suffise de dire, à ce stade-ci, que la modélisation systémique constitue un instrument constructiviste, c'est-à-dire un mode d'expression de la connaissance dans le cadre de la maîtrise des systèmes ou phénomènes complexes.

Cependant, l'analyse de la démarche cognitive de la Cour suprême en matière de discrimination (chapitre 2), nous amène à introduire, dès à présent, le référentiel triadique temps-espace-forme, essentiel à la modélisation systémique de tout processus. Nous

¹⁸ Le Moigne propose cette formulation du processus de «comprendre»: «*Comprendre*, c'est, partant d'un itinéraire décrit ou descriptible (la description d'un comportement, l'exposé d'un énoncé) rechercher les buts possibles d'une telle trajectoire: autrement dit, comprendre c'est *construire du sens*, donner une signification à un comportement observé ou à un énoncé textuel ou imagé.» Le Moigne J.-L., *Sur les fondements épistémologiques de la science de la cognition: contribution de la systémique aux constructivismes*, dans Andreewsky E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 11-50, p. 44.

soumettons que la démarche de la Cour fondée sur la causalité dynamique s'inscrit à la fois dans un processus constructiviste et dans la théorie de la modélisation systémique. Il en est ainsi parce que les dispositions législatives applicables sont essentiellement des énoncés de principes promulguant des normes conceptuelles floues. Ce procédé législatif oblige le tribunal, qui doit en assurer le respect, à utiliser tous les moyens cognitifs à sa portée et, par le fait même, à recourir aux hypothèses gnoséologiques des épistémologies constructivistes et plus particulièrement à l'hypothèse téléologique.

Ces propos de Le Moigne explique la pertinence de cette approche dans un contexte judiciaire où le degré de preuve requis est la prépondérance des probabilités:

Connaître en termes de fins plausibles constitue un mode de connaissance au moins aussi bien raisonné que le connaître en termes de cause probable; surtout lorsque rien ne nous assure que le phénomène considéré a une cause certaine !¹⁹

¹⁹

Ibid. p. 77.

Chapitre II Les concepts flous, l'interprétation "constructiviste" et la modélisation

Introduction

Dans le domaine du droit à l'égalité les normes législatives adoptées proposent essentiellement des énoncés de principes qui doivent être appliqués en les adaptant à chaque situation de faits. Postulant que tous et chacun savent ce dont il s'agit, les textes, qu'ils soient constitutionnels ou législatifs, ne proposent ni définition ni cadre d'interprétation pour assurer le respect de ce droit. Ainsi, la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît un droit dont la limite serait le cadre d'une société libre et démocratique alors que, dans les textes législatifs provinciaux et même fédéraux, a-t-on reconnu tout au plus la nécessité d'en situer l'exercice dans certains domaines de droit et en regard de certaines caractéristiques de la personne. Le législateur a choisi, nous semble-t-il, de proposer une démarche qui repose sur la reconnaissance de l'interaction des faits dans la production d'une atteinte à ce droit.

En somme, il s'agit là de concepts flous qui ont donné lieu à une interprétation judiciaire non seulement de la règle de droit mais également des faits et des relations entre eux, à la lumière des finalités poursuivies par le législateur. Bien que le but ultime du droit ne soit pas la connaissance des phénomènes sociaux mais plutôt les décisions qui les concernent, l'étude de l'approche méthodologique suivie et proposée par la Cour Suprême du Canada conduit à souscrire à l'importance de la démarche interprétative dans l'identification même des faits juridiques. Il importe donc de situer d'abord en quoi l'approche législative de ce droit pose problème; à cet effet, nous examinerons (I) la norme du droit à l'égalité en regard de la notion de concept flou.

Nous croyons, par ailleurs, que la complexité des phénomènes et l'indissociabilité des éléments constitutifs, dans la production de l'effet discriminatoire prohibé, font échec à l'approche réductionniste ou déterministe du phénomène et à l'interprétation juridique linéaire ou binaire traditionnelle. L'interprétation du droit doit composer avec la

compréhension de la dynamique des faits pour construire la réalité juridique et atteindre les finalités législatives. Nous aborderons, dans un deuxième temps (II), les théories d'interprétation en rappelant sommairement la théorie générale et ses limites pour examiner ensuite l'approche, que nous qualifions de constructiviste, de la Cour suprême en matière des droits de la personne.

Finalement, nous proposons de terminer cette présentation (III) en discutant de l'approche systémique. Celle-ci, en alliant construction téléologique et modélisation de l'organisation, favorise l'identification des composantes et des limites des phénomènes, rend intelligibles les interrelations et interactions entre elles et permet, à la fois et en même temps, de discerner les sources ou fondements de la situation de faits et de préciser les interventions possibles et leurs effets potentiels. Ainsi, dans la mesure où il est nécessaire que le droit dépasse la matérialité des faits pour assurer son application selon des finalités déterminées, l'approche systémique constitue un instrument utile à l'interprétation «constructiviste».

Section I - L'égalité et la discrimination ou la problématique des concepts flous

En débutant cette section, il importe de souligner que le terme même d'égalité pose, à lui seul, une difficulté particulière en matière d'interprétation, dans la mesure où le concept est pris pour acquis sans être expliqué ni encore moins défini. Dans une présentation en mai 1989¹, Mme Marcil-Lacosté² soulignait qu'elle avait repéré dans

¹ MARCIL-LACOSTE L., *Égalité et justice: paramètres d'une dissociation*, in *Droits, libertés démocratie*, J. Lamoureux (dir.), Montréal, ACFAS, 1991, Les cahiers scientifiques no 75, 67.

² Mme Marcil-Lacoste était professeure de philosophie à l'université de Montréal et s'intéressait à la question du concept d'égalité depuis de nombreuses années; MARCIL-LACOSTE L., *La thématique contemporaine de l'égalité: répertoire, résumés, typologie*, Montréal, PUM, 1984. *Égalité des sexes: Actes du colloque international sur la situation de la femme*, tenu à l'Université de Montréal les 23, 24,,25 novembre 1984, Cahier de l'ACFAS # 44, Montréal, ACFAS, 1986.

quelque huit cents écrits théoriques sur le sujet, un peu plus de trois cents désignations ou notions différentes de l'égalité au XXe siècle. Elle écrit:

Il résulte de cette pratique discursive confinant la théorisation de l'égalité à une, deux ou trois notions, c'est-à-dire ignorant d'une manière apparemment systématique la prodigieuse polysémie de la notion d'égalité au XXe siècle, un ensemble d'impasses dont la principale est l'idée rebattue (et pourtant erronée elle aussi) selon laquelle, à propos d'égalité il n'y aurait plus à notre époque que des problèmes d'application.

Pour ne donner qu'un exemple rapide des difficultés rencontrées dans l'appréhension de ce concept, citons cet autre passage de son texte:

À la requête d'égalité morale, d'égalité de droits, d'égalité juridique et politique, se sont en effet ajoutés, et ceci pour les divers domaines de la vie sociale, des requêtes visant à l'égalité d'accès, l'égalité des chances, l'égalité des ressources, des conditions, des richesses, l'égalité de participation, de pouvoir, de statut, de prestige, d'avantages, l'égalité de bien-être, de qualité de vie, de succès, voire de bonheur. Tant et si bien, disons-le sans ambages, qu'il ne semble guère exister de bien réel ou symbolique dont l'accessibilité, la possession, la jouissance ou simplement le partage n'auraient pas été donnés au cours du XXe siècle comme norme décisive de généralisation de l'égalité de fait.

On aurait tort, pourtant d'en rester là car ce tableau macroscopique escamote plusieurs enjeux. Ainsi faut-il souligner que la montée des exigences traduit assez fidèlement les verdicts sévères que l'on multiplie sur l'incomplétude des objectifs atteints en matière d'égalité. De même, après avoir critiqué notamment le XVIIIe siècle pour sa conception trop vague, formelle et juridique d'égalité, la spécification des exigences réelles de l'égalité sociale doit-elle être interprétée comme le pendant attendu d'une égalité de droits qu'on cherche à réaliser dans une égalité de fait.

À lire ce texte, il apparaît rapidement que le droit à l'égalité, tel qu'inscrit, tant dans la loi constitutionnelle que dans les lois interdisant la discrimination, pose un réel problème d'interprétation pour l'interprète judiciaire. Mais attardons-nous quelques instants à l'approche législative dans la reconnaissance de ce droit.

1.1 - L'énoncé normatif d'un principe

La *Loi constitutionnelle de 1982* affirme à son article 15 l'égalité de tous, devant et dans l'application de la loi, de même qu'à l'égard de la protection ou des bénéfices qui en

découlent. De plus, il y est spécifié que l'expression de cette égalité passe par l'interdiction de toute discrimination en raison de motifs propres à une personne.

L'énoncé ne spécifie aucune limite quant à la forme que peut prendre cette discrimination pas plus d'ailleurs qu'il ne définit en quoi elle consiste ou quels en sont les effets ou conséquences prohibés.

Dans l'arrêt *Andrews*³, M. le juge McIntyre écrivait à propos de cet article:

(...) [Qu']Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. (...)

Le concept d'égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchassé au par. 15 (1) de la Charte, c'est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la Charte, ne comporte pas de définition précise.

(...)

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus devant la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (...)

(...)

(...) Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi -- et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre -- la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal (...) une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre⁴.

³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164-172.

⁴ *id.*, p.173-178.

Il terminera cette partie du jugement en disant qu'une telle disposition commande une interprétation libérale plutôt que formaliste dans le respect du sens et de l'objet de la garantie qu'est le droit à l'égalité.

Quant au terme "discrimination", il renvoie, selon le juge McIntyre, au concept général tel qu'il a été développé en regard des lois sur les droits de la personne, sous réserve que le texte de la Charte demeure ouvert quant aux motifs prohibés et qu'on n'y reconnait pas de situations, constituant des exceptions, présumées non discriminatoires.

Examinons donc l'une de ces lois sur les droits de la personne, pour comprendre l'approche législative et vérifier dans quelle mesure le droit à l'égalité a été circonscrit dans ces lois.

Dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵, le législateur québécois a énoncé le droit à l'égalité dans le préambule de la Charte sous forme de l'un des considérants en vertu desquels elle fut adoptée. Il y spécifie que *tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi*; il ajoute que le respect de cette dignité et la reconnaissance des droits et libertés intrinsèques à tout être humain constituent le fondement de la justice et de la paix et qu'ils sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général.

Puis, c'est par une affirmation solennelle des droits et libertés qui en découlent, et, plus particulièrement, par les dispositions anti-discriminatoires que le législateur reconnaît le droit à l'égalité sans pour autant en proposer de définition. En fait, il faut constater qu'ici aussi le choix du législateur s'est porté sur un énoncé de principe plutôt que sur une norme circonscrite, vraisemblablement pour en assurer le caractère dynamique, c'est-à-dire évolutif et continu, cependant qu'il y rattachait une norme d'exercice plus clairement

⁵ L.R.Q. c. C-12.

délimitée. Les dispositions interdisant la discrimination, et ce contrairement à la *Charte constitutionnelle*, font état de la portée et des limites de ce droit dans la mesure où on indique en quoi consiste la discrimination, on y stipule un nombre spécifique de motifs prohibés, on établit des domaines d'application et on identifie les exceptions⁶.

Il s'agit d'une norme d'application qui, à première vue, semble fournir les éléments nécessaires à la reconnaissance du droit à l'égalité sans ambiguïté. Or la jurisprudence et la doctrine sont révélatrices des difficultés d'application de ces dispositions; les exemples ne manquent pas où la diversité de compréhension, et du fait même, de l'interprétation des textes conduit à des résultats passablement variés, plutôt inconsistants à travers les divers paliers du système judiciaire et provocateurs de remous tant dans la société que dans le monde juridique.⁷

Ainsi, on peut penser que même sous sa forme de norme d'application le droit à l'égalité repose sur des concepts flous qui posent problèmes.

1.2 - Une application liée à des concepts flous

Pour l'essentiel, l'interdiction de la discrimination imposée par les lois sur les droits de la personne s'appuie sur un autre concept non défini, celui de la discrimination, dont même la portée et les limites se traduisent par des éléments ouverts à l'interprétation.

⁶ Cette approche de la discrimination est essentiellement celle retenue par les diverses législatures provinciales de même que par la Chambre des communes pour ce qui est de juridiction fédérale.

⁷ Mentionnons à titre d'exemple, l'affaire impliquant la CDP et la Ville de Brossard; dans cette affaire, l'interprète du droit devait se pencher sur le critère d'état civil en tant que motif interdit de discrimination dans le contexte d'une politique anti-népotisme. On peut y constater un éventail d'opinions reflétant une diversité de compréhension et donc d'interprétation des dispositions législatives entre les divers paliers des cours impliquées. Il en est de même dans l'affaire récente communément appelée Bergevin du nom de l'arbitre qui en première instance a eu à se prononcer sur l'obligation d'accommodement en regard des croyances religieuses.

On y lit qu'*une distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance ou à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne constitue de la discrimination lorsque fondée sur l'un des motifs mentionnés*. Cette formulation pose un problème à l'interprète du droit car elle conditionne, en quelque sorte, la reconnaissance de chaque élément à l'existence de chacun des autres éléments dans une relation bouclée. Ce qui revient à dire que la discrimination ne se démontre pas par l'existence distincte de chaque élément mais plutôt par la relation qui existe entre eux; il s'agit de la définition d'une situation dynamique plutôt que des éléments qui la constituent.

Ceci veut dire également que, bien que l'on puisse proposer pour chaque élément, séparément, une définition propre, le fait que la discrimination se définisse par les rapports qui les unissent modifie cette conjoncture pour en faire des concepts flous qui doivent être redéfinis à chaque nouvelle situation présumée de discrimination prohibée.

C'est ce que reconnaît implicitement la Cour Suprême dans l'arrêt *Ville de Brossard*⁸ lorsqu'elle discute de l'état civil relatif. C'est dans l'interaction des éléments qu'apparaît la définition de l'état civil pour conduire à la reconnaissance de la situation de discrimination en l'espèce. La politique anti-népotisme de Ville de Brossard atteignait le droit de la jeune fille à un emploi non pas en vertu de son état civil particulier mais à cause des liens d'état civil existant entre elle et sa mère. Ainsi, la définition d'état civil prend son sens à travers l'interprétation des faits juridiques constituant la globalité de la situation de discrimination.

Bref, il est possible de dire que le droit à la non-discrimination tout comme le droit à l'égalité constitue un concept flou dans la mesure où il repose sur l'articulation d'éléments

⁸

Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec, [1988] 2 R.C.S. 279.

dont la définition demeure formellement ouverte et essentiellement reliée à la dynamique même du droit à la non-discrimination.

Cette situation particulière est à l'origine d'une approche interprétative qui favorise l'émergence du droit à travers des concepts que l'on peut qualifier de flous mais également de dynamiques, comme nous le verrons plus loin.

Section II - La discrimination et son interprétation en variance de la théorie générale

Pour bien situer cette approche interprétative, il apparaît important à ce stade-ci de rappeler sommairement les règles de la théorie générale d'interprétation, ses limites et exceptions, particulièrement en matière constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle puisque c'est à ce niveau que l'on situe la reconnaissance des droits de la personne.

2.1 - Les règles d'interprétation et les concepts flous

Plusieurs articles et ouvrages importants ont été écrits sur le sujet de l'interprétation des textes⁹, comme le rappelle le professeur Côté. Il s'agit d'un sujet d'intérêt au centre des préoccupations des juristes mais également des divers spécialistes des sciences sociales¹⁰ qui se penchent sur le sens des textes et des processus pour y parvenir. Il faut noter cependant qu'en droit, le sens des textes présente une caractéristique spéciale, que l'on peut qualifier de particularité fonctionnelle, dans la mesure où on cherche principalement à établir le contenu de la règle de droit ainsi que son domaine

⁹ Voir notamment: CÔTÉ P.-A., *L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes*, (1990) 50 R. du B. 329. CARIGNAN P., *De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles*, (1986) 20 R.J.T. 27. HÉBERT J.-C., *Interprétation des lois. La Charte canadienne et l'interprétation des lois*, (1993) 53 R. du B. 407. CÔTÉ P.-A., *Interprétation des lois*, (2e édition) Cowansville, Yvon Blais, 1990. OST F. et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires St-Louis, 1987.

¹⁰ CÔTÉ P.-A., *L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes*, (1990) 50 R. du B. 329, p. 330.

d'applicabilité, l'objectif étant essentiellement l'application éventuelle de cette règle à une situation de faits.

Cependant, puisqu'il s'agit d'un processus, il est intéressant de l'examiner à l'aide du postulat, mis de l'avant par J.L. Le Moigne dans sa théorie du système général,¹¹ à l'effet qu'il existe pour toute fonction ou processus un référentiel triadique permanent qui est constitué des paramètres temps-espace-forme (T E F). Il soumet qu'un processus est l'acte par lequel survient tout changement de la matière, de l'énergie ou de l'information dans le temps. Dans cette dynamique les paramètres T E F permettent d'appréhender ou de déterminer les effets et conséquences tout autant que d'apprécier les limites et la portée du processus. Nous proposons donc d'observer à travers cette approche les règles d'interprétation des dispositions ou textes législatifs.

L'interprétation en droit constitue une activité essentielle, un processus nécessaire à l'application des normes juridiques; voyons comment cette activité intègre le référentiel triadique, nous permettant ainsi de distinguer les règles d'interprétation entre elles et de voir comment celles-ci s'adaptent à l'aide de ces paramètres aux objectifs qui les soutiennent.

L'approche de Le Moigne repose également sur une vision dichotomique du phénomène observé; il comprend nécessairement un processé (la règle d'interprétation) et un processeur (l'interprète) qui interagissent dans le temps de manière irréversible, entraînant un changement de forme de l'objet qui trouve application dans l'espace. L'objet ne nous intéresse plus par ce qu'il est, mais par ce qu'il devient dans un espace donné; en d'autres mots, la disposition législative interprétée prend forme et s'applique aux faits juridiques étudiés, c'est là l'intérêt du processus.

¹¹ LE MOIGNE J.-L., *La théorie du système général, théorie de la modélisation*, (2e édition) Paris, P.U.F., 1984.

Ainsi, au même titre qu'en science on dit que l'objet existe dans le temps, le juriste dira que la loi ou la disposition législative s'interprète en regard du moment de son adoption; il s'agit d'une "temporalité" statique ou dynamique selon la qualification formelle attribuée à la disposition législative au titre de "l'intention du législateur", l'expression de cette volonté étant déterminée ou formée au moment de l'adoption de la loi.

La forme de la disposition législative qui découle de l'interprétation se situe, quant à elle, dans la juridicité du droit, c'est-à-dire qu'elle constitue le trait spécifique de la régulation des rapports sociaux dans l'éventualité d'un jugement; la disposition est objet d'interprétation tant par le sujet de droit, à l'égard de la situation d'espèce, que par le juriste ou le juge. Cependant ce qui nous intéresse ici, c'est l'intervention de l'"interprète du droit" c'est-à-dire, le juge. Il faut donc comprendre que la disposition, du fait de l'intervention de l'interprète, ne peut connaître de forme préétablie et permanente. Sa forme se précisera dans l'espace de son application, le rôle de l'interprète étant précisément de donner un sens à son expression dans cet espace.

Rappelons, comme l'ont exprimé dans le passé plusieurs auteurs¹², que par sa nature générique, la disposition législative constitue essentiellement un modèle idéal ou un instrument de mesure *permettant d'apprécier chaque fois que ses conditions d'application sont réunies comment les choses doivent être*¹³. Il en découle une relation très étroite entre la forme et l'espace dans l'interprétation de la disposition, comme nous le verrons plus loin.

¹² JEAMMAUD A., *Norme et règle de droit*, Lyon, Annales Faculté de Droit, 1972-II, 105; Groupe stéphanois de recherches, *Les mutations des formes de droit*, Procès - Cahiers d'analyse politique et juridique, Approches critiques du droit, (1982) v.9 p.5; AMSELEK P., *Méthodes phénoménologiques et théorie du droit*. 1963, Paris, L.G.D.J.

¹³ Groupe stéphanois, précité note 13, p. 11.

A ce stade-ci, il importe de comprendre que si la disposition législative constitue un modèle idéal, de référence généralisée et obligatoire, son interprétation conduira à un nombre indéterminé de mises en oeuvre, sa forme se précisant dans l'espace d'application. C'est cette particularité relative à la généralité d'application, nécessaire pour la reconnaissance de sa normativité, qui conduira le législateur à adopter une expression plus ou moins ouverte dans le libellé du texte de la disposition législative. À l'opposé, le texte d'un jugement, et plus particulièrement son dispositif, constitue non plus un modèle mais la concrétisation d'une forme déterminée, dans un espace donné, à un moment précis, de la disposition législative ou, en d'autres mots, le jugement constitue le produit final et irréversible de l'interprétation de la disposition, par son interprète, en regard de son espace d'application et des faits en cause.

Les règles d'interprétation interviendront donc pour donner un sens à l'expression du législateur, non seulement dans le temps et dans l'espace mais surtout et avant tout, dans la forme de cette expression. ?

Ainsi le principe général posera la règle de la conformité au texte législatif, c'est-à-dire que l'application doit en principe se modeler sur la disposition législative, ce qui suppose que celle-ci ait été préalablement interprétée. Cette approche séquentielle de l'interprétation convient à une certaine forme de disposition législative, particulièrement celles qui fixent non seulement les contours de la situation juridique mais également les modes et modalités de son application. Cependant, il existe par ailleurs un autre principe qui prône, ce que certains ont appelé, la compatibilité¹⁴, par opposition à la conformité aux dispositions législatives, qui laisse à l'interprète le soin de déterminer la forme d'application de la règle selon des références juridiques ou extra-juridiques plus ou moins explicites, plus ou moins prévisibles; c'est le cas de l'interprétation téléologique des concepts flous.

¹⁴ idem p. 18. Les auteurs discutent ici de dispositions conférant un pouvoir discrétionnaire à des instances administratives, cependant il nous apparaît que la terminologie autant que le principe peuvent être transposés dans le cadre des dispositions législatives promulguant des concepts flous.

L'interprétation passe alors par le développement fonctionnel du concept en regard des objectifs du législateur, ce qui entraîne non pas une modification du mode d'expression législatif d'un droit mais correspond davantage à l'extension du champ de la régulation juridique à un nombre plus grand et plus précis de situations de faits dans la sphère d'activités concernées. Cette démarche marque en quelque sorte l'appartenance du procédé à ce que l'on peut qualifier de "contrôle social" plutôt qu'à la pratique de vérification de conformité à la disposition législative puisque dans son interprétation c'est la mesure d'un comportement, d'une conduite sociale, selon une normalité souhaitée par le législateur qui guidera l'interprète et qui sera déterminante de l'étendue et de la portée de la disposition.

Le concept flou, en regard du "contrôle social", répond à une qualification qui s'inscrit dans l'une ou l'autre des perspectives suivantes: soit le renforcement de l'encadrement d'une liberté des sujets en posant des bornes, ce qui est plus susceptible de répondre aux objectifs de persuasion, de légitimation ou de généralisation par l'énoncé d'un principe fondamental reconnu, ou encore l'assouplissement de la norme en laissant plus d'initiative aux sujets dont les actes sont visés, ce qui s'articule plutôt autour de l'indétermination de forme et par conséquent d'une plus grande imprévisibilité des résultats d'application. Quoiqu'il en soit toute norme, fut-elle de facture: disposition claire, énoncé de principe ou concept flou, remplit une fonction de régularisation propre au système juridique et suppose l'intervention de l'interprète du droit dans son application. Le procédé appartient à la nécessité reconnue de la prévisibilité des relations juridiques entre sujets de droit de même qu'à la prévisibilité¹⁵ des solutions juridiques applicables aux situations visées.

15

Selon Max Weber, "le droit moderne est un droit formellement rationnel, c'est-à-dire qui subordonne l'activité juridique à des principes ou concepts abstraits (...) [cette] subsumption de la loi (...) en fait un cadre qui permet de rationaliser les activités sociales, de le faire entrer dans le domaine du prévisible et du calculable"; tiré de VINCENT J. M., *Remarques sur Marx et Weber comme théoriciens du droit et de l'État*, Archives philo-droit, Tome XII, Sirey, 1967, p. 229, 235.

Pour atteindre cet objectif, les juristes ont développé ce que le professeur Côté appelle la «théorie officielle de l'interprétation des lois»¹⁶. Il nous dira qu'on peut la qualifier d'officielle, compte tenu qu'il est possible de constater sa consécration par les tribunaux et, jusqu'à un certain point, par le législateur lui-même. C'est la théorie qui fonde le discours de base des juristes en matière d'interprétation.

Elle pose, comme postulat initial, que tout texte législatif exprime l'intention du législateur et, qu'en conséquence, toute interprétation du texte se situe dans la découverte et la révélation de cette intention. Cette notion peut couvrir tant l'objectif poursuivi par le législateur que le résultat concret émergeant du texte édicté, cependant qu'elle se distingue de la démarche ou du processus d'adoption et des personnes qui y ont participé. Bref, un texte de loi exprime cette notion d'intention et il appartient aux tribunaux d'examiner chaque mot pour y découvrir le sens que le législateur y a manifestement introduit.

Plusieurs règles d'interprétation découlent de ce postulat. La première nous ramène au paramètre du temps de Le Moigne, en posant la dimension temporelle de la disposition législative; la loi ayant été adoptée à un moment précis dans le temps, il existe donc un contexte historique qui doit être respecté dans le sens à donner au texte. La deuxième règle de la théorie concerne la forme et établit que le texte est l'expression exacte de la pensée unique du législateur, on ne peut donc en déduire qu'un seul sens, le «sens véritable», qui apparaît «facilement» d'un texte clair mais qui nécessitera le recours aux principes d'interprétation lorsque le texte est ambigu.

Finalement, quant au paramètre de l'espace, mentionnons que selon la théorie officielle, l'application de la loi, ou si l'on préfère l'effet (ou les effets) en découlant, est totalement dissociable de l'interprétation puisque l'un résulte de l'autre et qu'il appartient au législateur de déterminer le résultat recherché et d'édicter le texte en conséquence.

¹⁶ id., p.331.

L'interprétation précède donc obligatoirement l'application, qui ne peut d'aucune façon influencer sur le sens d'un texte.

P.A. Côté nous dira que cette théorie prescrit *comment les choses devraient se passer* plutôt que de *décrire comment elles se passent*¹⁷. En fait, il s'agit davantage d'une doctrine fondée sur l'idéologie statique¹⁸, qui vise à garantir entre autres la souveraineté du Parlement, la stabilité des système judiciaire et juridique et la sécurité du droit opposable aux justiciables ou, tel que mentionné plus tôt, la prévisibilité d'application des dispositions législatives.

Il nous apparaît toutefois que le processus d'interprétation est, dans les faits, plus dynamique que ce que nous venons de décrire tout en s'articulant sur ce discours statique, qu'il prend en considération la nature et les caractéristiques de la loi, le domaine de droit applicable ainsi que *la recherche d'une solution raisonnable à un problème réel et concret*.¹⁹ Il en est ainsi de l'interprétation en matière de droit constitutionnel, où il est reconnu que ce champ particulier appelle notamment une interprétation dynamique, c'est-à-dire évolutive plutôt qu'historique. Nous examinerons sommairement cette approche pour ensuite aborder l'interprétation propre aux droits de la personne.

¹⁷ CÔTÉ P.A., précité note 11, p.336.

¹⁸ WROBLEWSKY J., *Interprétation juridique dans Dictionnaire encyclopédique de théorie et de la sociologie du droit*, ARNAUD A.-J. (dir) Paris L.C.D.J. 1988 p. 201. CARIGNAN .P, précité note 10.

¹⁹ CÔTÉ P.A., précité note 11, p. 339.

2.2 - Les règles d'interprétation et les valeurs fondamentales

Au préalable il importe de rappeler ce qui fait aujourd'hui consensus parmi les théoriciens²⁰ du droit moderne, à savoir que les juges participent à la création du droit à travers l'interprétation des textes juridiques dès lors qu'ils choisissent le sens le plus probable découlant d'un texte. Ils contribuent à la création de la réalité juridique et interviennent avec leurs valeurs et leurs bagages socio-juridiques²¹; l'observateur n'est pas indépendant de l'observation, il y intervient par la discrétion qu'il exerce dans l'interprétation de *la relative indétermination des règles contenues dans les textes législatifs*²² et des faits juridiques qui en découlent.

Rappelons également, à l'instar du professeur Carignan, que la Cour Suprême l'a reconnu il y a déjà plusieurs années dans l'arrêt *Hill c. La Reine*²³ où M. le juge Laskin écrivait:

(...) Dans la grande majorité des cas où il faut interpréter une loi et où la conclusion dépend de l'interprétation, il importe peu que l'on choisisse l'une ou l'autre règle d'interprétation (la règle de l'interprétation littérale, autrement dit la règle d'or, ou la règle de la recherche de l'objectif de la législation).

(...) À mon avis, nous ne pouvons éviter de faire notre détermination de ce qu'est l'objectif, ou la politique, de la loi quelle que soit la règle d'interprétation proposée; à vrai dire, nous le faisons en déclarant appliquer une règle plutôt qu'une autre²⁴.

C'est le cas particulièrement des textes législatifs qui promulguent des principes rédigés dans une forme générale et imprécise à l'aide de *termes abstraits et difficiles à définir* et

²⁰ Voir notamment les textes des professeurs Carignan et Côté, précité note 10, qui mentionne nombres d'auteurs ayant abordés cette question.

²¹ IVAINER T., *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., T. 30, 1988.

²² CÔTÉ P. A., *Interprétation des lois*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1982, p.5.

²³ [1977] 1 R.C.S. 827.

²⁴ *id.* p. 831.

imposant *des standards de la plus grande relativité*²⁵. La discrétion judiciaire s'exercera alors avec acuité et discernement pour favoriser le respect de ce que l'interprète prononcera être les objectifs de la loi. Le domaine de droit applicable et les conséquences qui s'y rattachent influenceront d'autant sur la marge de manoeuvre du juge; qu'il nous suffise de mentionner les lois pénales où, de façon générale, lorsque les textes manquent de précision les juges en font une lecture restrictive, compte tenu des effets sur le justiciable.

En matière de droit constitutionnel, par ailleurs, l'interprétation appartient davantage au mode téléologique et dynamique plutôt que littéral et statique. Plusieurs raisons expliquent cette situation. La première est qu'il s'agit de textes fondamentaux à l'organisation de l'État et de la Société, qui se doivent d'être lus en compatibilité avec la complexité de cet État et de cette Société. D'une part, ces textes sont rédigés et adoptés selon des procédures qui visent essentiellement à en assurer la stabilité et, jusqu'à un certain point, la pérennité en rendant toute révision ou modification laborieuse et exigeante. Cet objectif explique, d'autre part, le style de rédaction qui compose, à la fois, avec l'énoncé de principes qui fixent les règles supraétatiques régissant la Société et avec l'énoncé de normes régissant l'organisation de l'État.

Ainsi, pour l'interprète du droit constitutionnel son rôle se situe dans la poursuite de cet objectif tout en assurant que les textes trouvent application dans une Société qui se modifie, qui évolue continuellement. Pour remplir ce rôle adéquatement les tribunaux s'inspirent des finalités des textes et orientent leur interprétation vers la construction de la réalité juridique actuelle, la plus susceptible de respecter ces finalités. Dans cette dynamique, on doit comprendre que le sens du texte n'est pas déterminé au moment de son

²⁵ BEETZ J., *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*, dans CRÉPEAU P.A. et C.B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, P.U.M., 1965, p.116.

adoption, mais plutôt que le contexte de son adoption permet d'en saisir les finalités, pour en rendre le plein sens dans le moment présent²⁶.

Certains auteurs²⁷ proposent qu'à cet effet le droit constitutionnel constitue un créneau à part dans le champ de l'interprétation des lois. Ils citent à cet égard de nombreux exemples²⁸ où la Cour suprême a tenu un discours explicite reconnaissant la nécessité d'interpréter différemment la loi constitutionnelle de toute autre loi dans la mesure où :

(...) Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une Déclaration ou une Charte des droits, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées²⁹.

Ces propos, qui visent à justifier une interprétation téléologique et dynamique ou, en d'autres mots, créatrice d'une jurisprudence évolutive dans le champ du droit constitutionnel, laissent effectivement supposer que ce champ est unique dans le rôle créateur du pouvoir judiciaire, en raison des particularités du processus d'adoption et de révision de ces lois.

Mais lorsqu'on examine la situation sous l'angle des droits de la personne et que l'on considère que chaque législature au Canada a, au cours des dernières décennies, adopté, amendé et abrogé des lois en ce domaine, on peut s'interroger à savoir si le processus

²⁶ Dans la décision *Hills c. Canada (P.G.)* [1988] 1 R.C.S. 513, Madame le juge L'Heureux-Dubé souligne (p. 541-543) que l'historique législatif, par le rappel du contexte de l'adoption d'une loi, permet d'en déterminer l'objet plutôt que le sens du texte, celui-ci étant davantage obtenu par l'interprétation en fonction du sens courant des termes utilisés par le législateur.

²⁷ CARIGNAN P., précité note 10, p.49-53.

²⁸ Voir notamment *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145.

²⁹ *Hunter c. Southam Inc.*, précitée note 29, p. 155-156.

d'adoption constitue véritablement un fondement au rôle créateur du pouvoir judiciaire en regard du droit constitutionnel. La nature du texte, ses finalités et les valeurs qu'il promulgue nous apparaissent influencer ou motiver davantage l'interprète à la création dans un domaine où l'application des textes est complexe et dynamique et relève du "contrôle social", de la compatibilité d'une conduite, d'un comportement avec la normalité déterminée par le législateur plutôt qu'en fonction de la conformité à une disposition législative.

Quoi qu'il en soit, nous retenons à ce stade-ci qu'en matière d'interprétation du concept de discrimination, la Cour suprême³⁰ a proposé d'interpréter le texte de la constitution à la lumière de la création jurisprudentielle en regard des diverses lois sur les droits de la personne; ce faisant elle importe dans le champ de la constitution un modèle développé à partir de textes qui sont, à tout le moins, énoncés dans une formulation plus précise et plus spécifique que ce que l'on retrouve dans la loi de 1982. À première vue, cela semble plutôt inhabituel en matière de règles d'interprétation juridique, puisque cela signifie que l'inspiration proviendrait non plus du constituant lui-même mais plutôt de l'intention du législateur, en fait de l'ensemble des législateurs ayant présidé à la promulgation de chacune de ces lois. Mais si nous postulons que ce sont les valeurs et les finalités identiques de ces lois qui inspirent la démarche de la Cour, et non le processus d'adoption ou la formulation de ces textes, la situation devient rapidement plus claire et plus propice aux règles d'interprétation qu'on nous propose. Chacune de ces dispositions constitue alors, aux termes de la dimension formelle de l'interprétation, un modèle idéal similaire à l'autre par l'identité des valeurs ou finalités qui les fondent.

Le fait que l'on ait qualifié chacune de ces lois de quasi-constitutionnelles renforce à notre avis la prétention que ce sont les valeurs véhiculées par ces textes qui suscitent

³⁰ voir le texte de la première partie relativement à la décision *Andrews*, précité note 4.

l'exercice de création dans l'interprétation, l'exercice de construction d'une réalité juridique conforme aux finalités de ces textes, qu'ils soient constitutionnels ou non.

Section III - Le constructivisme et la modélisation: des outils d'interprétation

Avant d'aborder la modélisation comme telle, il importe d'expliquer pourquoi nous qualifions le mode d'interprétation privilégié par la Cour Suprême de constructiviste. A cet effet, nous rappellerons brièvement en quoi consiste le constructivisme et quels en sont les liens avec la démarche de la Cour.

3.1 - Une approche cognitive transdisciplinaire

Le constructivisme en sciences, et plus particulièrement en sciences humaines, s'intéresse aux processus cognitifs pour identifier les limites de ce qu'il nous est possible de connaître. Il postule, contrairement au modèle cartésien, que la connaissance repose sur l'observateur, sur l'interaction entre celui-ci et l'objet observé³¹. C'est donc à travers l'observateur que l'objet prend son sens, que sa nature se révèle et que ses lois se définissent. Le rôle de l'observateur est fondamental puisque ce sont ses connaissances, ses valeurs, son langage qui détermineront les paramètres qui conduiront à la définition de l'objet. Dans cette théorie, la réalité est le produit de la corrélation entre l'observateur, son expérience, ses connaissances et la perception de l'objet par ses sens.

A cet effet, Jean Piaget disait que la connaissance ne procède pas du simple cumul d'observations, elle est nécessairement le résultat d'une activité structurante de la part de

³¹ SEGAL L., *The Dream of Reality, Heinz von Foerster's Constructivism*, New York, W.W. Norton, 1986; WATZLAWICK P. (Ed.) *The Invented Reality. How Do We Know What We Believe We Know?* New York, W.W. Norton, 1984; VON FOERSTER H., *On Constructing a Reality, in Observing Systems*, Seaside, CA, Intersystems Publications, 1981, 295; PLATELLI-PAIMARINI M., *Language and Learning, The Debate Between Jean Piaget and Noam Chomsky*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

l'observateur³². Cela signifie également que les «faits» n'ont pas d'existence propre, qu'ils n'existent qu'à travers l'interprétation de l'observateur; en droit, nous parlerons des «faits juridiques» ou des faits qui ne prennent leur sens qu'à travers le prisme du droit applicable, tel qu'interprété par le juge. Ce constat induit également le suivant, que l'objectivité dans l'observation est un mythe dans la mesure où elle est définie comme l'absence de parti pris ou comme la reconnaissance de l'existence d'un fait indépendant de la pensée de l'observateur³³. Il en ressort que l'interaction de l'observateur avec l'objet façonne l'observation selon les modèles de connaissance de celui-ci qu'il soit interprète du droit ou observateur des faits³⁴.

Le troisième élément qui nous intéresse dans la théorie du constructivisme est le rapport de la connaissance au langage et, plus particulièrement ici, les formes du langage juridique. Le constructivisme postule que les formes du langage sont déterminantes dans le processus cognitif. Il en est ainsi, par exemple, des syllogismes ou du raisonnement par l'application de la règle de la causalité. La construction d'un raisonnement par syllogisme, qu'il soit déductif ou inductif, repose sur des propositions et conclusions qui sont le fait d'un observateur et donc de ses connaissances et de son expérience. Le syllogisme constitue un procédé de langage logique, conscient ou inconscient, qui est, somme toute, essentiellement rattaché à son auteur.

La forme d'explication logique que constitue la causalité nous interpelle encore plus directement en regard du raisonnement juridique, puisqu'elle est partie intégrante de ce

³² "Fifty years of experience have taught us that knowledge does not result from a mere recording of observations without a structuring activity on the part of the subject." Piaget (1980) tiré de PIATELLI-PAIMARINI M, précité note 32, p. 23.

³³ Nouveau Dictionnaire encyclopédique, Larousse Sélection, vol.I, Les noms communs, Paris, Librairie Larousse, 1988.

³⁴ On peut penser ici à la décision *Ville de Québec c. C.D.P.Q.* [1988] R.J.Q. 831, où la Cour d'appel tire la conclusion qu'il n'y a pas de discrimination systémique parce que les faits de la cause ne révèlent pas les effets multiples mis en évidence dans la décision *Action Travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* [1987] 1 R.C.S. 1114.

raisonnement dans le contexte d'une réclamation judiciairisée. La causalité se définit généralement comme une forme d'explication où la cause précède l'effet, qui se produit selon un principe connu et identifiable; il en est ainsi de l'objet que l'on retrouve sur le sol, la cause en est la chute, l'effet celui de l'objet reposant par terre et le principe efficient, la gravité.

Pour les constructivistes, la causalité peut-être efficiente, finale ou circulaire. Dans la causalité efficiente la cause précède l'effet et le lien est le résultat d'une règle de transformation, d'un principe efficient, alors que la causalité finale constitue une forme d'explication où l'effet précède la cause, c'est-à-dire que l'effet recherché ou identifié entraîne une action déterminée ou particulière le produisant³⁵. Finalement la causalité circulaire consiste en une forme explicative où la cause et l'effet interagissent à tour de rôle pour produire une stabilité dynamique³⁶. En somme, on peut dire que lorsque l'on considère la causalité comme une forme explicative du langage, plutôt que comme une règle absolue, on est mieux à même de saisir le lien (les liens) qui unit (unissent) l'effet et la cause d'un phénomène et de construire la réalité qui les unit.

En matière de définition de la discrimination, la Cour suprême a largement eu recours à cette approche. Elle a clairement utilisé la causalité efficiente³⁷ pour reconnaître la discrimination, tant directe et qu'indirecte, mais elle a également utilisé la causalité finale pour reconnaître et expliquer le processus de production de la discrimination de même que la causalité circulaire pour admettre la discrimination systémique³⁸.

³⁵ L'exemple utilisé par Von Foerster, lors d'une conférence est le suivant: "pour être ici à 9:00 j'ai dû quitter Pescadero à 7:20. L'effet, quitté la maison à 7:20, a été causé par mon désir d'être ici avec vous à 9:00. Ce faisant l'effet a précédé la cause" anecdote racontée dans SEGAL L., précité note 32, p. 52.

³⁶ SEGAL L., précité note 32, pp. 49-54.

³⁷ Ville de Brossard, précité note 9. *K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

³⁸ *Action travail des femmes (A.T.F.)*, précité note 35.

Mais, plus important encore, la Cour a construit la réalité juridique de la discrimination. Nous allons tenter d'en faire état en présentant les quelques décisions où elle a proposé de définir ce que ni le constituant ni le législateur n'avaient défini; ce faisant, elle a déterminé les paramètres d'un modèle idéal qui se veut dynamique et respectueux des valeurs fondamentales et des finalités des chartes ou lois sur les droits de la personne.

3.2 - Une méthode d'interprétation pour la construction de la réalité juridique

Au fil des ans, la Cour a proposé différentes définitions de la discrimination assorties de règles et d'une démarche d'interprétation qui dénotent, à notre avis, une évolution conceptuelle de la notion juridique de la discrimination et qui tendent à démontrer qu'il s'agit d'un concept unique à composantes variables.

Ainsi et bien que la loi impliquée, pas plus d'ailleurs qu'aucune des lois sur les droits de la personne, ne fait une telle distinction, la Cour Suprême distingue, dans l'arrêt *O'Malley*, entre discrimination directe et indirecte. A cet effet la Cour nous dira qu'*«il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé.»* Dans le cadre d'une telle définition, la causalité peut être tant efficiente que finale, puisqu'essentiellement l'employeur peut aussi bien adopter une politique qui sera responsable de l'effet constaté, qu'à l'inverse, voulant atteindre un objectif donné, il adopte la politique voulue. En somme, la Cour constate qu'il s'agit d'un système simple où le petit nombre d'éléments permet d'observer que la relation et l'interaction sont respectivement directe et linéaire. L'élément déclencheur recherche et produit l'exclusion de la personne caractérisée par le motif prohibé.

Un peu plus loin dans cet arrêt, M. le juge McIntyre décrit ainsi la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (discrimination indirecte):

[Ce] genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés³⁹.

alors que dans l'arrêt *Action Travail des femmes*, M. le juge Dickson la définit comme suit:

[l']imposition d'obligations, de peines ou de conditions restrictives résultant d'une politique ou d'une pratique qui est neutre à première vue, mais qui a un effet négatif disproportionné sur un individu ou un groupe d'individus en raison d'une caractéristique spéciale de cet individu ou de ce groupe d'individus⁴⁰.

Tel que décrit, le phénomène se compose, ici également, d'un nombre limité d'éléments en interaction linéaire, cependant qu'ils sont en relation indirecte avec la personne caractérisée par un motif prohibé. Bien que la règle vise un but précis non discriminatoire, elle produit l'effet prohibé sur la personne du fait de la présence de la caractéristique ou du critère interdit. Le motif constitue le principe efficient qui relie les éléments entre eux dans la production de l'effet discriminatoire, engendrant un effet indirect mais certain de la règle observée.

Les deux autres définitions qui nous intéressent sont tirées des arrêts *Action Travail des femmes*⁴¹ et *Janzen*⁴². Elles illustrent l'application de la causalité circulaire entre effet et cause et la nécessité de recourir, pour saisir la complexité du phénomène, à une

³⁹ *O'Malley*, précité note 38, p.551.

⁴⁰ A.T.F., précité note 35, à la page 1137.

⁴¹ A.T.F., précité note 35. Cette décision porte sur l'exclusion des femmes dans les emplois non traditionnels de la Compagnie Canadien National.

⁴² *Janzen c. Platy Entreprises ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

interprétation qui examine tant les faits que les dispositions législatives pour en déterminer la règle de droit.

M. le juge en chef écrit, dans l'arrêt *Action Travail des femmes*, que

[la] discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces naturelles, par exemple que les femmes ne peuvent tout simplement pas faire le travail⁴³.

et dans l'arrêt *Janzen*, il écrit que la Cour fait sienne la définition de discrimination contenue au *rapport Abella*⁴⁴ :

[la] discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel.

La Cour Suprême énonce, dans ces deux extraits, les caractéristiques essentielles à la compréhension de la notion même de discrimination dite systémique dans un contexte d'emploi. Il s'agit d'une situation où un effet négatif relié à l'un des motifs prohibés peut être constaté. Cependant cette situation se distingue par le fait que nous sommes en présence d'un système complexe où les éléments sont nombreux; de plus, aucun de ces éléments ne peut à lui-seul ou par lui-même produire l'effet discriminatoire constaté. L'effet résulte de relations multiples, d'interactions et d'interrelations composées. Il découle d'un ensemble de situations, activités ou processus qui ne visent pas directement ou indirectement à discriminer mais qui dans leur application tiennent compte des caractéristiques réelles ou présumées du groupe visé, ou encore intègrent des "normes" procédant

⁴³ A.T.F., précité note 35, p.1139.

⁴⁴ ABELLA R, *Égalité en matière d'emploi. Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p. 2.

de représentations symboliques communément admises et qui, par l'application des règles ou pratiques en découlant, connaissent un renforcement. En somme, il s'agit d'une situation complexe qui se prête mal à une approche juridique simple fondée sur les seules causalités efficiente ou finale.

Au printemps 1989, la Cour Suprême rendait le premier jugement portant sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et liberté*. Il s'agit de l'arrêt *Andrews*⁴⁵, où M. le juge McIntyre écrit à la page 175:

[J']affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Ce jugement présente la dernière définition de la Cour sur le concept de discrimination. Ainsi placées les unes à la suite des autres ces citations démontrent l'évolution du droit, à travers l'interprétation des dispositions législatives, dispositions qui n'ont pas changé par ailleurs. C'est donc par l'interprétation que l'on favorise la reconnaissance, par le droit, du phénomène social que constitue la discrimination et de l'unicité du phénomène.

L'interprétation des dispositions législatives a permis à la Cour de dire qu'il n'existe qu'un seul concept dont les variables interagissent entre elles pour produire des effets directs ou indirects. Le phénomène peut être simple ou multiple, homogène ou complexe, mais en tout temps il fait appel à l'interprétation des faits pour sa reconnaissance en droit et sa mise en évidence.

⁴⁵ *Andrews*, précité note 4. Cette définition a été reprise notamment dans *R. c. Turpin* [1989] 1 R.C.S. 1296, *McKinney c. University de Guelph* [1990] 3 R.C.S. 229, *Stoffman c. Vancouver General Hospital* [1990] 3 R.C.S. 483 et *Symes c. Canada* rendu le 16 décembre 1993.

Ce faisant, la Cour s'écarte de la démarche traditionnelle d'interprétation et, partant du principe que les lois antidiscriminatoires ne visent pas la reconnaissance de la responsabilité de l'auteur de la discrimination mais plutôt à faire cesser les pratiques discriminatoires, elle affirme qu'il est essentiel que l'interprétation de tout ce qui compose le phénomène juridique de la discrimination se fasse à la lumière des finalités de la Loi.

Il s'agit là d'une démarche que la Cour a suivie également dans la définition même des éléments constitutifs⁴⁶ de la discrimination. Selon cette interprétation, la portée et le sens donné à chaque élément doit prendre en considération la nature spéciale de ces lois, c'est-à-dire les valeurs qu'elles promulguent et les finalités qu'elles recherchent. Ainsi, et contrairement au discours de la théorie officielle, c'est le contexte de la Loi et la lecture des faits dans ce contexte, qui doit primer dans la définition des éléments constitutifs de discrimination. Ce sera l'indissociabilité entre motif, personne visée, source et effet discriminatoire qui permettra, par exemple, de fixer les limites des motifs et, inversement, d'en connaître la définition ou la portée.

Cette démarche de la Cour, qui s'appuie pour l'essentiel sur des situations où la discrimination survient dans un contexte où les éléments sont homogènes et peu nombreux, les relations sont binaires et linéaires et les interactions directes ou indirectes, met en évidence les difficultés du droit à cerner ces concepts flous qui couvrent une réalité complexe. Ceci est encore plus vrai dans le cas de la discrimination systémique où les éléments sont nombreux, les interactions multiples et les relations circulaires.

En somme, la Cour suprême a utilisé une interprétation constructiviste en définissant le droit à l'aide des faits observés à travers le prisme des finalités et des valeurs promulguées par les lois sur les droits de la personne. Elle a développé un modèle de la

⁴⁶ C'est le cas notamment des arrêts *Université de Colombie Britannique c. Berg*, [1993] A.C.S. 55; *Ville de Brossard*, précité note 9; *Janzen*, précité note 43; *Andrews*, précité note 4; *Brooks C. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

discrimination qui repose sur la compréhension du phénomène et dont les paramètres d'interprétation demeurent identiques d'une loi à l'autre.

Nous nous proposons en terminant cette partie d'examiner une approche d'analyse qui présente les avantages particuliers de joindre les objectifs du raisonnement constructiviste, soit de viser à rendre intelligible un phénomène par la construction de la réalité en l'occurrence la modélisation, et les objectifs d'application de la règle de droit par le biais de l'interprétation juste de cette règle, en postulant l'interaction entre l'observateur, ici l'interprète, et l'objet c'est-à-dire le phénomène juridique de la discrimination.

L'approche systémique propose de présenter sous une forme constructible, le modèle, les composantes d'un système, ou phénomène, et les interactions ou relations qui les unissent. Tout comme le constructivisme, la systémique postule que la réalité résulte d'une activité structurante de l'observateur, c'est-à-dire du concepteur du modèle ou interprète de la règle de droit. La systémique traite de cette activité structurante sous l'angle de la récursivité entre l'observateur et l'objet; elle avance que les règles ou principes qui guident l'observateur interagissent continuellement dans l'observation. En d'autres termes les faits n'existent pas en dehors de ce processus puisque ce sont les objectifs prédéfinis de l'observation qui déterminent l'utilité ou la pertinence des faits et la nature des relations recherchées.

La modélisation, telle qu'entendue dans l'approche systémique, propose donc de distinguer les éléments constitutifs d'un phénomène plutôt que de les disjoindre comme le fait l'analyse réductionniste afin de mieux saisir leurs relations et interactions et ainsi faire émerger la dynamique du système. Cela veut dire également mettre en lumière ce que la systémique appelle l'endo-exo-causalité responsable de la production du phénomène; ce terme réfère à ce que les constructivistes appellent la causalité efficiente, finale ou circulaire, c'est-à-dire la causalité déterminante que la cause précède l'effet ou à l'inverse que l'effet détermine la cause ou qu'il y ait interaction entre les deux. *laquelle ≠*

En somme, l'outil que constitue le modèle est une construction théorique argumentée et instrumentalisable; le modèle s'appuie sur des règles particulières, propres à un domaine de connaissances, sur des objectifs définis et clairement reconnus et sur la mise en évidence d'éléments constitutifs génériques dont l'identification des relations demeurent le but de l'exercice.

En matière de discrimination, le modèle mis de l'avant par la Cour suprême s'inscrit à notre avis dans une telle démarche. En premier lieu, elle a fixé les règles juridiques appropriées pour la reconnaissance de ce droit et ce, en vertu des règles d'interprétation généralement admises en droit. Elle s'est prononcée pour le recours à l'approche téléologique dans le champ particulier du droit à l'égalité, écartant l'interprétation littérale, rigoureuse ou textuelle du droit ou l'interprétation linéaire des faits juridiques. La Cour a constaté à plusieurs reprises que l'approche juridique traditionnelle était synonyme d'une analyse fermée ou parcimonieuse puisqu'elle conduisait à la négation de situations pourtant interdites de discrimination. C'est pourquoi, elle a prôné une démarche d'interprétation qui repose sur la nécessité d'utiliser l'approche téléologique, c'est-à-dire selon un raisonnement fondé sur les finalités de la loi, pour que le droit émerge.

Selon la Cour, les lois antidiscriminatoires visant à faire cesser les pratiques discriminatoires ou l'atteinte illicite à des droits reconnus, il devient essentiel que l'interprétation de tout ce qui compose ce phénomène juridique se fasse à la lumière des finalités de la Loi et des valeurs qu'elles promulguent et s'écarte du modèle traditionnel de responsabilité civile de l'auteur de l'acte fautif. Ces objectifs clairement reconnus, elle a procédé à identifier les éléments constitutifs du phénomène et à construire le modèle. Compte tenu des objectifs, elle a retenu que les éléments constitutifs devaient se limiter aux trois déterminants reconnus par le législateur, soit la source, l'effet et le motif, le tout conjugué autour de la personne visée.

Cependant, c'est dans la dynamique opérationnelle entre ces éléments que la reconnaissance juridique du phénomène s'écarte de l'approche traditionnelle et rejoint la modélisation systémique. Le modèle élaboré par la Cour postule l'indissociabilité de ces éléments et retient, comme point de départ de l'analyse juridique, le constat d'un effet d'exclusion, distinction ou préférence. Ce constat enclenche le processus d'analyse des faits pour y découvrir les éléments propices à la production de cet effet; dès lors qu'un motif interdit de distinction constitue le principe causal reliant les éléments dans la production de l'effet, la Cour retient qu'il s'agit d'une situation de discrimination interdite, que l'effet soit direct ou indirect ou que les causes soient simple ou multiples.

En somme, le modèle rend possible l'élaboration d'une définition dynamique de la discrimination et permet à l'interprète de l'appliquer à la diversité des situations de faits.

Conclusion

Pour clore cette présentation, qui visait à faire la démonstration qu'à l'égard de la discrimination en tant que concept flou le droit a recours à un axiome constructiviste et à la modélisation pour traiter des faits juridiques pertinents, il y a lieu de rappeler que la discrimination est un phénomène social avant même que d'être un phénomène juridique.

Ainsi, lorsque le droit doit assurer l'application de règles relevant de l'organisation sociale ou des choix de société, nous croyons qu'il ne peut que s'ouvrir aux méthodes des sciences sociales, d'abord pour constater la complexité des phénomènes, mais également aux méthodes cognitives d'autres disciplines pour déterminer le sens des textes législatifs et la meilleure approche d'analyse de ce qui constitue la véritable situation juridique visée par le législateur.

Dans une réflexion à partir du livre *L'interprétation des faits en droit*⁴⁷, Danièle Bourcier écrivait:

On a souvent l'impression que le *monde des faits* n'existe pas pour les commentateurs du droit. Le courant dit «de droit positif» (...) a toujours eu pour objectif de privilégier la norme juridique, ce qui lui a permis d'exclure de son champ herméneutique l'analyse de fait et surtout la *reconnaissance d'autres champs de référence* que la règle de droit.

Pourtant la plupart des décisions jurisprudentielles tranchent *en l'espèce* (c'est-à-dire à partir d'une analyse de la situation de fait et d'une appréciation inter-subjective de cette situation) plutôt que par rapport à un *strict rapprochement* de la norme avec les conditions de sa réalisation⁴⁸.

Cette réflexion s'applique parfaitement au phénomène de la discrimination qui est essentiellement une situation de faits interreliés et qui, pour être reconnu par le droit, doit être observé non pas selon la démarche traditionnelle du droit mais selon la démarche constructiviste adoptée par la Cour Suprême.

⁴⁷ précité note 22.

⁴⁸ BOURCIER D., *Des faits aux règles. Réflexions à partir du livre: «L'interprétation des faits en droit»*, (1990) *Revue Internationale de systémique*, vol. 4 N° 2, 225.

**Introduction à la deuxième partie:
De l'interprétation d'un concept à la modélisation systémique**

La première partie de la thèse se termine par la démonstration, à travers la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, du milieu des années '80 au début des années '90, de l'existence d'un processus de raisonnement particulier relativement au concept flou que constitue le droit à l'égalité sans discrimination. Ce raisonnement s'inscrit comme nous l'avons postulé dans une démarche constructiviste de la réalité juridique.

Il met en lumière la nécessité de recourir à un cheminement modélisateur par étape pour saisir la totalité de l'intention du législateur et produire les effets recherchés par les textes législatifs. Ce cheminement comprend essentiellement trois étapes qui correspondent aux trois grands niveaux¹ de la modélisation conceptuelle²: la première consiste à tirer du texte législatif un modèle idéal ou conceptuel du principe énoncé; au deuxième niveau de la construction de l'objet, il s'agit d'introduire, d'intégrer, au modèle conceptuel les diverses relations logiques qui peuvent unir les éléments constitutifs du principe énoncé et ainsi de développer les modèles logiques qui sont susceptibles de rendre compte de la totalité de l'objet initial; finalement, en troisième lieu, il s'agit de concevoir le modèle physique correspondant à la situation de faits, au phénomène social observé, qui constitue l'objet final visé par l'application de la règle de droit.

Nous reprendrons ce cheminement en deuxième partie de la thèse pour en illustrer le déroulement à la lumière de certaines théories connexes qui nous semblent pertinentes à la compréhension de cette démarche.

¹ Dans sa théorie de la modélisation, Le Moigne identifie 9 niveaux de complexification de l'objet à partir desquels il est possible de concevoir un système. Les trois phases dont nous parlons ici correspondent aux étapes d'identification de modèles-types en fonction de certains paramètres caractéristiques de chacun. La démarche propre à la théorie de la modélisation s'intègre dans ce processus tout en visant plus particulièrement la troisième phase, c'est-à-dire la conception du modèle physique.

² PLANCHE, Remi, *Maîtriser la modélisation conceptuelle*, Paris, Masson, 1988, 256 p.

A) Les années 1990 et le concept de discrimination

Depuis les décisions discutées dans les chapitres précédents³, la Cour Suprême a rendu plusieurs décisions portant sur les droits fondamentaux ou les droits de la personne. De ce nombre, quelques-unes visent l'application plus spécifique des dispositions interdisant la discrimination sans cependant qu'aucune n'offre de "nouvelle" définition de ce concept. Au contraire, lorsque dans son analyse, il apparaît nécessaire à la Cour de définir en quoi consiste la discrimination, elle cite les extraits pertinents des décisions *O'Malley* ou *Andrews*⁴. On peut donc penser que la définition conceptuelle à laquelle la Cour est parvenue constitue le modèle idéal⁵ de ce concept flou.

Dans cette section, il nous est apparu intéressant d'illustrer, à l'aide de quelques exemples choisis⁶ parmi les décisions postérieures à l'arrêt *Andrews*⁷, comment l'approche constructiviste est présente non seulement au niveau théorique, c'est-à-dire dans la définition des concepts, mais également dans leurs applications. Il ne s'agit pas d'une revue même sommaire de l'ensemble des décisions pertinentes non plus que d'une analyse exhaustive des quelques décisions retenues mais plutôt de montrer en quoi le raisonnement

³ *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears ltd*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S.1114; *Janzen c. Platy Enterprises ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Andrews c. Law society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 .

⁴ Précité note 1. C'est le cas notamment des décisions suivantes: *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489; *McKinney c. Université de Guelph* [1990] 3 R.C.S. 229; *Symes c. Canada* [1993] 4 R.C.S. 695; *C.S.R. de Chambly c. Bergevin* [1994] 2 R.C.S. 525; *Miron c. Trudel* [1995] 2 R.S.C. 419.

⁵ Cette expression appartient au vocabulaire de la modélisation dont nous traiterons au prochain chapitre; qu'il nous suffise de dire, pour le moment, que l'expression "modèle idéal" réfère à l'énoncé théorique d'un concept à partir duquel il est possible de reconnaître, d'identifier un phénomène.

⁶ Bien que nous ayons omis dans notre choix les décisions où les dissidences font état d'une analyse constructiviste importante, nous aimerions souligné qu'à l'évidence il s'agit de contributions majeures à la connaissance du droit à l'égalité sans discrimination et à la réflexion sur ce phénomène juridico-social.

⁷ Précité note 3.

s'inscrit dans une démarche cognitive ou de construction de sens des situations observées, permettant à la Cour d'articuler le droit de façon dynamique et adaptée à chaque cas.

Parmi les décisions rendues, nous avons retenu les décisions *Renaud*⁸, *Berg*⁹, *Miron*¹⁰, et *Large*¹¹. Ce choix est presque arbitraire; les considérations qui ont prévalu étant simplement: un nombre minimal suffisant de décisions réparties dans le temps et dans l'espace législatif et présentant un intérêt pour le cadre d'analyse que nous explorons.

La décision *Renaud*¹² traite de l'obligation d'accomodement d'un employeur de qui relève une politique neutre en apparence produisant un effet discriminatoire sur l'un de ses employés à cause de ses pratiques religieuses. Le phénomène discriminatoire en cause est reconnu depuis quelques années et la solution juridique habituelle également. La question soumise à la Cour pose le problème sous un angle nouveau; elle se formule ainsi: en situation de discrimination indirecte, l'employeur peut-il être libéré de son obligation d'accomodement à l'égard du plaignant du fait de l'existence d'une convention collective et de l'opposition du syndicat ? Cette opposition peut-elle constituer une contrainte excessive qui neutralise l'obligation de l'employeur à l'effet de ne pas exercer de discrimination face à l'un de ses employés ?

Poser autrement la question soulève la portée et les limites des relations juridiques entre les parties et les intervenants dans le milieu en cause: relation binaire contractuelle mais également relation discriminatoire entre l'employeur et le plaignant, d'une part, et d'autre part, relation également binaire entre l'employeur et le syndicat liés par la convention

⁸ *Central Okanagan School District N° 23 c. Renaud* [1992] 2 R.C.S. 970.

⁹ *Université de la Colombie Britannique c Berg* [1993] 2 R.C.S. 353

¹⁰ Précité note 4.

¹¹ *Large c. Stratford* [1995] 3 R.C.S. 733

¹² Précité note 8.

collective. Malgré cela, la Cour construit la réalité de la situation discriminatoire autour d'une relation tripartite. Elle dira que *le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité. Pour éviter une responsabilité absolue (...) Il doit s'acquitter de son obligation d'accomodement.*¹³

Et plus loin le juge Sopinka ajoute que

le syndicat peut être responsable pour ne pas avoir composé avec les croyances religieuses d'un employé même s'il n'a pas participé à la formulation ou à l'application d'une règle ou pratique discriminatoire. (...) Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec l'accord du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination. Dans ces circonstances, le syndicat, qui n'est pas initialement partie à une conduite discriminatoire et qui n'a, au départ, aucune obligation d'accomodement, est toutefois tenu de ne pas contribuer à la continuation de la discrimination. Il ne peut se comporter comme un spectateur et affirmer que la situation de l'employé est une question qu'il appartient strictement à l'employeur de régler.¹⁴

Nous soumettons que la réalité juridique traditionnelle se trouve modifiée par cette construction du phénomène juridico-social de la discrimination. Il n'est plus question ici de causalité directe, précise et immédiate entre la politique de l'employeur et l'effet discriminatoire; on questionne plutôt la source globale de l'effet, ce qui conduit à retenir que *[la] discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde*¹⁵.

L'affaire *Berg*¹⁶ se présente différemment. L'université de Colombie Britannique prétend ne pas avoir exercé de discrimination envers l'une de ses étudiantes de maîtrise en refusant deux de ses demandes, soit un formulaire d'évaluation et une clé d'accès à l'édifice de la faculté au motif que cette étudiante présente des problèmes de santé mentale. L'université soumet qu'il faut distinguer entre ce qui est visé par la loi, soit les services

¹³ *Id.*, p. 990, nos soulignés.

¹⁴ *Id.*, p. 991

¹⁵ À la page 991, le juge Sopinka exprime son accord avec cet énoncé qu'il tire de *Office and Professional Employees International Union, Local 267 c. Domtar Inc.*, Cour divisionnaire de l'Ontario, 19 mars 1992, inédit.

¹⁶ Précité note 9.

généralement offerts au public, tels que l'accès à l'université et aux programmes ou cours offerts, de ce qui relève de son autorité interne au titre de services dispensés à ses étudiants; selon elle, les refus appartiennent à la deuxième catégorie et relèvent donc de l'exercice de sa discrétion face à ses étudiants qui, par ailleurs, ne répondent pas à la définition de "public" au sens de la loi.

Face à ces prétentions, la Cour va réagir en s'appuyant sur ses déclarations antérieures relativement à l'interprétation large et libérale requise pour donner son plein sens aux dispositions antidiscriminatoires. Mais elle va également construire la réalité de la situation en cause. Elle dira, notamment, que la notion de public ne peut être restreinte à une valeur purement quantitative puisque cela aboutirait à dire que *dès que le public dans son ensemble est réduit à un sous-ensemble au moyen d'un processus d'admission ou d'admissibilité, les quelques personnes qui sont admises perdent leur identité en tant que membres du public*¹⁷ avec pour conséquence que l'on pourrait leur refuser un logement, des services ou l'accès à des installations. Le juge Lamer écrit qu'il faut plutôt recourir à une méthode «relationnelle» c'est-à-dire

à une méthode fondée sur les principes qui tiennent compte de la relation que les services ou installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l'école et ses étudiants, tandis que d'autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus¹⁸.

Et la Cour de conclure que les services refusés appartiennent aux relations publiques entre l'université et Mme Berg et, de ce fait, sont visés par l'application de la loi. Dans ce cas-ci, la construction porte sur la définition d'un terme utilisé par la loi; le cadre de référence appliqué appartient à une lecture sociologique d'une donnée sociale; à l'aide de quelques exemples, le juge explique qu'aucun service ne s'adresse sans conditions à tous les membres du public, il ne s'agit donc pas d'une notion à valeur formelle ou universelle

¹⁷ *Idem.*, p. 382.

¹⁸ *Idem.*, p. 384.

mais plutôt d'une notion qui couvre une réalité diversifiée et surtout variable selon les circonstances; cette notion doit donc se définir en contexte relationnel au plan des services et des personnes en cause. Nous retenons de cet exercice que, dans le cas du droit à l'égalité sans discrimination, la norme législative trouve son sens dans le cas d'espèce avec lequel elle forme un tout.

Dans l'affaire *Morin*¹⁹, la contestation, fondée sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, met en cause des dispositions de l'Ontario Standard Automobile Policy établi conformément à la *Loi sur les assurances*²⁰ de l'Ontario. M. Morin se voit refusé une indemnité pour pertes de revenu alors qu'il est victime d'un accident de voiture et que sa conjointe est couverte par une police d'assurance offrant ce bénéfice. Le motif de refus invoque le fait qu'ils ne sont pas légalement mariés; M. Morin est conjoint de fait et père de deux enfants issus de cette union. Ce qui nous intéresse dans cette décision, c'est le développement que fait la Cour autour de l'une des entités constitutives du concept de discrimination soit le motif.

Le juge McLachlin écrit au sujet des motifs explicitement énumérés ou analogues de l'art 15(1) que

Ces motifs permettent de procéder à une sorte de tri qui sert à distinguer les inégalités banales de celles qui méritent la protection de la Constitution. Ils traduisent l'objectif général de la garantie d'égalité prévue dans la *Charte* - empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou les capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres.

Les motifs énumérés et les motifs analogues sont des indices de discrimination facilement décelables parce que les distinctions fondées sur ces motifs sont habituellement stéréotypées reposant sur des caractéristiques présumées plutôt que réelles.

¹⁹ Précitée note 4. Nous devons souligner ici qu'il s'agit d'une décision où la Cour est partagée notamment sur l'ordre du raisonnement à suivre pour mesurer la pertinence, pour la disposition législative, de prendre en considération le motif.

²⁰ L.R.O. 1980, ch. 218.

En somme, il est possible de dire que le motif identifie l'effet mais plus encore il se modifie lui-même par suite de sa relation avec l'effet.

Et elle poursuit en disant que:

Si le fait de fonder la distinction sur un motif énuméré ou un motif analogue est tout à fait non pertinent relativement aux valeurs fonctionnelles de la loi, alors la distinction sera discriminatoire. Cependant, conclure qu'une caractéristique de groupe est pertinente relativement à l'objet d'une loi ne signifie pas pour autant que le législateur a employé cette caractéristique d'une façon qui ne perpétue pas des restrictions, des fardeaux et des désavantages en contravention du par. 15(1). On ne peut s'en assurer qu'en examinant l'effet ou l'incidence de la distinction dans le contexte social et économique de la loi et la vie des personnes que cette distinction touche.²¹

Ainsi, le rapport entre l'effet et la source que constitue la disposition législative forme une boucle interactive, pertinente ou non aux valeurs fonctionnelles de la loi; seul le contexte entourant l'effet pourra résoudre l'interrogation relative à la pertinence. Elle ajoute que l'examen des valeurs fonctionnelles de la loi en fonction du seul motif tend à produire un raisonnement circulaire qui conduit généralement à admettre la pertinence de la distinction; elle dénonce cette situation et affirme que *la seule façon de sortir de ce cercle logique est d'examiner l'incidence réelle de la distinction sur les membres du groupe visé.*²²

Cette vision conforte notre analyse sur l'indissociabilité des entités constitutives de la discrimination et pose leur rapport à l'environnement social et économique de la personne visée et ce, d'autant plus lorsque la source met en cause l'État, à travers une disposition législative. Ce qu'indique le juge McLaughlin, c'est qu'une analyse qui fait abstraction de la mesure de l'effet dans son contexte réel, c'est-à-dire dans la société où elle se produit, ne permet pas de connaître véritablement ni le motif ni l'effet qui en découle. En somme, le motif analogue se définit par l'effet constaté dans l'environnement contextuel approprié et repose sur

²¹ Précitée note 4, pp. 486-488.

²² *Id.*, p. 489.

[un] principe unificateur (...) plus général: il faut éviter les raisonnements stéréotypés et la création de distinctions juridiques qui violent la dignité et la liberté de la personne pour un motif fondé sur une idée préconçue des caractéristiques attribuées à un groupe plutôt que (...) sur les circonstances qui lui sont propres.

Finalement, nous avons choisi de discuter en dernier lieu la décision *Large*²³ parce qu'elle tend à démontrer l'utilité de développer la modélisation systémique appliquée et particulièrement les modèles logiques qui aident à construire la réalité juridique et à identifier et à mesurer les effets des solutions appropriées.

Cette affaire porte sur l'application d'une politique de retraite obligatoire à 60 ans, à titre d'exigence professionnelle normale (EPN), dans le cas d'un policier. Ce qui nous intéresse dans cette décision, c'est le traitement que la Cour apporte à l'obligation d'accomodement individuel soulevée par la Commission d'enquête. Cette dernière a déclaré irrecevable la défense d'EPN de l'employeur au motif que la politique était déraisonnable puisque ses effets discriminatoires pouvaient être évités à l'aide d'un accomodement individuel de la teneur d'un remaniement des fonctions de ceux qui appartenaient au groupe à risque.

Pour la Cour Suprême, la position de la Commission d'enquête confond analyse et solution. L'obligation d'accomodement constitue le moyen par lequel un employeur évite de porter illégalement atteinte au droit à l'égalité d'une personne directement affectée par l'application d'une politique neutre par ailleurs; il s'agit donc d'une obligation qui résulte à l'employeur en dehors de toute considération des exigences professionnelles normales.

La Cour rappelle que ce ne sont pas toutes les pratiques discriminatoires qui sont interdites. Le législateur a prévu que lorsque l'exigence est requise par l'emploi la politique de l'employeur ne constitue pas de la discrimination. Dans le cas présent, la politique de retraite obligatoire constitue une mesure d'application universelle pour tous les employés

²³

Précité note 11.

justifiée par l'exercice des fonctions; elle s'inscrit dans le cadre de la discrimination directe par son effet précis et immédiat découlant de l'âge de la personne. Lorsque l'employeur invoque la défense de l'EPN, il lui appartient de démontrer qu'il s'agit d'une exigence requise par l'emploi qui ne peut être remplie que par la politique qu'il a adoptée. Cette démonstration exigée de l'employeur doit donc comprendre la preuve qu'il a examiné d'autres moyens que la politique implantée mais cet exercice ne vise pas à remettre en question la validité des exigences requises par la tâche. En somme, ou les exigences sont requises par l'emploi et l'effet produit n'est plus discriminatoire ou elles ne sont pas requises par l'emploi et l'effet est clairement discriminatoire entraînant l'annulation pure et simple, et des exigences et de la politique. Quant à l'examen du moyen choisi par l'employeur pour obtenir ou faire respecter les exigences requises par l'emploi, il ne peut servir à réévaluer ces mêmes exigences; ce serait faire autrement ce qu'on ne peut faire directement.

En d'autres termes, lorsque la Commission d'enquête annule la politique de l'employeur au motif qu'il n'a pas évalué la possibilité d'accommoder individuellement chaque personne du groupe visé en procédant au remaniement de leur tâche, elle se prononce sur la validité des exigences de la tâche et non pas sur la recherche d'aménagement possible de la politique. Dans les faits, la solution imposée par la Commission revient à interdire les exigences en question sans pour autant qu'elle ne prononce leur invalidité.

Cette décision nous intéresse, car elle énonce en substance ce que la modélisation nous permettra de démontrer soit que les solutions aux effets discriminatoires vont de pair avec les propriétés et le sens des relations causales nécessaires à la production des effets constatés.

En terminant ce bref survol de quelques décisions des années 1990, nous croyons pouvoir dire que la démarche constructiviste de la Cour se poursuit dans le respect du cadre conceptuel établi au cours des années quatre-vingt. De plus, il nous apparaît possible de

rendre plus concrète cette démarche en élaborant un cadre d'analyse à la fois constructiviste et modélisateur.

Nous proposons donc d'expliquer sommairement, dans la section qui suit, en quoi consiste le constructivisme et quels sont ses liens avec la modélisation systémique.

En deuxième partie de la thèse, nous proposons de développer le cadre d'analyse de la discrimination à l'aide de la modélisation systémique en élaborant sous forme de schémas graphiques en langage naturel le modèle idéal et les modèles logiques de la causalité nécessaire.

B) Le constructivisme, la schématisation et la modélisation systémique

Tel qu'annoncé dans la section introductive du Chapitre II, nous avons démontré que le raisonnement suivi par la Cour Suprême en matière de droit à l'égalité se caractérisait pas son approche constructiviste. Fait significatif dans cette analyse, l'objet premier (initial) de l'interprétation, les textes législatifs, n'a pas été modifié au fil du temps. C'est le raisonnement de l'interprète qui s'est développé, qui a évolué dans le temps et dans l'espace, pour rendre connaissable l'existence d'une diversité de rapports distincts pouvant relier les éléments constitutifs. En somme, le raisonnement s'est bâti autour d'un objet conceptuel unique et a produit ce que nous appelons un modèle idéal de la discrimination, trois modèles logiques de relations entre les éléments constitutifs et un certain nombre de modèles physiques correspondant à chaque cas d'espèce étudié.

Dans la deuxième partie de cette thèse, nous allons tenter de schématiser cette démarche en recourant à la théorie de la modélisation systémique et aux instruments méthodologiques qui sont le plus susceptibles de rendre compte du tout, c'est-à-dire du phénomène de discrimination. L'objectif final est de permettre aux juristes de saisir le cadre conceptuel

qu'il importe d' utiliser pour identifier les phénomènes de discrimination, pour les rendre connaissables et donc, reconnaissables judiciairement.

Dans cette partie de la thèse, nous recourons à un univers de référence peu familier aux juristes. Aussi, nous croyons utile de présenter sommairement, dans cette section, ce qu'est la schématisation et en quoi cet instrument de la logique naturelle fournit, à notre avis, le moyen le plus accessible pour intégrer en droit la modélisation systémique dont nous traitons dans la partie II de la thèse. (Chapitre I)

Quant à la modélisation systémique, rappelons simplement ici qu'elle constitue, selon nous, la démarche la plus susceptible de rendre compte des phénomènes complexes, c'est pourquoi elle est au coeur du Chapitre I de la deuxième partie de la thèse. Nous y présentons la place de la théorie de la modélisation systémique dans l'ensemble des démarches de raisonnement analytique (en section préliminaire), pour ensuite en exposer les bases théoriques utiles et pertinentes à notre projet. En deuxième partie de ce chapitre, nous proposons d'élaborer en langage naturel, c'est-à-dire en juxtaposant schématisation et modélisation, le modèle d'analyse qui conduira le juriste dans la connaissance juridique des phénomènes de discrimination.

Mais revenons-en pour le moment à la schématisation.

Dans un texte qui discute de la possibilité de communiquer un savoir ou une connaissance scientifique sans passer par un formalisme de nature logico-mathématique, le spécialiste de logique naturelle qu'est Jean-Blaise Grize²⁴ soutient que la schématisation,

²⁴ Le professeur Grize s'intéresse à la logique naturelle depuis plus de quarante ans. Collègue de Jean Piaget, il professe principalement ses enseignements à l'Université de Neuchâtel où il fait ses recherches. Il est l'auteur de nombreux écrits sur cette question. Mentionnons: GRIZE, J.-B., *Logique naturelle et communications*, Paris, P.U.F., 1996; BOREL, M.-J., GRIZE J.-B. et MIÉVILLE, D., *Essai de logique naturelle*, 2^{ème} éd., Berne, P. Lang, 1992, 1^{ère} éd., 1983; GRIZE J.-B., *Logique et langage*, Paris, Ed. Orphrys, 1990; GRIZE, J.-B., collab. de D. Apotheloz, *Sémiologie du raisonnement*, Berne, P. Lang, 1984; GRIZE, J.-B. et PIERAUT-LE BONNIEC, G., *La contradiction*

ou représentation discursive de raisonnements non formels, permet d'y parvenir dans une réalisation, qu'il qualifie de naïve, de l'attitude systémique²⁵.

La schématisation constitue, à la fois, la représentation d'un objet, que l'on cherche à rendre connaissable au moyen de la communication, et le processus par lequel on élabore l'objet en pensée. Autrement dit, cette notion désigne tant le résultat (le schéma) que l'activité (schématiser). Le processus ou l'activité connaît un début et une fin, une visée et un raisonnement. En fait, la schématisation conjugue les deux aspects de la systémique, la modélisation et le modèle, mais en langage naturel. Les signes ou symboles du langage constituent la forme de l'expression, de la représentation de l'objet, ce qui entraîne deux remarques importantes: le sens des mots est déterminé par leur appartenance à un champ lexical générique²⁶ plus ou moins fixé et à un champ associatif mis en oeuvre par le locuteur²⁷.

Deuxième remarque, les mots renvoient à des notions et non à des concepts formalisés au sens des langages scientifiques. Une disposition législative n'est ni un losange (\diamond) ni un degré ($^{\circ}$); par définition, les concepts scientifiques se réduisent à quelques paramètres, exactement définis et circonscrits par leur univers de référence (mathématique, géométrie, physique, etc.). Ceci explique que les concepts scientifiques s'articulent aisément avec les langages logiques au contraire des notions qui incorporent des faisceaux d'aspects, toujours plus ou moins flous, qui comprennent "des propriétés, des relations et des schèmes d'actions"²⁸. Chaque terme emporte avec lui un certain nombre de *préconstruits culturels*

: *essai sur les opérations de la pensée*, Paris, P. U. F., 1983; GRIZE, J.-B., *De la logique à l'argumentation*, Genève, Droz, 1982; GRIZE, J.-B., *Logique moderne*, Paris, Mouton, 1969.

²⁵ GRIZE, J.-B., *Modélisation systémique, raisonnement formel et cognition*. dans ANDREEWSKY, E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 159-169., p. 160.

²⁶ On parle ici du sens propre ou immédiat du mot: une fillette est une personne jeune et de sexe féminin

²⁷ À titre d'exemple: ma fillette a cinq ans, elle va à la maternelle etc

²⁸ *Idem*, p. 162

et s'inscrit dans un *préconstruit situationnel*²⁹ qui est celui du locuteur ou de l'auteur s'il s'agit d'un texte écrit (ex.: le législateur, l'interprète du droit, etc.). En d'autres mots, le législateur n'écrit pas un roman, il édicte un certain nombre de règles qui encadrent les comportements sociaux; le registre des termes qu'il utilise n'est pas celui de la description de scènes ou d'images mais plutôt celui du domaine juridique³⁰.

Ce sont donc les finalités du locuteur qui, à travers la schématisation, détermineront les notions, leur attribueront sens, propriétés et fonctions. Encore une fois, les notions, contrairement aux concepts scientifiques, ont un contenu implicite référentiel provenant des préconstruits culturels et un contenu explicite immédiat inscrit dans la forme concrète de leur expression; ces contenus demeurent toujours ouverts puisqu'ils se construisent au fur et à mesure de l'activité de schématisation. Il s'ensuit que le texte produit constitue une représentation partielle et partielle de l'activité de schématisation elle-même: partielle car le texte est celui de son auteur; partielle dans la mesure où l'activité ne retient que certains aspects des situations ou des phénomènes qu'elle représente et "se termine sitôt qu'elle apparaît suffisante au propos de l'auteur"³¹. Ainsi en droit, les interprètes des textes législatifs n'en offriront une interprétation que dans les limites de ce qui est nécessaire pour résoudre ou disposer des questions qui leur sont soumises.

La schématisation engendre des micro-univers à partir d'un locuteur, d'un auteur, qui exprime sa pensée et son intention à travers un texte adressé à un interlocuteur (le citoyen, le demandeur, le défendeur, etc.)³². Ce texte ou ce discours est toujours construit en tenant compte de l'auditoire (les juristes, la société, etc.) ou de l'auditeur (le juge, le procureur,

²⁹ GRIZE, J. B., *De la logique à l'argumentation*, Genève, Librairie DROZ, 1982; p. 200.

³⁰ À titre d'exemple: le terme "audition" utilisé dans le champ des arts de la scène réfère à une présentation individuelle aux fins d'une sélection alors que l'usage de ce terme par le législateur indique son intention de soumettre l'évaluation d'une situation de faits à un forum qu'il désigne

³¹ GRIZE, précité note 25, p. 162

³² GRIZE, précité note 29, p. 154.

le plaignant, le citoyen, la citoyenne, etc.) auquel il s'adresse. Cet auditoire "appartient nécessairement à un certain milieu socio-culturel"³³.

J.-B- Grize note qu'"en droit, les objets sont bien exclusivement ceux du discours, tels qu'ils sont schématisés" mais il ajoute qu'"en fait, et en dehors de certaines constructions (...) juridiques où des conventions explicites posent que rien ne sera pris en considération qui n'aura pas été dit quelque part, on ne peut empêcher [l'auditeur] de rajouter aux objets du discours des propriétés qu'il connaît par ailleurs." Cette deuxième schématisation, celle de l'interprète du droit, se déroule dans un rapport de réciprocité avec la première (le texte du législateur). L'interprète reçoit le texte en auditeur; il doit en dégager le sens, les propriétés ou les fonctions tel qu'il les reçoit du législateur ou qu'il en perçoit la détermination dans le texte que ce dernier a produit. Il doit les rendre à son tour à travers sa propre schématisation, cette fois-ci juxtaposée à la situation de faits que ce texte vise à régler. Grize dira que ce rapport de réciprocité est à ce point fondamental qu'il est garant de l'état d'équilibre de la pensée cohérente guidant le processus de schématisation, et donc de sa logique ³⁴.

Autre élément important, la schématisation n'épuise pas les objets auxquels elle s'intéresse. En d'autres termes, l'interprétation donnée d'un texte législatif, par exemple dans un jugement, ne constitue pas la seule représentation ou la seule formulation de ce texte; elle en constitue tout au plus l'expression finale, dans la situation d'espèce, du juge qui doit disposer du litige, de la question qui met en cause ce texte.

La notion de schématisation réfère en quelque sorte à la construction, en langage naturel, de micro-univers qui prennent appui sur des données plus ou moins déterminées,

³³ *Idem*, p. 200.

³⁴ *Idem*, p. 109

tout en visant à proposer une représentation *vraisemblable*³⁵ d'une situation définie. Elle oblige l'auteur à élaborer une schématisation *recevable et acceptable*³⁶ par ceux à qui elle est destinée; il s'agit essentiellement des marques de sa validité. La recevabilité implique que le discours ou le texte produit se conforme à un certain nombre de pratiques ou de règles généralement admises par l'auditoire, que ce soit au plan du langage utilisé ou des thèmes abordés. Son acceptabilité repose, premièrement, sur la vraisemblance de sa représentation pour l'auditeur; celui-ci peut la mesurer à partir de ce qu'il voit, de ce qu'il connaît mais également à partir de son expérience personnelle ou par l'intermédiaire de témoins. En second lieu, l'acceptabilité s'appuie sur la cohérence de la schématisation, c'est-à-dire sur l'aspect consistant et non contradictoire du raisonnement mettant en relation les faits et l'ensemble des principes idéologiques, plus ou moins explicités, auxquels souscrivent et l'auteur, et l'auditoire. Finalement, l'acceptabilité est fonction de l'agrément de l'auditoire aux thèses proposées; ainsi pour un auditoire familier avec ces thèses, le niveau d'exigence face aux aspects de la vraisemblance et de la cohérence du processus de schématisation sera d'autant diminué que sa familiarité sera élevée.

Les paramètres de validité du processus de schématisation commandent que soient bien identifiées ou élaborées les conditions de production du texte, notamment en ce qui

³⁵ Grize écrit: "la schématisation ne vise pas le vrai, mais le *vraisemblable*, c'est-à-dire ce qui va sembler vrai à l'auditeur compte tenu de ce qu'il est et de la situation dans laquelle il se trouve (...) Pour qu'une schématisation soit vraisemblable pour [lui], il ne suffit pas qu'elle soit en accord avec ce qu'il considère comme les faits, mais encore qu'elle soit compatible avec ses valeurs, éthiques esthétiques et avec ses intérêts." Précité note 29, p. 189.

³⁶ *Idem*, p. 211 et suivantes. La recevabilité dépend de la localisation du discours dans le champ référentiel de l'auditoire, dans le respect de ses pratiques. L'acceptabilité se présente sous les aspects de vraisemblance et de cohérence de la représentation et d'agrément par l'auditeur.

concerne les préconstruits³⁷ ou les représentations³⁸ qui guident l'auteur ou l'auditeur dans l'élaboration de son schème³⁹ de pensée tout autant que de son schéma. Dans cet ordre d'idée, on peut penser notamment à l'usage que fait le législateur, et éventuellement l'interprète du droit, des considérants qui précèdent le texte législatif lui-même, ou encore des débats parlementaires qui entourent l'adoption d'une loi. Ces deux éléments constituent des préconstruits, pour un, idéologiques et, pour l'autre, de la catégorie des discours antérieurs demeurés vivants au sein du groupe social⁴⁰.

La schématisation vise à contrôler l'espace de l'objet en articulant les éléments constitutifs entre eux mais également en les reliant à leur environnement. Elle structure des significations⁴¹ à partir de l'activité organisante et des contenus organisés et, en cela, constitue une activité *indissolublement*⁴² interprétative de l'objet. L'interprète propose la représentation la plus homogène et la plus cohérente de l'objet en fonction de ses finalités. Il existe des degrés dans la précision de la schématisation ou de la modélisation. Au haut de l'échelle se trouvent les représentations les plus abstraites qui correspondent au modèle idéal ou schème de l'action, c'est-à-dire à "l'ensemble structuré des caractères

³⁷ Grize identifie trois formes de préconstruits: 1) le faisceau de propriétés, de relations caractérisant un objet; 2) l'héritage des discours antérieurs; 3) l'ensemble des règles et principes qui assurent les valeurs des groupes sociaux et de leurs institutions. Précité note 29, p. 214

³⁸ Les représentations sont le fait de l'auteur dans ce qu'il est, son appartenance à une société, à une institution, sa position et ce qu'il recherche; celui-ci compose avec l'auditeur à qui il s'adresse dans l'expression de ses représentations ce qui signifie qu'il intègre dans sa schématisation les deux procédures duales que sont: le filtrage et l'éclairage. Précité note 29, p. 216.

³⁹ Le schème de pensée ou schème d'action est défini par Piaget comme "l'ensemble structurée des caractères généralisables de cette action, c'est-à-dire ceux qui permettent de répéter la même action ou de l'appliquer à de nouveaux contenus." PIAGET J. et E.W. BETH, *Épistémologie mathématique et psychologie. Essai sur les relations entre la logique formelle et la pensée réelle*, Paris, PUF, 1962, p. 251.

⁴⁰ Il s'agit de la deuxième forme des préconstruits identifiés par Grize, précité note 37.

⁴¹ BOREL, M.-J, précité note 25, Partie I; M.-J. Borel rappelle qu'à la différence de la logique naturelle, le discours scientifique vise à transformer l'objet observé en modèle logique, en structure formelle qui peut être détachée de l'objet et étudiée pour elle-même, pp. 67-68.

⁴² Ce terme nous vient de BOREL, M.-J, précité note 25, p.69

généralisables de cette action” qui “ permettent de répéter la même action ou de l’appliquer à de nouveaux contenus.”⁴³ Et Piaget d’ajouter

“Or le schème d’une action n’est ni perceptible (on perçoit une action particulière mais non pas son schème) ni directement introspectible, et l’on ne prend conscience de ses implications qu’en répétant l’action et en comparant ses résultats successifs (...). C’est pourquoi de tels schèmes sont de portée entièrement générale et ne caractérisent pas simplement l’une ou l’autre des actions d’un seul individu.”⁴⁴

Ce degré de précision nous intéresse ici puisqu’il correspond à ce que nous avons appelé, au chapitre précédent, le modèle idéal de la discrimination. Comme l’indique Piaget, il est rarement sinon jamais perceptible de la simple observation d’une unique situation de faits ou d’un seul événement, il commande l’étude de plusieurs situations intégrant une même activité, une même action.

À des niveaux différents se situent les représentations logiques et physiques, toutes deux pertinentes à notre propos. Qu’il suffise pour l’instant de dire que dans ces deux cas, les données observables appartiennent soit aux relations caractéristiques de l’activité organisante ou aux éléments constitutifs du contenu organisé.

La schématisation peut prendre diverses formes dont les plus familières aux juristes sont certainement l’argumentation et l’analogie. La première, par ses fonctions judiciaire, délibérative et évaluative⁴⁵ et son domaine théorique, celui du savoir et de la démonstration⁴⁶ occupe déjà une place déterminante dans l’élaboration du champ des connaissances juridiques.

⁴³ PIAGET J., précité note 37

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ BOREL, M.-J, précité note 25, Partie I, p. 4.

⁴⁶ *Idem*, p.5.

L'argumentation se présente comme un ensemble de thèses organisées entre elles selon un ordre choisi (une activité structurante qui reflète un monde où la logique suit des règles pré-établies) par le sujet (l'observateur, l'auteur, l'interprète) à titre de paramètres dans la construction ou la schématisation de l'objet⁴⁷. Cependant il nous faut noter, comme Marie-Jeanne Borel l'indique bien, que l'argumentation " ne se réduit pas entièrement à l'aspect logique, ni ne se conforme en tout à une application stricte et complète des règles de la déduction"⁴⁸. Dans la perspective de la schématisation, l'argumentation est ancrée dans une situation et dans un contexte donnés, d'où il est possible de tirer qu'elle repose sur une relation dynamique et une logique non formelle. Cette caractéristique entraîne que l'argument (le raisonnement) complexe doit être "replacé dans une interaction pour analyser sa signification"⁴⁹ et lui assurer la cohérence voulue. Rappelons que le critère premier, ici, est le plausible et non le vrai. La cohérence s'obtient donc en présentant l'espace des possibles et, la vraisemblance, en définissant un rapport convenable entre ce qui est convenu (au sens des pratiques ou procédures propres au domaine en cause), connu et le nouveau.

L'argumentation schématise, elle ne formalise pas, contrairement aux démarches scientifiques; son rapport au réel, à la situation de faits, ne s'efface jamais. Le modèle qu'elle construit constitue une expression momentanée de l'ordre des choses, non aléatoire puisqu'il s'adapte à une situation précise. Le modèle décrit l'objet et analyse ses activités selon des procédures qui mettent en jeu des opérations, plutôt que selon les formes ou les structures de cet objet. Le modèle tend vers une description logique des raisonnements conduisant à la connaissance de l'objet et de ses activités; cependant il est toujours sommaire ne reproduisant que les traits pertinents à l'objectif visé tout en s'assurant de leur

⁴⁷ *Idem*, p. 10 et 15.

⁴⁸ *Idem*, p. 15.

⁴⁹ *Idem*, p. 28. Mme Borel ajoute qu'une analyse purement interne peut conduire à une contradiction qui peut par contre disparaître si l'énoncé est interprété selon la situation où il prend place.

cohérence locale et momentanée. L'objectif de la schématisation est d'induire chez l'auditeur une attitude réaliste par rapport à l'objet; il n'y a pas de connaissance de l'objet ou de signification de ses activités sans construction intelligible de l'objet.

La connaissance de l'objet peut résulter également d'un processus de schématisation analogique. L'opération qui intervient alors consiste à établir une relation spécifique entre deux classes d'objet comportant une certaine ressemblance fondée sur une *propriété globale*⁵⁰ commune aux deux objets; il peut s'agir d'un aspect formel, d'un comportement, d'une qualité ou autre aspect déterminé mais également d'un raisonnement engendré par une situation ou un phénomène dont les éléments constitutifs se ressemblent ou dont l'organisation est semblable. La schématisation analogique résulte de l'une ou l'autre des procédures suivantes: *le raisonnement analogique par réflexion* ou *le raisonnement analogique par assimilation*⁵¹ qui se distingue de l'analogie simple ou directe fondée sur les similitudes d'espèce, de nature ou de structure.

Dans ce dernier cas, la ressemblance est acquise, son expression sous forme de jugement d'analogie sert de prémisse à un raisonnement de connaissance de l'objet inconnu⁵². Dans le raisonnement analogique, la ressemblance n'est pas acquise; elle est soit présumée du fait d'une explication semblable qui convient aux deux objets ou soit qu'elle résulte d'une proposition du sujet et s'appuie sur une similitude, reconnue par lui, qui

⁵⁰ MIÉVILLE D., précité note 25, Partie III, p. 152. Miéville écrit qu'il n'est pas nécessaire que la *propriété globale* détermine ou qualifie spécifiquement l'objet, il suffit qu'elle lui «convienne» dans le raisonnement momentané; la propriété a ici un rôle logique propre au raisonnement mis de l'avant par le sujet pour connaître l'objet.

⁵¹ *ididem*

⁵² On peut illustrer ce premier type de raisonnement par l'exemple suivant: Marie échoue un test mettant en cause la force physique, Julie se présente à son tour et on refuse de lui faire passer le test parce qu'on présume qu'elle échouera; dans cet exemple, le sexe constitue la *propriété globale* reliant les deux personnes dans la situation observée; cette propriété jointe aux préconstruits engendre le jugement d'analogie à l'effet qu'une femme ne peut réussir ce test; ce jugement sert de prémisse dans la situation que vit Julie:
une femme ne peut réussir le test - Julie est une femme - Julie ne peut réussir le test.

renvoie à son univers de connaissances. La schématisation analogique suppose alors que l'auteur construit le raisonnement par réflexion, en expliquant, dans un premier temps, les deux objets à l'aide d'analogies qui leur sont propres, pour ensuite tirer, des conclusions de ces explications, la propriété globale qui servira à établir le rapport entre les deux objets⁵³.

Le raisonnement analogique par assimilation vise à rendre acceptable le jugement d'analogie, appliqué à l'objet connu, à titre de prémisse de la schématisation de l'objet inconnu. Il s'agit donc ici de présenter le premier objet selon un raisonnement analogique auquel souscrit l'auditeur et de le convaincre que ce même raisonnement peut aussi bien s'appliquer au deuxième objet afin d'en expliquer notamment l'activité. Illustrons nos propos de la façon suivante: la situation que cherche à expliquer l'auteur est le taux élevé d'échec de la communauté "X" aux examens de français; il connaît très bien, par ailleurs, la situation de la communauté "Y"; il soumet donc à son auditoire une représentation de cette dernière situation, montrant les points de divergence et de ressemblance entre cette communauté et la société à laquelle l'auditoire appartient pour finalement tirer des conclusions de sa démonstration; c'est à ce point de sa schématisation, qu'ayant convaincu son auditoire du bien-fondé de son raisonnement, il leur propose d'appliquer, par assimilation, ces conclusions à la communauté "X" étant donné que la logique qui sous-tend la première démonstration est, dans les circonstances, applicable à toutes les situations semblables. Ce type de schématisation se veut une démarche cognitivement efficace d'autant plus qu'elle permet d'appréhender relativement rapidement des significations autrement complexes⁵⁴.

⁵³ MIÉVILLE D., précité note 25, p. 157.

⁵⁴ Selon un auteur, la modélisation analogique constitue la voie la plus économique de construction des représentations: car elle procède à la réduction de l'inconnu ou de l'étranger au connu et familier par transfert imaginaire. MIGUELEZ Roberto, *Corps et société ou lorsque la représentation a comme effet net le refoulement*, dans BOULAD AYOUB Josiane, *La représentation: symbolisme et modélisation*, Actes du colloque de la société de philosophie du Québec, 55e Congrès de l'ACFAS, Ottawa, 19 mai 1987, 155-173, p. 158.

Ce qu'il faut retenir de ce qui précède, c'est que la schématisation peut prendre diverses formes selon l'objectif visé par l'auteur. Par ailleurs, "ce n'est qu'en première approximation que l'on peut dire qu'un [texte] appartient à un type donné⁵⁵" d'où l'importance de s'attarder davantage à la représentation construite qu'à la forme choisie puisque au-delà de la forme discursive que prend la schématisation, ce sont les objets eux-mêmes qui sont à l'origine des démarches de construction qui visent à les rendre connaissables. L'objet d'étude se construit par une succession de schématisations où les raisonnements de diverses formes s'entremêlent. La schématisation tend à révéler la nature et les propriétés de l'objet mais également son caractère dynamique; c'est là, le sens premier de cette démarche qui s'intéresse à des objets individualisés et, donc, dotés de contenus inter reliés et interactifs dans un environnement.

En terminant ce bref survol de la notion de schématisation, il importe de mentionner que Grize identifie trois distinctions entre «schématisation» et «modèle scientifique»; la première est qu'une schématisation se déroule à un moment donné dans le temps et dans une situation particulière, elle ne vise donc pas une validité universelle; la deuxième résulte du fait que l'auteur et l'auditeur font partie de la schématisation, notamment par l'implicite référentiel, au contraire du modèle scientifique qui, lui, tend à être un discours de la raison; finalement la schématisation utilise, pour sa production, le langage naturel, ce qui en fait nécessairement un raisonnement de type dialogique, c'est-à-dire qu'à chaque instant l'auditeur peut contre-schématiser ce que l'auteur est en train de construire⁵⁶.

Cependant, nous aimerions ajouter que dans le cadre de la systémique, le modèle en est un qui est fondé non pas uniquement sur les dimensions ontologiques et structurelles de l'objet mais également sur l'opérationabilité de ce dernier, c'est-à-dire sur sa dimension fonctionnelle. Il s'agit donc d'une représentation momentanée et localisée de l'objet selon

⁵⁵ *Idem*, p. 163.

⁵⁶ GRIZE, précité note 37, p. 221 et suivantes.

ses finalités. En ce sens, le modèle systémique non seulement évoque mais se rapproche davantage de la schématisation que du «modèle scientifique» dont parle Grize.

Nous proposons donc de joindre ces deux instruments dans la démarche de modélisation conceptuelle de la discrimination, mais avant d'en arriver à cet exercice précis, il importe de présenter la théorie de la modélisation systémique. C'est ce que nous proposons de faire en deuxième partie de la thèse.

Deuxième partie La modélisation et l'analyse d'un phénomène de discrimination

Chapitre I La modélisation théorique de la discrimination

Section préliminaire: La systémique à la recherche de l'équilibre entre la spécificité et la totalité de l'objet

En introduction de ce chapitre, il nous est apparu utile de rappeler sommairement les cadres théoriques les plus marquants qui ont conduit à l'élaboration de la théorie systémique. Nous espérons ainsi permettre au lecteur de situer la place proposée de cette approche dans le raisonnement juridique.

Traditionnellement, le raisonnement juridique s'appuie, à l'instar du raisonnement scientifique, sur le modèle cartésien qui aborde la connaissance de l'objet en fonction des quatre préceptes élaborés par Descartes en 1637. Il importe donc d'en évoquer succinctement les principes.

Le premier précepte du cartésianisme pose le principe de l'évidence: seules les données observables et vérifiables peuvent conduire à la connaissance de l'objet et permettre d'énoncer les lois régissant le phénomène observé.

Le deuxième précepte pose la méthode d'analyse: Descartes stipule qu'il faut décomposer l'objet en ses parties constituantes ou, en d'autres termes, de réduire le phénomène à ses composantes essentielles, ce qui suppose également de le faire en autant de parties qu'il est nécessaire pour les atteindre; cette approche est généralement qualifiée de réductionniste. Elle a permis au monde scientifique de progresser de façon magistrale au cours des siècles passés. Cependant, la subdivision des disciplines qu'elle a engendrée et la compartimentalisation des connaissances qui en a découlé ont suscité une remise en question importante de cette approche, particulièrement depuis le début de ce siècle. Il est apparu notamment que cette fragmentation du domaine scientifique entraînait une lecture des phénomènes à travers les prismes disciplinaires, ignorant en conséquence les zones grises interdisciplinaires et, somme toute, la totalité de l'objet; nous y reviendrons plus loin.

Descartes propose, en troisième lieu, d'examiner les rapports entre les parties de l'objet, dans une séquence de cause à effet entre chacune d'elles, allant des plus simples aux plus composées; c'est l'examen fondé sur le raisonnement logique du causalisme déterministe. L'enseignement de Descartes suppose que le monde possède une structure et un ordre pré-établis et invariables, qui peuvent être démontrés; c'est la recherche de la causalité simple ou de la chaîne d'interaction linéaire.

Finalement, Descartes enseigne qu'il faut «faire partout des dénombrements si entiers, et des revues si générales, que je [l'on] fusse assuré de ne rien omettre¹.» Ce dernier précepte invite à la connaissance exhaustive de l'objet et suppose qu'il est possible de le connaître dans son intégralité.

Il faut ajouter à ce rappel des principes cartésiens que ces derniers reposent sur le postulat que l'objet constitue un phénomène extérieur à l'observateur et que celui-ci peut, de ce fait, procéder à une analyse neutre et impartiale.

Il apparaît clair que le raisonnement juridique, dont la démarche traditionnelle consiste à cerner l'objet (la situation de faits) en ne retenant pour véridiques que les faits observables et vérifiables, en décomposant le phénomène juridique (la situation de fait observée selon la règle de droit) en ses éléments constitutifs pour fins de démonstration, en exigeant la preuve d'un lien de causalité direct et immédiat et en confiant à un tiers indépendant et impartial le soin de résoudre le litige, s'inscrit dans cette logique du modèle cartésien. On peut même identifier à cette démarche, le fait qu'à partir d'une unique règle de droit en matière de discrimination on ait subdivisé, décomposé le tout (le concept de discrimination) en trois catégories distinctes (directe, indirecte et systémique) présumées exclusives les unes des autres. Se pose alors le problème des situations mixtes ou non clairement différenciées où l'interprète du droit se confond dans une démarche

¹ DESCARTES, R. *Discours de la méthode*, Paris, Garnier Flammarion, 1966, p.47.

d'interprétation qu'il ne parvient pas toujours à articuler intelligiblement² parce qu'elle ne cadre pas avec ce modèle d'inspiration cartésienne. Ces difficultés qui ne sont pas propres au droit ont conduit plusieurs chercheurs à examiner d'autres approches, d'autres raisonnements.

Parmi les courants scientifiques du dix-neuvième siècle, certains provoquent des brèches dans la logique cartésienne et nous intéressent par leur recherche davantage centrée sur la globalité de l'objet, ses composantes, ses effets et les conséquences qui en découlent. Mentionnons en premier lieu le courant évolutionniste. Le modèle proposé est fondé sur le constat suivant: la connaissance d'un objet peut résulter non seulement de sa décomposition en ses éléments constitutifs mais également de son activité dans la constitution d'un nouvel ensemble. Essentiellement, on parle d'un changement de perspective dans l'approche dialectique. C'est la substitution, pour reprendre les termes de Jean-Louis Le Moigne, de la dialectique structure-évolution à la dialectique structure-fonction.³

Cependant il faut attendre, à toutes fins utiles, la deuxième moitié du vingtième siècle pour que ces deux conceptions de la recherche soient unifiées dans un raisonnement qui ressort du modèle structuraliste⁴. On y propose de décrire l'objet dans sa totalité, c'est-à-dire de le décrire, à la fois et en même temps, dans sa constitution, sa fonction et son évolution. La démarche proposée retient qu'«une structure est certes formée d'éléments, mais ceux-ci sont subordonnés à des lois caractérisant le système comme tel» et qui

² Qu'on pense ici aux discussions relatives aux effets et conséquences de la classification d'une situation discriminatoire résultant d'une politique de l'employeur sous l'angle de la discrimination directe ou indirecte: dans le premier cas, l'employeur doit justifier sa politique et le tribunal en examiner les tenants et les aboutissants alors que dans le second cas, le tribunal ne devrait même pas s'interroger sur la nécessité d'une telle politique pour l'exercice de l'emploi en question. Qu'en est-il alors de la politique qui produit des effets tant directs qu'indirects ?

³ LE MOIGNE, J.L., *La théorie du système général, Théorie de la modélisation*, Paris, PUF, 1977,; (2e édition) Paris, PUF, 1984; (3e édition) Paris, PUF, 1990; (4e édition) Paris, PUF, 1996, p. 51

⁴ PIAGET J., *Le structuralisme*, Paris, PUF, 1974.

«confèrent au tout en tant que tel des propriétés d'ensemble distinctes de celles des éléments»⁵. Il faut noter que le modèle structuraliste repose lui aussi sur l'existence de «lois» c'est-à-dire de règles déterminantes, permanentes et universelles régissant les rapports entre les éléments et qui prédéterminent ces rapports.

Selon ce raisonnement, le réductionnisme constitue une partie seulement de la démarche d'analyse et le causalisme simple et linéaire ne peut prétendre à l'explication complète des phénomènes. L'objet constitue un «centre de fonctionnement»⁶; il n'est pas le résultat d'une cause unique mais le résultat d'un ensemble de causes.

C'est dans la foulée du structuralisme que s'est développé le modèle systémique. Il est issu de divers courants qui, à la même époque, s'intéressaient à la problématique de l'objet-système. Qu'il s'agisse de Bertalanffy et de la théorie du système général⁷, de Wiener ou de Ashby et de la cybernétique⁸ ou de Battista et du holisme⁹, tous ont contribué à développer le discours contemporain du paradigme systémique.

Le courant cybernétique a introduit la notion de système dans l'analyse de l'objet; les tenants de ce courant proposent de concevoir l'objet comme une structure semi-ouverte, à l'intérieur de laquelle s'exécute l'action, en interaction avec un environnement déterminé auquel elle réagit pour s'ajuster (boucle de rétroaction). La cybernétique apporte un modèle d'analyse efficace dans l'étude du fonctionnement mécanique, c'est-à-dire des phénomènes constants et programmés, mais peu efficace dans l'analyse des phénomènes

⁵ *id.* p. 8

⁶ *ibid.*

⁷ **VON BERTALANFFY, L.**, *General System Theory*, Georges Braziller Inc., New York, 1968.

⁸ **WEINER, N.**, *Cybernetics*, Paris, Hermann, 1948; **ASHBY, W. R.**, *An Introduction to Cybernetic*, Londres, Chapman and Hall, 1952.

⁹ **BATTISTA, J. R.**, *The Holistic Paradigm and General System Theory*, (1977) XXII General Systems 65.

sociaux qui dépendent de l'influence des décideurs sur la structure. La cybernétique ne fait aucune place, dans sa représentation de la réalité, à l'analyse du processus de conception du système ou encore à l'analyse des décisions ou des choix préalables. Selon Morin, elle aurait donc pour conséquence, dans l'analyse des phénomènes humains, de conforter «les appareils sociaux dominants» dans leur prétention selon laquelle ils sont «Porteurs de l'Information/Vérité»¹⁰.

Le holisme, quant à lui, propose de définir l'objet à l'aide de la notion de système caractérisé par le fait que sa nature et sa forme ne seraient que le résultat d'interactions exogènes, plutôt que le fait de relations internes entre ses composantes, associées à ces interactions exogènes. Ce raisonnement ignore, en quelque sorte, les parties du système pour ne retenir que l'objet, en tant que «tout», revenant, en cela, au modèle évolutionniste. A cet effet, Morin écrit que «le tout est insuffisant»¹¹.

La théorie du système général ou théorie de la systémique a, pour sa part, mis l'accent sur l'objet en tant qu'organisation; elle pose comme hypothèse que l'objet comprend des parties, se situe dans un environnement et que le tout repose sur les interrelations qui les unissent. Cette théorie se situe là où s'arrête le modèle cartésien en incorporant dans la connaissance de l'objet son «opérationnalité» et s'inscrit dans un courant qui dénonce les limites du réductionnisme et du causalisme simple. Elle revendique la participation interdisciplinaire dans la connaissance de l'univers plutôt que l'ultra spécialisation où «chaque spécialité devient un petit modèle insignifiant détaché du reste»¹².

¹⁰ MORIN E., *La méthode*, T.1, Paris, Éditions du Seuil, 1977.

¹¹ *id.* p. 128.

¹² L. VON BERTALANFFY, *op. cit.* note 39, traduit par CHABROL J.B., *Théorie générale des systèmes*, Paris, Bordas, 1973, p.49.

C'est donc dans la recherche de l'équilibre entre la spécificité et la totalité de l'objet que le modèle systémique trouve sa place. Il propose de concevoir l'objet comme un système doté d'une structure formée d'éléments en interaction selon des finalités organisantes, d'où son évolution constante ou son adaptation (extemporanée) aux conditions internes et externes imposées. En d'autres termes, l'objet connaissable ou phénomène observé est en interrelation avec son environnement qu'il peut influencer autant qu'il est susceptible d'en subir l'influence. Cette approche permet davantage de comprendre (*construire du sens*¹³) la réalité et l'opérationnalité des phénomènes humains qui répondent à de multiples finalités.

Nous proposons donc de retenir le raisonnement systémique et d'en examiner les préceptes en tant que cadre d'analyse de la modélisation des phénomènes juridiques flous tel que la discrimination prohibée.

Section I Le cadre conceptuel et sa pertinence dans l'étude du phénomène de discrimination

1.1 le cadre conceptuel et la méthodologie

La systémique repose pour l'essentiel sur quatre bases théoriques dont nous présentons les grandes lignes telles qu'elles ont été développées, notamment par l'école française.

Le premier précepte de la théorie consiste à reconnaître la distinction qui existe entre le tout et les parties. En d'autres mots, la compilation de l'examen de chacune des composantes d'un objet n'égale pas le résultat de l'examen de l'ensemble lui-même¹⁴. L'étude des éléments variera selon qu'on les considère isolément ou en tant que parties de

¹³ **LE MOIGNE J.-L.**, *Sur les fondements épistémologiques de la science de la cognition: contribution de la systémique aux constructivismes*, dans Andreewsky E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 11-50, p. 44.

¹⁴ Le tout est plus que l'ensemble des parties: E. Morin, *op.cit.*, note 10, pp. 106 et 122

l'ensemble, intégrant alors leurs interactions dynamiques et considérant que leurs propriétés fluctueront en fonction de l'influence du système.

Le deuxième précepte de la théorie pose que le tout ou les parties de l'objet ne sauraient exister sans l'«organisation». Cette notion d'«organisation» repose sur deux fondements, soit l'unité globale élémentaire du tout et la diversité de ses composantes. L'analyse qui propose de réduire le système en ces composantes altère son unité ou plus exactement modifie sa nature. Le système est un objet complexe que l'on doit étudier dans sa complexité en élaborant «l'univers construit» de l'objet qui intègre l'«organisation»¹⁵.

Le troisième postulat se rapporte à la notion même de l'objet. En systémique, l'objet intègre le tout et ses relations exogènes, ses parties et les relations endogènes. Le Moigne décrit l'objet comme quelque chose (n'importe quoi, présumé identifiable) qui exerce, dans un environnement, une activité et qui, doté d'une structure, évolue dans le temps pour quelques finalités¹⁶. Cette définition conceptuelle de l'objet conduit à un examen en deux étapes, l'une visant la description et l'autre la conceptualisation de l'objet, le tout prenant en considération sa structure, son activité et son évolution selon trois perspectives, soit en fonction de ses définitions fonctionnelle, ontologique et historique.

Le quatrième postulat du modèle systémique, vraisemblablement le plus distinctif de cette approche scientifique, pose que dans la mesure où un système est qualifié d'objet-complexe, il relève d'une démarche explicitement artificielle de conceptualisation¹⁷ dans la compréhension de sa complexité, démarche qui s'appuie sur un axiome constructiviste.

¹⁵ Dans cet univers, le terme organisation réfère aux liens corrélatifs liant les parties pour présenter une fonction effective ou une réalité efficiente. LE MOIGNE, J.-L., *Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?*, (1985) *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 155; *La théorie du système général, théorie de la modélisation*, *op.cit.* note 3.

¹⁶ LE MOIGNE, J.-L. *op.cit.*, note 3, p.62.

¹⁷ LE MOIGNE, J.-L. *op.cit.*, note 14, p. 161

Ainsi apparaissent les distinctions fondamentales entre cartésianisme et systémique que nous présentons dans le tableau qui suit.

Tableau I Distinction entre cartésianisme et systémique

Cartésianisme	Systémique
les données sont évidentes (observables et vérifiables)	les données sont pertinentes (utiles et nécessaires)
l'objet s'analyse en le décomposant en ses parties distinctes, en autant de parties qu'il soit nécessaire	l'étude de l'objet consiste à déterminer sa structure, son activité et son évolution selon les perspectives fonctionnelle, ontologique et structurelle
la causalité simple et linéaire relie les parties de l'objet dans une séquence cause-effet qu'il faut présumer	les rapports entre les parties relèvent de la causalité nécessaire (linéaire, finale ou circulaire)
chaque objet peut être connu intégralement ou totalement	chaque objet est compréhensible par l'observation du tout qui est distinct de l'ensemble de ses parties et qui ne saurait exister sans l'organisation qui les relie
l'objet est indépendant de l'observateur; du fait de cette indépendance, l'observateur procède à une analyse objective et impartiale	l'observateur structure son observation selon son expérience et ses connaissances pour concevoir l'objet en fonction des objectifs déterminés et clairement énoncés

La modélisation, oeuvre du concepteur pour rendre intelligible un phénomène, permet «d'identifier, d'architecturer, de transformer ces règles [de construction du modèle], par quelques constructions théoriques argumentées... et instrumentalisables». LeMoigne écrit de plus que

«Concevoir c'est organiser; une conception est une organisation, organisée et organisante; un modèle ne peut se réduire à un schéma organisé, aussi fin soit-il; il nous faut le construire et le lire dans sa potentialité organisatrice; il doit être organisant s'il prétend rendre compte de la Complexité perçue (l'essentielle imprévisibilité) du phénomène modélisé.»¹⁸

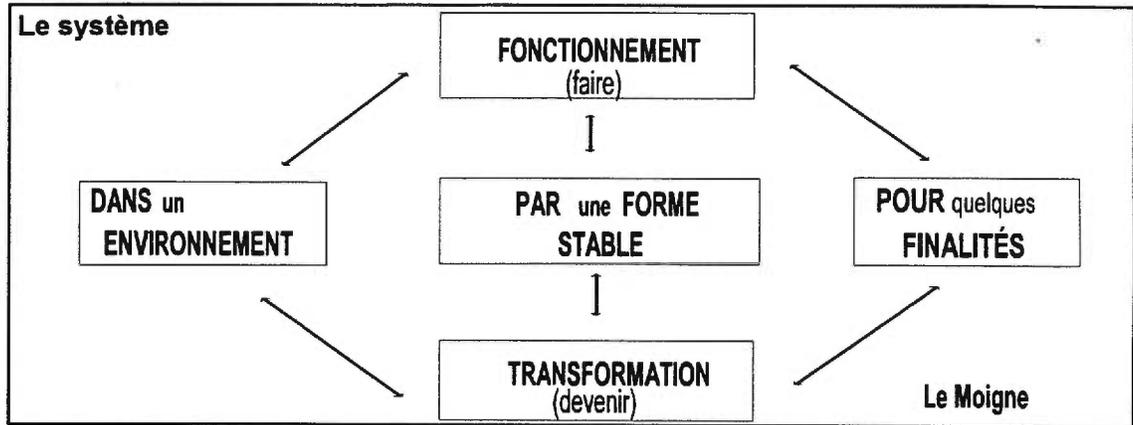
¹⁸

LE MOIGNE J. L., *Conception de la complexité et complexité de la conception*, (1990) Revue internationale de systémique Vol. 4 N° 2 295, p. 306-307.

La modélisation permet de faire émerger l'organisation autour du noyau stable, de mettre en lumière ce que Morin appelle l'«endo-exo-causalité» circulaire, responsable de la dynamique du système.

La démarche de modélisation de l'objet repose sur les préceptes tel qu'énoncés précédemment, illustrés et résumés par Le Moigne:

Figure 1



1. Un système général est "quelque chose qui fait quelque chose". FAIRE et non pas Être. Faire, fonctionner, faire quelque chose à quelque chose, le transformer.
2. "DANS quelque chose, POUR quelque chose" ; Dans un "environnement", la fonction implique un espace symbolique au sein duquel elle s'exerce; elle implique aussi un (ou des) projet(s) par rapport auquel (auxquels) elle est intelligible; un comportement absolument erratique n'est pas susceptible d'être entendu comme un fonctionnement.
3. "Qui devient quelque chose au fil des ans" qui se transforme donc, fonctionnant, ou qui, peut-être, parce qu'il se transforme -dans quelque chose, pour quelque chose- fonctionne; boucle fondamentale de (1) à (3), de (3) à (1).
4. "Par quelques formes suffisamment stables" ... pour être représentables par quelques modèles; ce qu'ailleurs, on appelle volontiers la structure du système... morphologie qui peut-être ne "structure" rien du tout; d'où une définition idéogrammatique succincte mais complète, conceptuellement satisfaisante, de cet artifice par lequel l'esprit humain peut a priori représenter de façon intelligible les complexités qu'il perçoit et qu'il conçoit.

Bref, la systémique propose de distinguer les parties du système plutôt que de les disjointre, comme le faisait l'analyse réductionniste, pour mieux saisir leurs relations et leurs interactions, au même titre qu'elle pose «le principe de relation entre l'observateur-concepteur et l'objet observé» plutôt que «la disjonction absolue entre l'objet et le sujet».

Selon Morin, il est démontré que «la connaissance physique est inséparable de l'introduction d'un dispositif d'observation, d'expérimentation (appareil, découpage, grille) et, par là, inclut la présence de l'observateur dans toute observation ou expérimentation»¹⁹. Celui-ci intervient en structurant ses observations selon ses finalités ou ses objectifs définis et selon son bagage de connaissances antérieures.

Il apparaît, dès lors, inexact de prétendre que l'observateur peut procéder à un examen indépendant et impartial de l'objet puisqu'en tout temps il interagit dans l'analyse par les règles ou principes qu'il choisit d'utiliser pour ce faire. On parle alors de récursivité entre observateur et objet plutôt que de subjectivité de l'observateur; celui-ci recueille les données connaissables et construit l'objet qu'elles forment; il lui attribue valeur et sens en fonction du champ de ses connaissances qui, du même coup, s'élargit.

Dans le déroulement de ce processus cognitif, la modélisation systémique peut être qualifiée de téléologique par sa recherche de l'intelligibilité de la complexité de l'objet ²⁰. Elle prône l'existence de finalités propres à l'objet et retient que c'est par sa représentation globale et sa modélisation du tout que l'observateur sera en mesure de les découvrir et de saisir la complexité du phénomène.

Finalement, il importe de mentionner que la systémique privilégie l'étude multidisciplinaire de l'objet et favorise le raisonnement inductif analogique pour relier les différents domaines de connaissance; à cet égard, le modèle constitue l'une des formes les plus élaborées du recours à l'analogie et permet de partager l'état des connaissances au-

¹⁹ MORIN, E., *Épistémologie de la complexité*, (1984) 1 Revue de la recherche juridique, Droit prospectif 47, p.61.

²⁰ LE MOIGNE, J.L. et M.,ORILLARD, *Des méthodes de pensée qui conviennent...*, *Présentation de systémique et complexité*, (1990) Revue internationale de systémique. V.4, n° 2, 119, p. 122.

délà des difficultés du langage disciplinaire²¹. La modélisation peut porter sur trois niveaux de modèles: du plus synthétique au plus complexe, il s'agit des modèles conceptuel, logique et physique²² dont nous traiterons plus longuement à la section 2. Revenons pour le moment au deuxième point que nous voulons aborder ici, soit la pertinence d'une telle approche pour le raisonnement juridique.

Comme nous le mentionnions au début de ce chapitre, le raisonnement juridique s'appuie toujours largement, pour ne pas dire uniquement, sur le modèle cartésien. Or, il nous semble qu'à plusieurs égards, le droit pourrait profiter de la modélisation systémique dans la compréhension d'un phénomène aussi complexe que celui de la discrimination. Nous allons tenter dans la prochaine section d'en démontrer l'utilité et la pertinence pour les juristes tant dans l'étude des situations de discrimination que de leurs solutions.

I.2 La modélisation dans le débat judiciaire sur la discrimination

La systémique propose la modélisation des phénomènes pour rendre intelligible leur organisation, c'est-à-dire la présentation sous forme d'un modèle constructible des composantes du système et de l'endo-exo-causalité²³ qui les unit; il s'agit de conceptualiser l'objet ou, en d'autres mots, la situation juridique en cause, afin de la rendre connaissable juridiquement. Rappelons que l'étude de l'interprétation judiciaire en matière de discrimination (Partie I de la thèse) tend à démontrer que les faits juridiques ne prennent

²¹ A ce sujet voir: **BAILLY F.** *L'anneau des disciplines - Langages disciplinaires et signification*, (1991) *Revue internationale de systémique*, V.5 n° 3, 349.

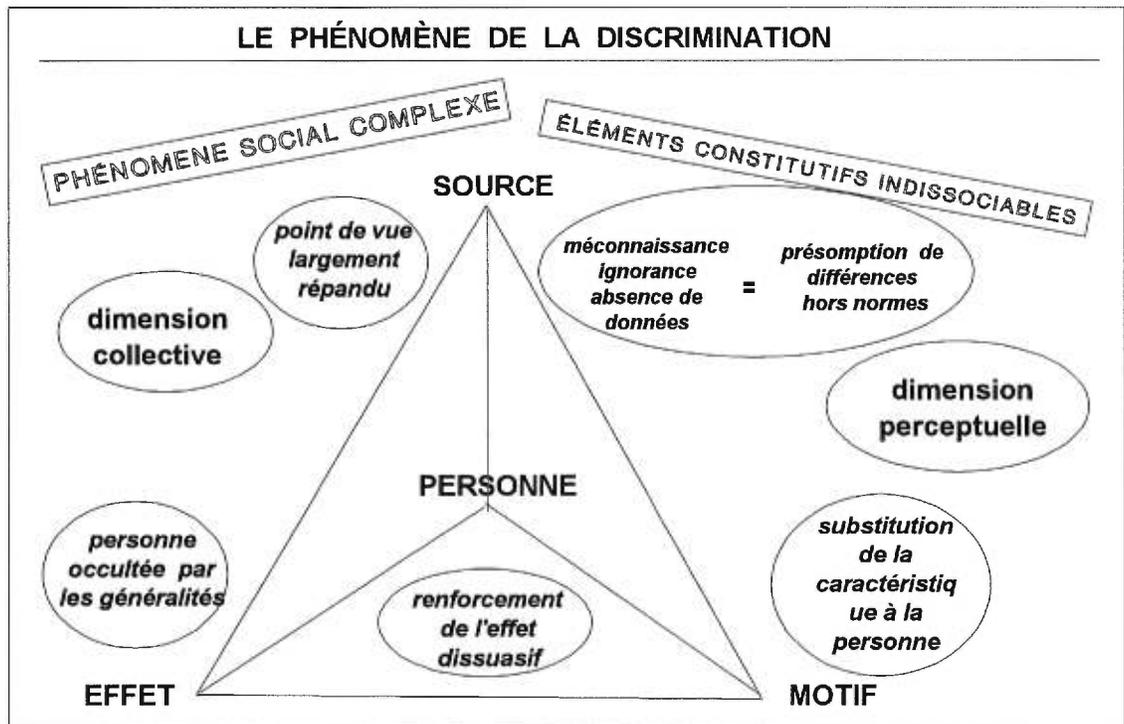
²² **PLANCHE R.**, *Maîtriser la modélisation conceptuelle*, Paris, Masson, 1988, chapitre 1,

²³ Cette expression réfère aux relations ou rapports qui s'établissent entre les éléments constitutifs; ces relations peuvent précéder et engendrer des éléments ou découler de ceux-ci; elles relient les éléments entre eux - endogènes -ou les relient à leur environnement - exogènes; elles sont déterminantes de leur(s) activité(s). La démonstration de ces relations constitue le raisonnement explicatif de l'opérationalité de l'objet, c'est-à-dire la représentation de la causalité nécessaire.

leur sens qu'à travers une lecture fondée sur les finalités de la Loi qui conduisent à reconnaître une indissociabilité entre les éléments constitutifs dans la production de l'effet discriminatoire prohibé.

On peut illustrer, à l'instar de J.L. Le Moigne²⁴, le phénomène de la discrimination tel que perçu par le droit et décrit dans la première partie de cette thèse, par la figure suivante:

Figure 2



Légende Le triangle permet de saisir l'indissociabilité des éléments constitutifs et les relations qui les unissent. Les bulles apportent un éclairage sur les caractéristiques propres au phénomène et tendent à démontrer l'influence des données externes sur les éléments constitutifs.

On peut dire que, dans le cadre d'une situation où un effet d'exclusion, de distinction ou de préférence est constaté relativement à une personne caractérisée par l'un des motifs

²⁴

Modèle inspiré de Le Moigne, précité note 3, p. 64.

prohibés, le droit a dû, pour résoudre l'«énigme» posée par le constat d'un effet sans cause précise, directe, certaine ou immédiate, compléter sa méthode d'analyse empirique par une construction des faits selon les finalités de la Loi afin de solutionner les litiges. En d'autres termes, l'interprète du droit a dû recourir à une interprétation téléologique des éléments constitutifs de la disposition législative tout autant que des éléments constitutifs de la situation factuelle de discrimination. Ce modèle d'interprétation intègre les valeurs prônées par le législateur et énoncées dans les objectifs de la loi afin d'assurer la pleine application des mesures promulguées par la loi. Ainsi, il est possible d'affirmer «que le droit ne s'applique plus [uniquement] à la matérialité des faits mais à leur signification dans un système de valeurs»²⁵.

Cependant, le raisonnement suivi demeure, pour l'essentiel, déterministe, c'est-à-dire causaliste au sens de Descartes; il est à la fois sectoriel et restreint au modèle juridique traditionnel en vertu duquel la reconnaissance de la situation de discrimination passe par la preuve de la causalité linéaire entre les éléments constitutifs.

Or, si cette démarche a conduit à la résolution des litiges où les éléments étaient peu nombreux et homogènes et la causalité simple et linéaire, il nous est apparu que les situations complexes, caractérisées par des relations interactives et interreliées, laissent les juristes désarmés, tant procureurs que décideurs, face aux difficultés liées à l'analyse des éléments de preuve et à leur démonstration signifiante dans le processus judiciaire. La démarche juridique, même en intégrant l'interprétation téléologique, elle-même systémique, s'avère insuffisante pour résoudre les litiges résultant de systèmes complexes à causalité circulaire.

²⁵ **BOURCIER, D.**, *Des faits aux règles, Réflexions à partir du livre: L'interprétation des faits en droit*, (Th. Ivainer, Bibliothèque de philosophie du Droit, T. 30 L.G.D.J., Paris 1988), (1990) *Revue Internationale de systémique* vol 4 N° 2 225.

Les éléments caractéristiques d'une situation complexe doivent être replacés dans leurs interactions et leurs interrelations pour faire émerger leur signification. Une analyse purement linéaire conduit généralement à une antithèse de la démonstration voulue, bref à une impasse. Par contre, cette antithèse disparaît si les éléments sont interprétés selon la situation où ils prennent place; autrement dit, si l'interprète présente une schématisation cohérente de ces éléments et de leurs activités dans la production du phénomène concerné.

Il importe de retenir que ce qui suscite et conduit l'interprétation ne peut être qu'une volonté déterminée d'accomplir l'intention du législateur. Toute interprétation dépend de cette volonté. Or si la pensée qui conduit à sa matérialisation, n'est jamais indépendante du domaine juridique par lequel et au sein duquel elle élabore des significations, elle doit forcément recourir à une adaptation de ses processus logiques pour en assurer la réalisation.

Face à des concepts juridiques flous qui recouvrent des réalités ou phénomènes complexes, l'interprétation appropriée ne peut être que celle qui construit du sens en liant les faits, leurs valeurs et leurs relations dans une cohérence locale et momentanée, déterminée par la situation en cause. Dans ce travail de production ou d'organisation de la signification, l'interprétation fait appel à des modèles où sont intégrés non seulement les éléments matériels ou factuels mais également les rôles des personnes, leurs comportements ou leurs attitudes, bref de tout ce qui a une portée dans l'action.

En fait, il n'en va pas vraiment autrement de l'interprétation des situations simples ou même compliquées²⁶ soumises à l'interprète du droit. L'insuccès observé face à la reconnaissance des situations complexes provient plutôt du fait que le raisonnement logique qui conduit traditionnellement les juristes s'arrête au seul causalisme efficient. Fait à noter,

²⁶ Une situation compliquée met en cause de nombreux éléments structurés hiérarchiquement ou horizontalement selon des modules indépendants alors que la situation complexe se présente comme une entité formée de nombreux éléments interdépendants.

dans le cadre de l'approche traditionnelle, la démarche d'interprétation est rarement explicitée, elle constitue plutôt un axiome qui conduit l'analyse juridique. Elle demeure à un niveau implicite, c'est-à-dire qu'elle n'est ni apparente ni exprimée, si ce n'est lorsque nécessaire pour rejeter les conclusions d'une situation où la relation entre les éléments ne cadre pas avec ce modèle.

À cette étape de notre démarche, nous postulons que la schématisation, c'est-à-dire la modélisation en langage naturel, conduit déjà implicitement le raisonnement juridique et que seule la finalité qui oriente cette schématisation (c'est-à-dire celle de n'accepter comme vraisemblable ou plausible que les situations organisées logiquement selon la causalité efficiente) empêche la concrétisation pleine et entière de l'interprétation téléologique de l'intention du législateur face aux situations juridiques complexes.

Dans le but de réaliser cet objectif, nous soumettons que la modélisation systémique, en langage naturel, est susceptible de conduire l'interprète du droit là où les situations commandent une application de raisonnements logiques autres c'est-à-dire l'application de la causalité finale ou circulaire.

Section II La méthode et la construction du modèle

Dans l'analyse d'une situation de discrimination, le modèle s'identifie au cadre d'analyse de l'exposé des faits. Autrement dit, le modèle fournit une grille d'interprétation des faits juridiques plutôt qu'une simple règle d'interprétation. Ceci permet de saisir les significations possibles des entités pertinentes et des liens qui les unissent par application des raisonnements causaux nécessaires à la production de l'effet discriminatoire; il peut s'agir de la causalité efficiente, finale ou circulaire. Il faut rappeler ici que, si la typologie développée pour cerner rapidement les éléments constitutifs d'une situation de discrimination prohibée a d'abord été centrée sur les effets (direct ou indirect) du phénomène pour qualifier la situation juridique, il a fallu, en quelque sorte, inverser le

processus et se préoccuper des causes pour reconnaître la situation juridique de discrimination qualifiée de systémique. Ce sont, en effet, les sources du phénomène et leurs relations qui caractérisent cette situation juridique dans la production d'effets prohibés.

Nous proposons donc d'adapter la démarche théorique de modélisation développée par Le Moigne afin de construire les modèles d'interprétation juridique appropriés au phénomène de la discrimination et plus particulièrement de la discrimination systémique.

2.1 L'adaptation du modèle théorique

A cet effet, la partie qui suit est largement tributaire de *La théorie du système général, Théorie de la modélisation*, écrit par Jean-Louis LeMoigne²⁷. Ce livre présente la démarche tant théorique que pratique de la modélisation de l'objet-système. Nous présentons sommairement, en premier lieu, le cadre dans lequel s'inscrit toute forme de modélisation pour ne retenir aux fins de cette thèse, c'est-à-dire en fonction des objectifs particuliers du droit et de l'interprétation judiciaire des phénomènes juridiques, que les éléments nécessaires à une représentation pertinente et utile à l'interprète du droit.

La modélisation est susceptible de remplir de nombreux objectifs qui vont de l'identification de la structure d'un objet, de son activité et de son évolution à la connaissance, la compréhension et même à l'anticipation de ses comportements dans un environnement donné à un moment déterminé. Ce sont les objectifs du concepteur qui déterminent les frontières du modèle et, par conséquent, son utilité et sa pertinence dans la démonstration.

²⁷

Loc. cit., note 3

Dans toute modélisation, interviennent une démarche et des concepts de base qu'il importe de connaître. Avant toute chose, et pour assurer la validité de la démarche, le concepteur se doit de communiquer les règles retenues pour la modélisation de l'objet.

- la première règle: la démarche logique adoptée et ses concepts pertinents

La première de ces règles vise l'identification du raisonnement suivi dans la démarche d'analyse soit le raisonnement hypothético-déductif (1) ou axiomatico-inductif (2).

Ainsi, il est possible d'aborder le phénomène juridique de la discrimination en posant l'hypothèse (1) que la règle de droit constitue un syllogisme où chaque prémisse - ou élément constitutif - (le motif caractérisant la personne, la source et l'effet²⁸), doit être démontrée de manière exclusive et disjonctive pour ensuite établir l'existence ou la non-existence d'un lien de causalité les unissant. Selon les règles de l'interprétation traditionnelle, le précepte linéaire de l'explication cause-effet nécessite la preuve d'une relation directe et immédiate entre des éléments distincts, existants séparément dans leur réalité propre. Cependant, en matière de discrimination, cette approche comporte des limites dont nous avons amplement discuté dans la première partie de cette thèse et qui nous ont conduit à privilégier l'approche axiomatico-inductive.

On peut en effet concevoir le modèle idéal de la règle juridique en tant qu'axiome posant l'indissociabilité des éléments constitutifs et du phénomène même de discrimination. De cet axiome, il est alors possible d'induire que chacun des éléments joue un rôle dans la définition et la réalisation de l'autre. La démonstration des conjonctions existant entre eux permet également d'induire, par interprétation téléologique, les finalités de leur comportement ou, en d'autres mots, d'appliquer le précepte téléologique de la causalité

²⁸ Pour illustrer ce syllogisme on peut penser à la situation suivante: Pascale est noire (personne caractérisée par le motif), le restaurant n'accepte pas les noirs (source), Pascale n'est pas admise (effet).

nécessaire à l'émergence de la discrimination à travers les liens qui unissent les éléments constitutifs.

Dans cette thèse, nous retenons la deuxième approche parce qu'elle nous paraît plus cohérente dans la reconnaissance du phénomène juridique de la discrimination qui constitue une situation active, structurée et évolutive. À cet effet, nous postulons que l'intervention judiciaire consiste à reconnaître toute situation de discrimination résultant, plus souvent qu'autrement, d'une relation circulaire (perspective fonctionnelle) entre la structure (les éléments constitutifs) et l'activité (production de l'effet); cette reconnaissance devrait permettre au juge de mieux circonscrire (perspective génétique ou historique) tant les origines (les sources) que les conséquences de son évolution (ordonnance).

Se rattache à cette première règle, la nécessité de préciser les concepts retenus pour procéder à l'observation du phénomène. Les concepts pertinents dans la représentation des caractéristiques de l'objet modélisé se divisent en fonction de leur utilité dans la construction du modèle. Le référentiel Temps-Espace-Forme, le concept de la **boîte noire** et les concepts dualistes des processus **flux / champ** serviront à l'identification des données significatives du système et permettront d'appréhender son activité.

Le référentiel triadique TEF rend possible la décomposition de toute activité (fonction) de l'objet-système. Toute activité ou tout processus comporte un ou des éléments formels (matériel ou informationnel) qui occupent un espace ou y opèrent selon une dimension temporelle inéluctable.

Le concept de la **boîte noire** désigne, quant à lui, l'espace inconnu de réalisation du système, là où seules les données intégrées (intrans) dans et par le système et les données produites (extrants) sont identifiables et identifiées; il s'agit des situations où l'on peut observer un résultat, un état formel déterminé concernant des données identifiables sans

que les mécanismes de production de cet état ne soient connus²⁹. Le concept pose la validité de l'examen qui reconnaît l'existence d'un système responsable de cet état, au-delà de l'ignorance relative quant à sa nature, sa structure et son organisation ou ses mécanismes de production et cela sur la base de l'identification des intrants et des extrants³⁰. Dans le cadre de la modélisation, il s'agit, en fait, d'un concept essentiel à la démarche de définition du phénomène dans la mesure où il permet de formuler des hypothèses d'analyse.

En ce qui concerne la modélisation des situations de faits où un effet discriminatoire peut être constaté et une source potentielle identifiée, ce concept devrait permettre d'analyser chacune de ces deux entités en postulant leurs rapports présumés.

Autres notions importantes, les processus dualistes **flux** et **champ** sont des concepts explicatifs des propriétés pertinentes des entités. Ils visent à caractériser, d'un point de vue fonctionnel, les données significatives en les classant selon qu'elles interviennent (variables indépendantes) dans la régulation (flux) des autres données ou qu'elles sont (variables dépendantes) elles-mêmes objet de régulation (champ). La complémentarité d'action de ces deux notions assure la stabilité évolutive du système ou les changements opérationnels nécessaires au maintien de l'organisation. La typologie des flux est variée mais en ce qui concerne les phénomènes sociaux, on parlera généralement de flux informationnels appartenant à la catégorie des signaux (ordre) ou des données (connaissances) concernant les individus et leurs relations entre eux ou avec les outils ou matériaux qu'ils utilisent.

²⁹ Pour un exemple de son application au domaine du droit on peut évoquer la présomption; en vertu de celle-ci, le juge ou l'adjudicateur est autorisé à tirer des conclusions juridiquement valides à partir de faits prouvés sans pour autant que les relations que les unissent ne soient démontrées; il en est généralement ainsi parce que la preuve de la relation directe est soit impossible soit particulièrement ardue à faire.

³⁰ Pensons à la présomption de faits. Le droit criminel, par exemple, intègre ce procédé lorsqu'il valide les conclusions à l'effet qu'une infraction a été commise par l'accusé à partir de la preuve de certains faits circonstanciels concernant l'accusé et de la démonstration de l'existence de l'infraction sans pour autant disposer de la preuve des conditions exactes de la réalisation de l'infraction par l'accusé.

- la deuxième règle: l'objectif logique privilégié

??

Au delà des concepts qui précèdent et qui concernent le repérage et la caractérisation des données significatives, la modélisation s'articule autour d'un objectif logique privilégié; il s'agit de la deuxième règle qu'il importe de préciser puisqu'il est possible de procéder à la modélisation selon deux fonctions distinctes qui sont soit de résoudre le problème ou de comprendre le phénomène. Pour bien saisir ce dont il s'agit, nous reproduisons les formulations conceptuelles de ces deux axes de connaissance de l'objet proposées par Le Moigne.

Résoudre, c'est, partant d'un état initial et d'un *objectif* explicité (état final souhaité), rechercher les *itinéraires* possibles qui permettent d'aller d'un à l'autre ("calculer la trajectoire"): *résoudre* c'est *construire un système de signes* (un plan sur une carte).
Comprendre, c'est partant d'un *itinéraire* décrit ou descriptible (la description d'un comportement, l'exposé d'un énoncé) rechercher les *buts* possibles d'une telle trajectoire: autrement dit, comprendre c'est *construire du sens*, donner une signification à un comportement observé ou à un énoncé textuel ou imagé.³¹

Cette règle est d'autant plus importante dans la présente problématique qu'elle est reliée aux objectifs que nous poursuivons soit, d'une part, de démontrer que la reconnaissance de la situation juridique de discrimination relève d'une interprétation constructiviste des finalités juridiques et, d'autre part, d'explicitier que cette interprétation repose sur un axiome téléologique dont la prémisse fonctionnelle est la causalité nécessaire fut-elle efficiente, finale ou circulaire. En d'autres mots, l'objectif logique privilégié dans la modélisation de la discrimination vise la *construction de sens*, c'est-à-dire la découverte, à partir de la description d'une situation, de la signification d'un comportement observé afin de confirmer ou d'infirmier l'hypothèse discriminatoire à l'origine de l'effet constaté.

31

LE MOIGNE J.L., *Sur les fondements épistémologiques de la science de la cognition: contribution de la systémique aux constructivismes*, dans ANDREEWSKY E. (dir.), *Systémique et cognition*, Paris, Dunod (coll. Afcet Systèmes), 1991, 11-50, p. 44

- la troisième règle: la modélisation et ses perspectives

La modélisation cherche à définir l'objet dans son organisation. A cette fin, elle s'intéresse à sa structure, à ses limites et à ses points d'articulation tant internes (relations entre les entités) qu'externes (relations avec son environnement). L'identification de la structure repose sur la caractérisation de la dialectique des concepts **processeurs-processus** et des relations qui les unissent. C'est par des outils tels que matrice ³², schéma ³³ ou graphe ³⁴ que les données significatives du système sont regroupées et présentées pour rendre compte de leur existence temporelle, spatiale et formelle en tant que processeurs élémentaires ³⁵. Leurs relations structurales, qui peuvent être neutres (sans effet ni modificateur ni régulateur) ou processantes (avec effet dans le temps, l'espace ou la forme) seront également illustrées.

Les caractéristiques de ces relations seront déterminantes pour établir la nature compliquée ou complexe du système. Des relations arborescentes ou mettant en jeu de multiples éléments en cascade, en parallèle, en chaîne, en séquence et en séries ramifiées caractériseront le système compliqué alors que les relations rétroactives ou reliant deux ou plusieurs éléments en boucle ou dans un cycle rétroactif, conduiront à reconnaître le système complexe. Les éléments constitutifs sont subordonnés aux relations qui caractérisent le système.

³² Il s'agit d'une représentation bi-dimensionnelle sous forme de tableau combinant lignes et colonnes pour classer et articuler les relations entre les données significatives.

³³ Le schéma présente en langage naturel les éléments structurels en associant l'usage de figures et de symboles adoptés spécifiquement pour rendre compte de la représentation discursive de l'objet.

³⁴ Cette forme de présentation tridimensionnelle appartient davantage au langage logico-mathématique et vise à intégrer simultanément les variables temporelles dans la représentation du système.

³⁵ Dans le cadre de notre thèse, nous privilégions la schématisation puisque notre objectif est de traiter d'un outil approprié à la démarche juridique.

L'examen de la structure conduit à la délimitation ou à la détermination des bornes du système; plus précisément, il s'agit de reconnaître ce qui constitue le système lui-même et de distinguer ce qui appartient à son environnement puisqu'un système existe toujours dans un environnement avec lequel il interagit. Une caractéristique essentielle de la modélisation systémique est justement de représenter l'objet d'étude dans son environnement et ce, malgré le fait que celui-ci ne puisse jamais être exhaustivement descriptible³⁶; la modélisation représente le système ouvert aux influences de l'environnement tout autant que l'influençant bien que dans une moindre mesure.

Le paradigme systémique à la base de la modélisation³⁷ comporte 5 paramètres interactifs et interreliés: la structure, l'activité, l'évolution, l'environnement et les finalités de l'objet. Les trois premiers seront toujours présents dans la définition de l'objet comme nous le verrons plus loin. Les deux autres apporteront un éclairage tantôt nécessaire, utile, pertinent, tantôt non, selon les objectifs du concepteur. La modélisation vise à fournir un support explicite aux phénomènes perçus par un observateur. Elle tire sa force, et par le fait même sa validité, de la définition cohésive de l'objet dans sa structure, son activité, son évolution de même que de la cohérence des propriétés qui lui sont attribuées et de l'utilité de ces représentations, bref de la contingence de ses paramètres.

L'articulation du modèle répond aux objectifs préalablement déterminés du concepteur, selon les frontières, les repères ou les séparations qu'il aura identifiés. Le but de l'exercice est non seulement d'exposer, de décrire les éléments constitutifs du système pour le connaître mais également de favoriser l'émergence des raisonnements logiques nécessaires

³⁶ Cette référence à l'impossibilité de rendre compte de l'exhaustivité de l'environnement dans l'apprehension d'un système donné vient de L. von Bertalanffy, qui, dès 1930, élaborait la *théorie des systèmes ouverts* et des nécessaires rapports entre système et environnement; cité dans Le Moigne, op. cit. note 3, p. 57

³⁷ LE MOIGNE J. L., précité note 3, p. 58

à leurs relations afin d'anticiper son comportement, c'est-à-dire comprendre l'objet dans son activité tout autant que dans sa structure et son évolution.

Autre point important à retenir, le niveau de complexification du modèle varie selon les besoins du concepteur. Règle générale, celui-ci cherche à saisir une dimension du système plus ou moins précise ou superficielle, détaillée ou globale, restreinte ou étendue. Ce sont ces finalités qui déterminent le niveau de complexification utile et pertinent qu'il lui faut développer. Il peut s'agir de l'un ou l'autre des neufs niveaux de complexification en terme de modélisation qu'identifie Le Moigne; ces niveaux vont du simple constat de l'existence de l'objet jusqu'à celui de la connaissance et de la compréhension de sa dynamique interne et externe. Nous présentons ci-joint un tableau récapitulatif des points d'observation et des bornes de ces niveaux.

Tableau II Niveaux de complexification du modèle de l'objet

premier niveau	l'objet passif	l'objet est présent ou absent
deuxième niveau	l'objet actif	l'objet se reconnaît par son activité, sa fonction ou son processus opérationnel
troisième niveau	l'objet actif est régulé	l'objet intègre une relation bouclée qui résulte de son acquiescement ou de son rejet d'un comportement déterminé pour maintenir la régularité de son activité
quatrième niveau	l'objet actif s'informe	l'objet engendre de l'information tout autant que de l'énergie ou de la matière pour assurer sa stabilité; la régularité est assurée par sa capacité de recevoir et de décoder de l'information
cinquième niveau	l'objet décide de son activité	la décision émerge dans le cadre d'un processus informationnel: le système ignore délibérément les actions prédéfinies et sans que le changement ne soit induit par l'environnement: le système a des projets
sixième niveau	l'objet actif a une mémoire	la mémoire prend en compte les processus informationnels et décisionnels, les inscrit et les rend dans le temps passé, actuel et futur
septième niveau	l'objet actif coordonne	la coordination s'inscrit dans l'intervention au niveau des processus ou sous-systèmes informationnel, décisionnel et opérationnel

La modélisation utile et pertinente à la démonstration judiciaire du phénomène de discrimination se situe aux niveaux quatre, cinq et six, étant entendu que les premiers niveaux sont inclus dans ces derniers et constituent la base de la démarche d'examen de l'objet. Nous y reviendrons plus loin.

LeMoigne propose l'énoncé suivant pour décrire la modélisation:

l'observateur «procédant à une description de ce qu'il perçoit et de ce qu'il conçoit suggère le cadre dans lequel viendra s'inscrire la description de l'objet à modéliser: ces trois visions, la fonctionnelle, l'organique et l'historique devront se joindre et s'imbriquer, révélant par leur compatibilité mutuelle la légitimité de l'hypothèse initiale».

On peut illustrer cet énoncé en reprenant le tableau suivant³⁸:

Tableau III Représentation matricielle des trois perspectives de la modélisation

<i>Théorie du système général</i>			
	l'objet en activité	l'objet se structure	l'objet évolue
Définition fonctionnelle	les relations internes et externes des processus	(le programme) de successions d'états	la dynamique ou chronique de la fonction d'état
Définition ontologique	le réseau arborescent ou rétro-mettant des processeurs élémentaires	(le schéma) l'organisation structurée	la dualité différenciation /coordination

En résumé, la démarche de modélisation repose sur l'énoncé des objectifs de l'observateur et de l'hypothèse qu'il propose de vérifier dans sa représentation d'un objet.

³⁸

adapté du tableau proposé par Le Moigne, précité note 3, p. 66

Le cadre de modélisation déterminé se fonde sur une articulation cohérente des perspectives fonctionnelle, ontologique et historique de l'objet actif, structuré et évolutif. Une fois précisé le niveau de complexification utile et pertinent aux objectifs visés par le concepteur, il peut procéder à la modélisation conceptuelle.

Pour atteindre ses objectifs de modélisation, l'observateur doit élaborer des schémas successifs correspondant aux diverses phases de cet exercice. Nous n'utiliserons dans notre démarche que les trois phases principales de la modélisation soit la schématisation du modèle idéal, la schématisation des modèles logiques pour finalement entreprendre la représentation du modèle physique. Cette dernière phase présente la description des données significatives du phénomène observé organisées ou opérationnalisées selon le(s) modèle(s) logique(s) approprié(s) pour comprendre la situation de faits à analyser.

2.2 la démarche de modélisation de la discrimination

La modélisation de la discrimination procède par étapes interreliées. Il est notamment nécessaire de conceptualiser le texte législatif qui constitue en quelque sorte la description idéale de l'objet d'étude ou, exprimé en termes plus juridiques, l'expression (discursive) de l'intention du législateur. Cette analyse permet d'identifier les entités et les relations primaires qui composent le phénomène juridique. L'exercice conduit à la schématisation du modèle idéal de la discrimination mais également à l'élaboration des modèles logiques qui en assurent la réalisation. Le modèle idéal exprime la signification des informations constitutives de l'objet et en structure la représentation mentale alors que les modèles logiques présentent les organisations possibles des entités et des relations ou constructions de l'objet en activité.

Une autre étape consiste à conceptualiser la situation de faits qui en découle et conduit à l'élaboration du modèle physique qui permet de comprendre (*construire du sens*) cette situation et d'envisager les lieux d'intervention possibles.

A) le modèle idéal de la discrimination

En droit, le modèle idéal peut être fourni par le législateur lui-même lorsque, par exemple, il choisit de définir spécifiquement l'objet en en identifiant les entités, leurs propriétés et leurs relations. En matière de discrimination, aucune des législatures en cause n'a agi ainsi; elles ont plutôt laissé aux interprètes du droit le soin de le développer.

Il s'agit du modèle le plus abstrait des schémas de représentations de l'objet. Il comprend des règles implicites véhiculées par le choix des entités constituantes et des règles explicites sous forme d'énoncés. Ce modèle présente exclusivement les données possibles et non pas leurs valeurs réelles; il expose les significations du cadre d'analyse disciplinaire et structure la représentation mentale du phénomène perçu qui, règle générale, aboutit à la construction d'un modèle idéal unique décrivant les entités et leurs relations.

Dans ce modèle, la représentation est statique; on ne fait que spécifier l'existence des entités sans distinguer leur rôle ou leur fonction dans la production du phénomène; "le modèle se borne à énoncer leur existence sans imposer de séquence particulière, *laissant à la modélisation logique* le soin de déterminer parmi les organisations possibles des données et des traitements, celle qui est la plus *efficace*"³⁹. Par son niveau d'abstraction, ce modèle ne présente que les entités, leurs propriétés, les règles essentielles et les interrelations élémentaires existant dans la réalité, de telle sorte qu'il appartient toujours au concepteur du modèle physique de les associer de façon pertinente et d'en tirer les

³⁹ PLANCHE, R., précité note 22, p. 31

conclusions appropriées. La vision du système ou phénomène qu'il propose assure la continuité dans l'analyse des modèles physiques éventuels.

L'intérêt ultime de cette approche est d'offrir un cadre d'analyse cohérent pour une variété de situations de faits presque illimitée.

Dans les chapitres précédents⁴⁰, nous avons, à l'aide des principaux arrêts de la Cour Suprême du Canada relatifs à cette question, démontré que peu importe l'origine législative particulière des textes promulguant le droit à l'égalité sans discrimination, les notions fondamentales sous-jacentes à ce droit se composent de quatre entités⁴¹ constitutives: une source déterminée, un effet particulier, un motif ou principe efficient et une personne affectée.

L'analyse du cheminement de la Cour suprême nous a conduit également à reconnaître que la caractéristique principale des relations élémentaires réunissant ces entités était leur indissociabilité dans la production du phénomène de discrimination.

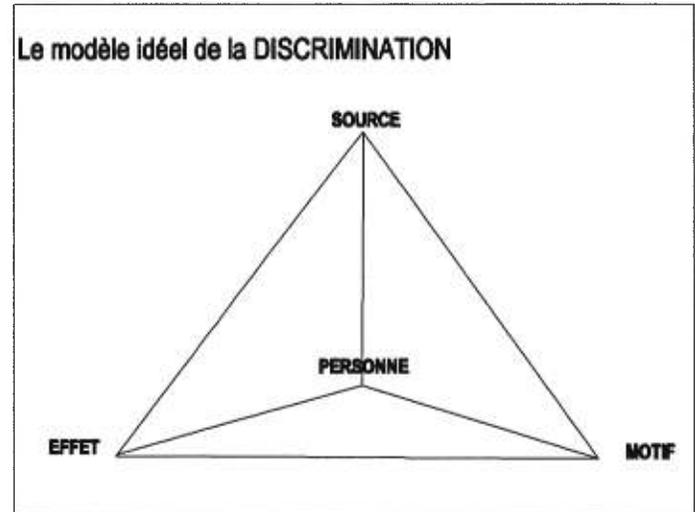
⁴⁰ Voir: DEMERS D.L., *La discrimination systémique: variation sur un concept unique*, (1993) *Revue canadienne de droit et société*, vol 8 N° 2, 83 et DEMERS D.L. *Les concepts flous, l'interprétation constructiviste et la modélisation*, dans THOMASSET C. et D. BOURSIER (dir.) *Interpréter le droit: Le sens, l'interprète, la machine*. Bruxelles, Bruylant, 1997, p.225-246

⁴¹ Les entités constituent différents ensembles d'individus, de choses ou d'événements qui font partie du tout. Ces entités possèdent des propriétés ou éléments d'information permettant de les décrire dans leur nature et leur fonction. Ainsi, même si les tribunaux parlent des trois (3) éléments constitutifs et décrivent le phénomène de discrimination comme si la personne n'en constituait pas une entité propre nous croyons plutôt qu'elle est partie constituante. On peut donner comme exemple la situation de la discrimination indirecte découlant d'une politique d'emploi exigeant la présence au travail le dimanche; la personne affectée sous l'angle de l'atteinte à la liberté religieuse ne le sera pas du simple fait qu'elle adhère à cette croyance mais bien parce qu'elle en pratique les rites. Il y a donc ici une relation spécifique entre personne et motif qui est déterminante dans la reconnaissance du phénomène prohibé de discrimination.

Ainsi, s'il est possible de reconnaître un sens propre à chaque entité prise isolément, dans un autre contexte, il ressort de la majorité des situations de discrimination que leur sens particulier n'émerge qu'à travers les relations qui les unissent dans la production du phénomène de discrimination.

Nous représentons cette caractéristique de l'indissociabilité des entités par la figure d'un triangle tridimensionnel. Chaque entité est reliée aux autres selon les trois modes possibles d'interaction et d'interrelation: fonctionnel, ontologique et historique.

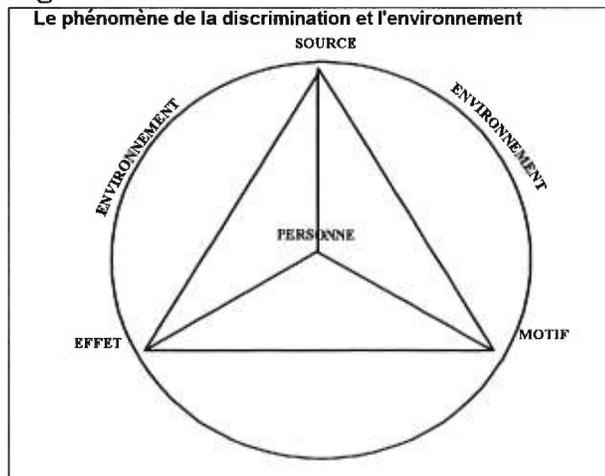
Figure 3



Dans toute situation de discrimination, le motif constitue le principe efficient; il caractérise la personne dans la situation de discrimination et se définit dans ses relations avec la source ou l'effet. Il peut interagir avec la source pour produire l'effet (causalité efficiente) sur la personne ou interagir avec l'effet recherché (effet initial) par la source

(causalité finale) pour ainsi le transformer (effet final) dans son rapport à la personne. Ce sont les modèles logiques qui permettront de concevoir les structures situationnelles possibles.

Figure 4



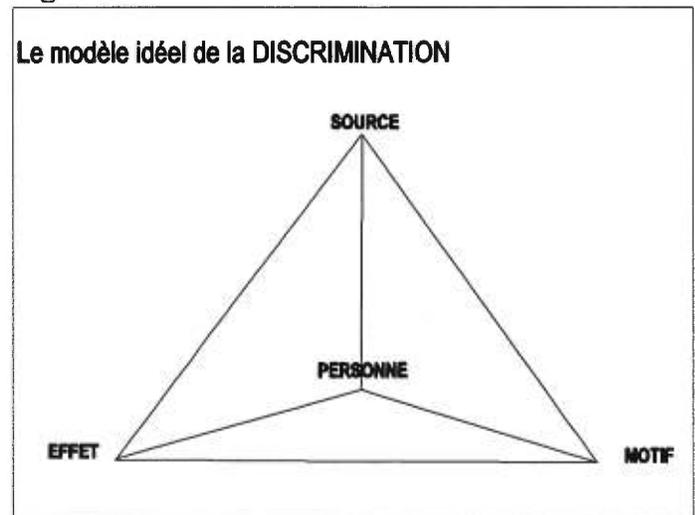
Le modèle idéal s'inscrit dans un environnement qui vient déterminer ou préciser les propriétés des entités. Il

Ainsi, s'il est possible de reconnaître un sens propre à chaque entité prise isolément, dans un autre contexte, il ressort de la majorité des situations de discrimination que leur sens particulier n'émerge qu'à travers les relations qui les unissent dans la production du phénomène de discrimination.

Nous représentons cette caractéristique de l'indissociabilité des entités par la figure d'un

triangle tridimensionnel. Chaque entité est reliée aux autres selon les trois modes possibles d'interaction et d'interrelation: fonctionnel, ontologique et historique.

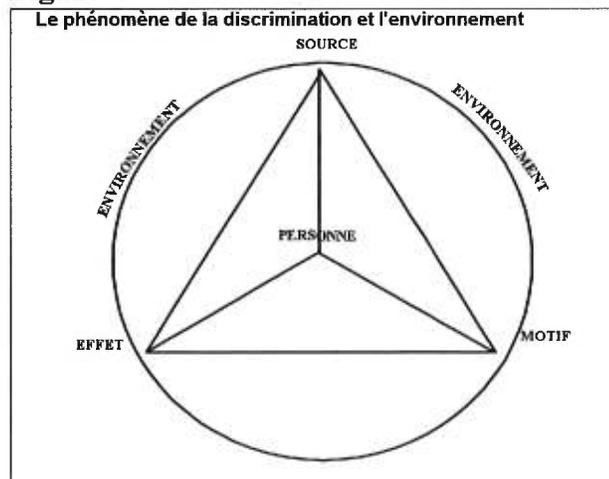
Figure 3



Dans toute situation de discrimination, le motif constitue le principe efficient; il caractérise la personne dans la situation de discrimination et se définit dans ses relations avec la source ou l'effet. Il peut interagir avec la source pour produire l'effet (causalité efficiente) sur la personne ou interagir avec l'effet recherché (effet initial) par la source

(causalité finale) pour ainsi le transformer (effet final) dans son rapport à la personne. Ce sont les modèles logiques qui permettront de concevoir les structures situationnelles possibles.

Figure 4



Le modèle idéal s'inscrit dans un environnement qui vient déterminer ou préciser les propriétés des entités. Il

s'agit de l'univers référentiel du concepteur constitué des connaissances acquises. Cet environnement est varié et variable; il comprend tant le domaine particulier (ex.: juridique) que le domaine général ou socio-culturel dans lequel s'inscrit l'objet. Au stade du modèle idéal, l'environnement est également statique, il fournit des informations et constitue l'univers référentiel des données implicites. À titre d'exemple, considérons le mot personne; si au sens général du terme, soit en langage populaire, il ne peut s'agir que d'un être humain, l'usage de ce terme en droit inclut la personne morale, c'est-à-dire une unité constituée en société ou compagnie. Dans cet exemple, l'environnement, socio-culturel ou juridique, conduira à des descriptions de l'entité «personne» fort différentes selon l'un ou l'autre cas. Mais revenons-en au modèle idéal de la discrimination.

La Cour suprême du Canada n'a pas usé de diagramme ou d'illustration pour énoncer son modèle idéal. Elle a cependant schématisé ce modèle à l'aide de la description suivante tirée de l'arrêt *Andrews*⁴²:

[J]'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Cet énoncé identifie les quatre entités constitutives du phénomène:

- la source: une distinction
- le motif: un principe efficient
- la personne: un individu ou un groupe d'individus
- l'effet: un fardeau, une obligation, un désavantage, non imposé aux autres ou un empêchement, une restriction d'accès aux possibilités, aux bénéfices ou avantages offerts aux autres.

⁴²

Andrews c. Law society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Les interrelations élémentaires s'expriment par le choix des verbes décrivant les activités réunissant ces entités: "une distinction fondée sur des motifs..." "qui a pour effet d'imposer..., d'empêcher" ou "de restreindre"... L'indissociabilité transparait à travers l'intégralité qui marque cet énoncé; la Cour ne décrit pas chaque entité ou chaque élément constitutif de manière détachée, elle en traite globalement dans leur activité combinée et nécessaire à la production du phénomène de discrimination.

Tel que mentionné plus haut, ce modèle idéal est statique; il se borne à énoncer l'existence des éléments et à identifier les activités vraisemblables en découlant. C'est par la construction des modèles logiques que nous pouvons compléter cet énoncé et rendre compte des organisations possibles de ces entités dans la production du phénomène de discrimination.

B) les modèles logiques de la discrimination

Les modèles logiques reproduisent l'analyse dynamique de l'objet structuré selon l'activité observée. Ils présentent les schémas relationnels possibles dans l'organisation des entités en précisant l'état de repos (champ) ou de mouvement (flux) de celles-ci. En d'autres termes, selon le schéma présenté, les entités peuvent constituer des variables actives (indépendantes) ou passives (dépendantes); les variables actives engendrent l'action et la séquence relationnelle nécessaire alors que les variables passives subissent le «traitement»⁴³ pour répondre du produit final de l'opération ou devenir à leur tour des variables actives.

Chaque modèle logique décrit une relation séquentielle ou circulaire plausible et laisse ouverte la possibilité de choix différents en fonction du modèle physique éventuel. Pour ce faire, ils ignorent un certain nombre de contraintes propres à la réalité; ils sont

⁴³

L'expression «traitement» nous vient du domaine de la gestion des systèmes d'information où les entités sont des données et où le passage de «donnée» à «information» s'appelle traitement.

notamment dénués des complexités associées à la situation de faits sous observation et présentent une vision plutôt épurée de la causalité nécessaire. Dans leur rapport à la réalité, il faut toujours garder en tête qu'ils ne sont que partiels; ils permettent de dissocier temporairement l'activité de l'objet de ses entités ou éléments constitutifs; ils décrivent ce que fait l'objet plutôt que de quoi il se compose.

En dissociant les composantes de l'objet connaissable de ses modèles logiques, le concepteur favorise la recherche de solutions adaptées à son activité tant au plan logique qu'éventuellement physique. Ainsi, les modèles logiques permettent d'articuler les entités impliquées dans la production d'un phénomène et, ainsi, d'identifier les lieux d'intervention possible; c'est par l'activité de l'objet qu'émerge le phénomène et c'est donc au coeur de cette activité qu'il faut intervenir pour en modifier les effets et conséquences.

En matière de discrimination, l'analyse juridique des situations de faits a conduit les tribunaux à reconnaître, à ce jour, trois modèles logiques. Il nous faut noter cependant que si le premier modèle (discrimination directe) n'a posé que peu de problèmes de reconnaissance vu sa correspondance parfaite au modèle logique sous-jacent au raisonnement juridique, il en a été autrement des deux autres modèles. En matière de discrimination indirecte, la décision *Central Alberta Dairy Pool*⁴⁴ avec sa relecture de l'arrêt *Bhinder*⁴⁵ témoigne des difficultés d'appréhension de ce deuxième modèle logique qui s'éloigne quelque peu du raisonnement juridique traditionnel pour prendre forme à travers une causalité mixte, c'est-à-dire finale et efficiente. Quant au troisième modèle, celui de la discrimination systémique, il est d'autant plus difficile à saisir selon un raisonnement juridique que la causalité circulaire qui l'anime est présente dans presque

⁴⁴ *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489

⁴⁵ *K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

toutes et chacune des relations entre les entités. Autrement dit, il ne s'agit plus ici d'une relation séquentielle déterminée mais d'interactions et d'interrelations simultanées, juxtaposées ou entremêlées qui rendent compte globalement de l'effet final.

Nous présentons dans les lignes qui suivent ces modèles logiques. Rappelons une dernière fois avant de procéder que la modélisation à ce niveau produit une dissociation entre raisonnements logiques possibles et situation de faits. Il importe donc de retenir que si cette démarche autorise l'interprète du droit à faire des choix quant aux raisonnements logiques lui permettant de mieux comprendre (*produire du sens*), de mieux saisir la situation tangible sous observation, elle ne constitue pas une méthode rigoureuse de catégorisation absolue. Face à la réalité factuelle, chaque modèle logique ne trouve pas nécessairement une application unique et exclusive des autres modèles. La réalité situationnelle peut, à l'occasion, s'interpréter tant par l'un que par l'autre des modèles logiques selon le contexte environnemental du phénomène et la perspective privilégiée par l'observateur. Face aux modèles logiques, le concepteur doit garder en tête qu'il doit utiliser ces schémas suivant une stratégie ascendante ou descendante dans le but ultime d'atteindre une compréhension efficace du phénomène.

- le modèle logique de la discrimination directe

Le premier modèle logique est celui qui explique la situation la plus simple de discrimination; il met en cause les éléments dans une relation linéaire: la source agit sur la personne pour produire l'effet discriminatoire; le principe efficient, que constitue le motif, interagit directement avec la source pour produire l'effet sur la personne. La causalité est, dans ce cas, efficiente c'est-à-dire linéaire et directe.

On peut schématiser cette relation par une définition telle que celle proposée par le juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* ⁴⁶ à l'effet qu'«*il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé.*»

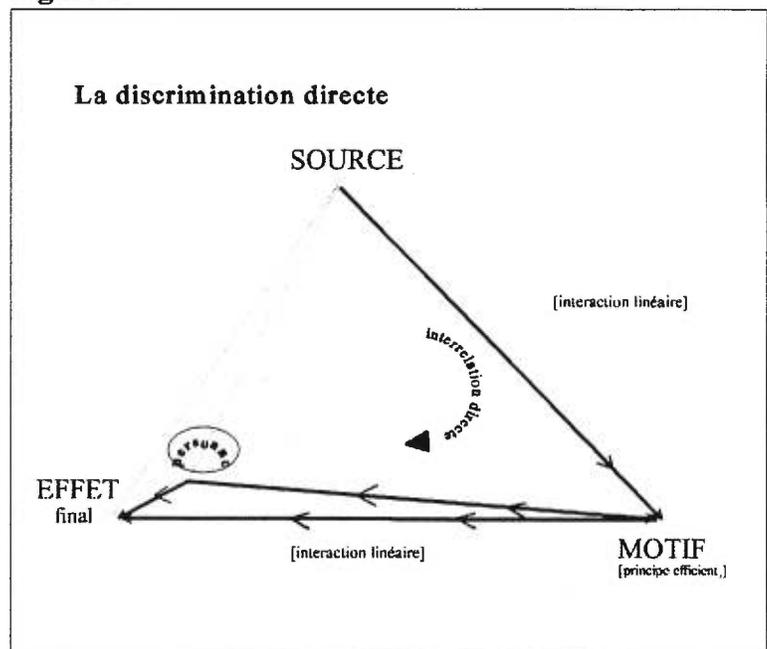
Il est également possible de représenter ce modèle logique à l'aide d'un schéma qui rend compte de l'activité primaire d'un tel modèle.

On peut y constater que la source produit l'effet discriminatoire sur la personne par suite de l'interaction du motif. À titre d'exemple, il en est ainsi d'une politique de rajeunissement du personnel qui conduit au remerciement de certains travailleurs en raison de leur âge; cette politique affecte toute personne caractérisée par l'âge visé dans la politique de l'employeur.

Il s'agit d'une illustration explicite de ce que la théorie constructiviste identifie au raisonnement logique de la

causalité efficiente. Dans ce modèle, la source (cause) précède l'effet et l'engendre par l'interaction du principe efficient que constitue le motif ou caractéristique de la personne.

Figure 5



⁴⁶

Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd, [1985] 2 R.C.S. 536; p.551.

- le modèle logique de la discrimination indirecte

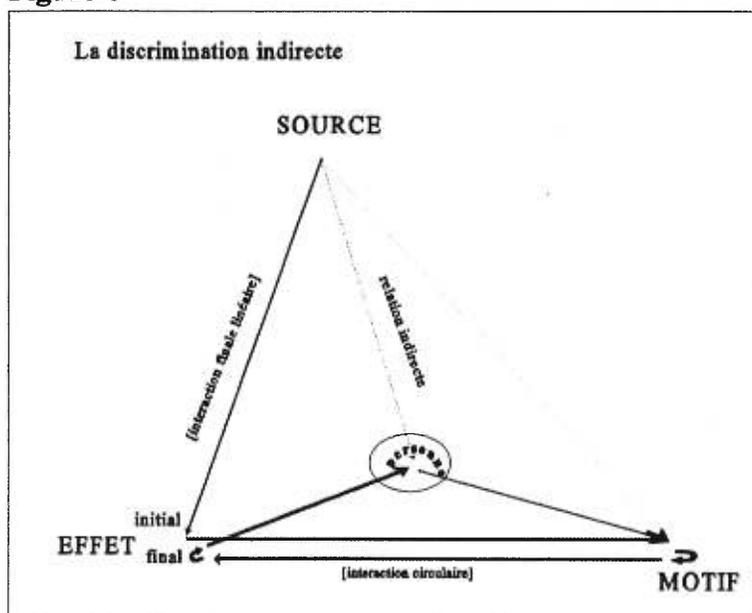
Le schéma logique de la discrimination indirecte a donné lieu aux descriptions suivantes des juges McIntyre et Dickson:

[Ce] genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.⁴⁷

[l']imposition d'obligations, de peines ou de conditions restrictives résultant d'une politique ou d'une pratique qui est neutre à première vue, mais qui a un effet négatif disproportionné sur un individu ou un groupe d'individus en raison d'une caractéristique spéciale de cet individu ou de ce groupe d'individus.⁴⁸

Dans ce modèle logique, le principe efficient n'interagit pas au niveau de la source mais plutôt au niveau de l'effet initial, c'est-à-dire de l'effet recherché par celle-ci. De neutre qu'il était, cet effet est transformé et devient discriminatoire par interaction avec le motif. Ainsi, la source ne produit d'effet discriminatoire (effet final) à l'égard de la personne que par la relation interactive de l'effet qu'elle recherche (effet initial) avec le motif caractérisant la personne.

Figure 6



⁴⁷ O'Malley, précité note 46, p. 551, juge McIntyre.

⁴⁸ *Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1137, juge Dickson.

La source elle-même demeure neutre, n'étant pas en interaction directe avec le motif ou caractéristique de la personne. Il est donc possible de dire que la causalité nécessaire entre la source et l'effet final sur la personne est mixte: elle intègre la causalité finale relativement à l'effet initial et la causalité efficiente entre ce dernier et le motif pour produire l'effet discriminatoire et ainsi affecter la personne.

L'exemple classique est celui de l'employeur qui, pour administrer son entreprise, adopte une politique de gestion spécifique (causalité finale); à ce stade de la démarche d'analyse d'un phénomène discriminatoire, la politique peut généralement être (ou non ⁴⁹) qualifiée de neutre en apparence et, dans la mesure de cette neutralité, déclaré non discriminatoire. La discrimination est plutôt engendrée par la mesure administrative qui découle de l'application de la politique adoptée par l'employeur; la mesure ou l'effet produit par la politique interagit avec le motif pour affecter la personne: l'effet initial devient alors la cause de l'effet final.

Ce schéma logique rend non seulement saisissables les relations entre les éléments constitutifs mais conduit également à comprendre le fait que la solution appropriée pour mettre un terme à l'effet discriminatoire intervient au seul stade de l'effet. La solution que constitue l'accommodement raisonnable s'interpose dans le processus de l'activité discriminatoire pour écarter l'effet final dans le cas de la personne affectée.

⁴⁹ Il est possible qu'au stade de l'analyse situationnelle dans le cadre d'application du schéma logique de la discrimination directe, l'interprète du droit arrive à la conclusion qu'il s'agit d'une politique discriminatoire du fait de son intention non avouée de produire l'effet final. C'est en quelque sorte l'interprétation donnée par R. Knoff de l'arrêt américain *Griggs* : selon lui, lorsque l'employeur adopta sa politique exigeant un diplôme d'études secondaires à l'embauche, il savait que cela aurait un effet discriminatoire sur les noirs. Dans un tel cas, la lecture de la situation de l'entreprise en perspective historique permet de démontrer qu'il ne s'agit pas, en toute vraisemblance, d'une politique neutre. Cependant, nous soulignons en première partie de la thèse que d'adopter cette unique perspective au titre de seule perspective valide pour démontrer le phénomène discriminatoire indirect conduisait à réduire ce modèle logique à la preuve de l'intention de discriminer, ce qui ne reflète pas, selon nous, l'intention du législateur.

Cependant, il importe de retenir qu'au stade du modèle physique, c'est-à-dire de la représentation situationnelle du phénomène observé, du cas d'espèce, il est possible que l'environnement fasse en sorte que la source (politique ou pratique de l'employeur) ne soit plus perçue comme neutre, ni qualifiée comme telle par l'interprète du droit, du fait qu'elle produit un effet discriminatoire important et précis.

Illustrons nos propos par l'exemple suivant: une entreprise laitière possède deux établissements de traitement du lait; le premier (A) est situé dans une région urbaine où la population est socio-culturellement diversifiée et le deuxième (B) dans une petite localité rurale où la population est composée essentiellement de deux communautés, l'une chrétienne et l'autre musulmane. Dans la mesure où les dirigeants de cette entreprise adopteraient une politique de présence au travail obligatoire le vendredi, tout porte à croire que l'effet sur l'établissement (A) serait qualifié d'indirect à l'égard des personnes pratiquant un rite religieux le vendredi mais que l'effet sur l'établissement (B) serait vraisemblablement qualifié de direct à l'encontre des membres de la communauté musulmane locale. Dans les circonstances décrites en (B), les dirigeants ne peuvent ni ignorer ni méconnaître la réalité; toute prétention de leur part à l'effet qu'il s'agit d'une politique neutre apparaîtrait peu crédible à l'interprète du droit; la politique serait qualifiée de directement discriminatoire sous réserve de la possibilité pour l'entreprise de démontrer qu'il s'agit d'une exigence requise par l'emploi.

Cette illustration entraîne deux observations importantes relatives au raisonnement logique en matière de discrimination. La première est à l'effet qu'il n'est ni possible ni souhaitable d'analyser les situations de discrimination alléguée de manière rigoriste, selon un modèle préalablement déterminé.

L'autre point relève des limites et de la portée de la décision judiciaire et par voie de conséquences, de l'admissibilité des éléments utiles et pertinents à cette fin. S'il est incontournable qu'une décision judiciaire n'a de portée que dans la mesure d'une situation

d'espèce, il n'en demeure pas moins qu'en matière de discrimination, celle-ci s'inscrit dans un environnement souvent déterminant. La compréhension de la situation nécessite alors que l'on admette, à titre d'éléments de preuve essentielle, les faits pertinents relatifs à l'environnement.

Le raisonnement logique ne peut faire abstraction de cette dimension et le concepteur doit donc intégrer, dans son modèle logique, la causalité finale ou circulaire nécessaire à la compréhension intégrale de la situation d'espèce.

- le modèle logique de la discrimination systémique

Le modèle logique de la discrimination systémique fait appel à d'autres aspects de la notion de discrimination tels que définis ou retenus par la Cour Suprême du Canada :

[la] discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel⁵⁰. (Définition provenant du rapport *Abella*⁵¹)

[la] discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces naturelles, par exemple que les femmes ne peuvent tout simplement pas faire le travail.⁵²

Les caractéristiques relatives à la discrimination systémique qui se dégagent de ces énoncés sont reliées au fait qu'elle émerge dans le cadre d'un système complexe; *la source*

⁵⁰ *Janzen c. Platy Entreprises Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1252, juge Dickson..

⁵¹ ABELLA R.S., *Egalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p .2

⁵² A.T.F., précité note 48, p.1139, juge Dickson.

est composée d'éléments multiples et, fait particulièrement important, aucun de ces éléments ne peut à lui-seul ou par lui-même produire l'effet discriminatoire constaté. Cet *effet final* résulte de relations multiples, d'interactions et d'interrelations composées entre les composantes de la "source", le "motif" et la "personne" (effet direct) et entre les composantes de la "source", l'"effet" recherché, le "motif" et la "personne" (effet indirect).

Dans ce modèle logique, l'effet final découle d'une organisation organisée et organisante qui ne vise pas directement ou indirectement à discriminer mais dont l'activité tient compte implicitement ou explicitement de caractéristiques réelles ou présumées (*le motif*) du groupe visée (*la personne*). Ces caractéristiques proviennent des préconstruits socio-culturels situationnels et fondent les propriétés attribuées au motif. Ainsi, la discrimination est intimement liée au processus informationnel concernant la personne; informations qui pénètrent, circulent, interviennent dans l'organisation organisée et organisante. L'organisation intègre ces "normes" plus ou moins réelles, plus ou moins fictives, d'où une difficulté première au sens de la preuve soit celle d'en démontrer l'existence ou tout au moins d'en expliciter l'application ou l'impact.

Cependant il est possible de noter que ces "normes" connaissent un renforcement par l'application de règles ou de politiques administratives et par la mise en oeuvre des pratiques implantées par et dans l'organisation. Le point d'émergence du phénomène discriminatoire est nécessairement cette organisation (*la source*), ce système structuré, en activité et en évolution constante. Aux fins de démontrer le phénomène discriminatoire, il n'est cependant pas nécessaire de schématiser ou de représenter intégralement ce système. Ce qui importe, c'est d'identifier les sous-organisations ou sous-systèmes qui interviennent et composent *la source* plus immédiate du phénomène discriminatoire; c'est d'en décrire les propriétés pertinentes et leurs relations nécessaires face à la discrimination; finalement, c'est de saisir la signification de leur activité dans la production de l'effet discriminatoire.

Les énoncés formulés par la Cour Suprême nous enseignent que le phénomène de la discrimination systémique repose sur une composante fondamentale de l'organisation soit un ensemble de données qui interviennent dans le phénomène, quelle que soit l'organisation en cause: il s'agit des données informationnelles. Les définitions citées au début de cette section l'énoncent clairement; il est possible d'observer, comme point d'ancrage de la discrimination, des attitudes, des comportements, des pratiques ou des méthodes établies au sein du système-source qui intègrent les perceptions ou images mentales, plus ou moins erronées, de ce qui caractérise les personnes visées.

La source plus immédiate du phénomène discriminatoire apparaît, dès lors, reliée aux processeurs et au processus informationnels de l'organisation ou système en cause. Nous y reviendrons dans l'élaboration du modèle physique.

En somme, il s'agit d'une situation complexe pour laquelle le modèle logique est indissociable de l'environnement situationnel propre au modèle physique; en d'autres termes, dans le cas de la discrimination systémique, l'environnement fait toujours partie intégrante du modèle logique. Ce dernier exprime la complexité des relations tant endogènes, (relations entre les quatre entités primaires) qu'exogènes (interrelations avec l'environnement) du système.

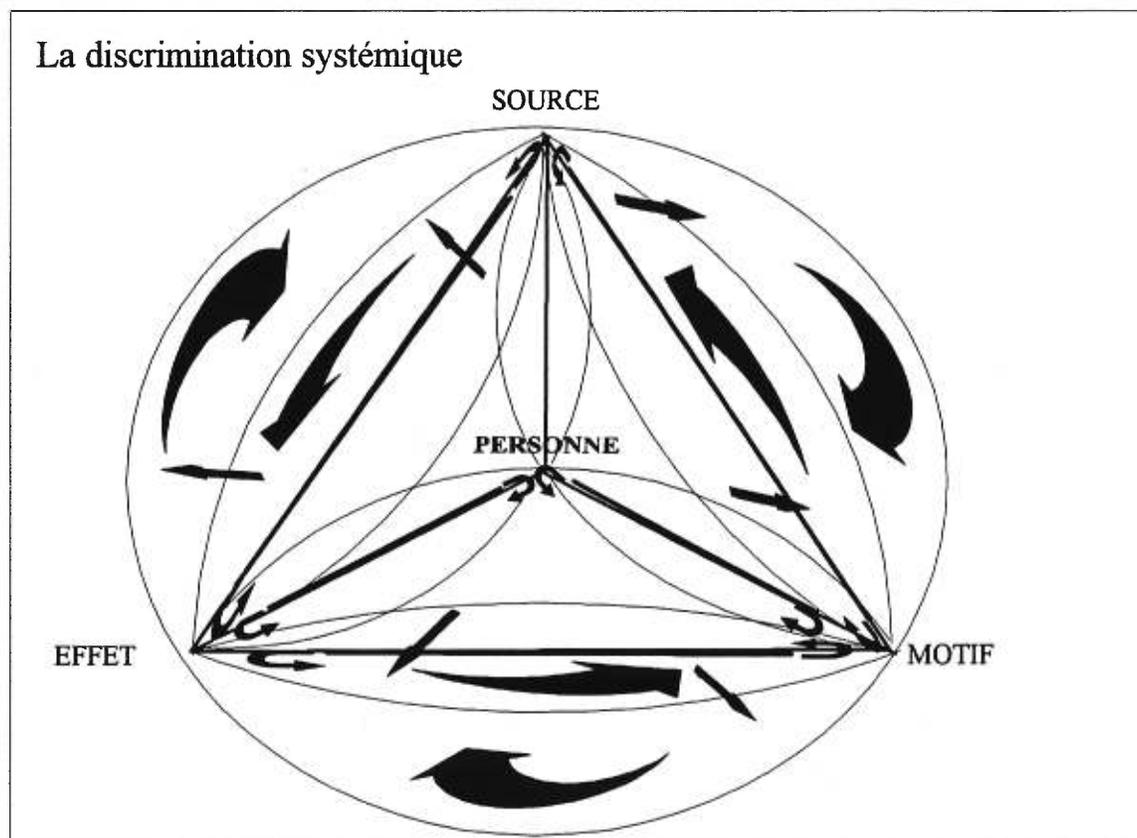
Le modèle présente également la causalité nécessaire à la réalisation de l'effet final, soit la causalité circulaire qui intervient parallèlement à la causalité efficiente ou à la causalité finale, plus immédiates. L'effet discriminatoire est, dans ce cas, le produit d'un nombre plus ou moins important d'éléments interreliés et interactifs composant la source tout en étant interreliés et interactifs avec le motif et la personne dans la détermination des propriétés reconnues ou attribuées au motif et, par voie de conséquences, à la personne.

En d'autres mots, l'activité informationnelle (processus et processeurs) de l'organisation-source n'est ni linéaire ni binaire, elle est constamment l'objet de

rétroactions conduisant à un renforcement de l'effet d'exclusion ou effet final discriminatoire.

Le schéma qui suit illustre la complexité d'un tel phénomène.

Figure 7



Légende: - le cercle représente l'environnement situationnel;
 - les ellipses rappellent que les axes du phénomène vont fluctuer selon les variables endogènes et exogènes caractérisant les entités ou intervenant dans leurs relations;
 - les flèches démontrent la dynamique et la perméabilité du système. L'influence de l'environnement sur le système est nettement supérieure à celle du système sur l'environnement, d'où la taille différente des flèches.

L'état dynamique du phénomène est caractérisé par les changements tant structurels⁵³ que fonctionnels⁵⁴ de l'organisation; ces changements ou adaptations constantes du système

⁵³ L'aspect structurel vise l'organisation spatiale et formelle d'un système, c'est-à-dire ses composantes et leur position situationnelle les unes par rapport aux autres.

⁵⁴ L'aspect fonctionnel est caractérisé par l'activité temporelle, c'est-à-dire par l'effet des relations entre les composantes, et par l'influence de ces relations dans la stabilité et l'évolution du système.

sont réglés par des boucles de rétroaction. L'environnement influence le système de manière implicite, c'est-à-dire par le biais des préconstruits socio-culturels, et parfois explicite, notamment par les lois, les règlements ou les règles de l'art qui l'encadrent.

À son tour, le système influence, pour partie, l'environnement en renforçant, en atténuant ou en modifiant les préconstruits ou informations acquises de ce dernier par l'effet des modulations produites ou résultant de l'activité informationnelle de l'organisation; cet effet est nécessairement partiel compte tenu de la plus grande fragilité de la cohérence interne du système dans son rapport avec l'espace environnemental⁵⁵. L'amplitude des changements dépend des relations qui s'établissent ainsi que du sens et de la magnitude de ces relations.

Tel que mentionné plus tôt, l'objectif de la modélisation du phénomène discriminatoire, n'est pas de décrire l'environnement sociétal ni même de décrire intégralement le système-source du phénomène. S'il importe, d'une part, que l'interprète du droit soit amené à prendre conscience de l'influence de l'environnement sur le système, d'autre part, il ne serait ni utile ni pertinent à celui-ci de connaître, à titre d'exemple, les secrets de conception ou de fabrication de tel ou tel produit ou encore le processus de mise en marché de ce produit fabriqué par l'entreprise en cause. Ce qui intéresse l'interprète du droit, ce sont les éléments qui se rapportent au problème juridique soulevé et aux personnes impliquées dans celui-ci. Le modèle d'analyse du phénomène discriminatoire traite de ces éléments et de leurs relations dans la production de l'effet final. Ce sont là, les limites du modèle.

⁵⁵

À titre d'exemple, le fait que la société reconnaît naturellement et systématiquement aux hommes une force physique plus grande qu'aux femmes fait en sorte qu'un employeur exige rarement cette démonstration de la part d'un homme candidat à un poste contrairement aux candidates femmes. Dans cet exemple, l'environnement influence le système. Si par contre, au sein d'une entreprise on constate, suite à des tests modulés en fonction de l'exécution des tâches, qu'hommes et femmes réussissent également compte tenu de méthodes adoptées par chacun, il est vraisemblable qu'à l'intérieur de cette entreprise la perception de la force physique soit vue autrement; de là naîtra l'influence du système sur l'environnement, influence certainement moins percutante que celle de l'environnement sur le système.

La démarche de modélisation systémique, propose à l'interprète judiciaire une approche cognitive des phénomènes juridiques de discrimination. Cette démarche intègre le modèle idéal, qui identifie les entités constitutives et pose l'indissociabilité de ces éléments, ainsi que le modèle logique approprié en fonction du raisonnement causal nécessaire à la situation d'espèce, pour en construire le modèle physique. Ce dernier vise la compréhension du phénomène discriminatoire particulier à la situation juridique de discrimination alléguée.

Nous décrirons la démarche de modélisation ou de schématisation de ce modèle physique pour ensuite développer l'application du modèle théorique en discrimination systémique (section III) et finalement l'illustrer au chapitre II à l'aide de l'épidémiologie génétique.

C) le modèle physique de la discrimination systémique

Chaque niveau de modèle intègre des composants qui lui sont propres et qui remplissent un rôle déterminé dans la construction des significations du phénomène observé. Ainsi, les composants du modèle idéal de la discrimination conduisent le concepteur du modèle physique dans sa recherche des entités matérielles ou tangibles correspondantes; il s'agit des éléments indispensables à la confirmation de l'identité du phénomène observé relativement au concept de discrimination⁵⁶. À leur tour, les composants des modèles logiques soutiennent le concepteur dans l'opérationnalisation du modèle physique.

Ceci revient à dire que le concepteur tire du premier niveau l'information qui lui permettra de sélectionner les composantes ou données significatives requises pour la schématisation du modèle physique alors qu'il puise au deuxième niveau les organisations

⁵⁶

Tel que ce concept a été défini par interprétation des dispositions législatives.

possibles de ces données à titre de raisonnement logique de la causalité nécessaire. Ceci veut dire également que la vision “données” du système tend à être globale ou idéelle tandis que la vision “organisations” tend à être locale ou situationnelle.

Le modèle physique vise la représentation d'un phénomène concret dans sa réalité avérée et situationnelle. Il décrit de façon précise les entités pertinentes, leurs propriétés et leurs relations. Cependant, malgré son objectif plus concret visant à établir la description d'une situation tangible, il demeure une représentation de la réalité, vérifiable logiquement par la cohérence interne du raisonnement mais non empiriquement⁵⁷. En d'autres mots, c'est à travers la description théorique qui s'ensuit que le concepteur parvient à induire le schéma logique approprié aux fins d'opérationnaliser le modèle, ou plus justement les variables pertinentes, selon le raisonnement causal nécessaire pour attester de la cohérence interne du système.

La première étape de construction du modèle physique consiste donc à observer la réalité de façon précise, spécifique et limitée afin de repérer les variables qui permettent de décrire les composants de chaque entité, leurs propriétés et leurs relations. Chaque observation conduit à une série d'ébauches, plus ou moins détaillées, des propriétés pertinentes et utiles à la démonstration en cours. Le modèle physique ne visant à représenter qu'un seul phénomène déterminé, il s'exécute selon les finalités fixées par le concepteur qui sont, ici, de démontrer l'existence ou la non-existence d'un phénomène discriminatoire. En somme, il s'agit de construire un modèle qui met en évidence les aspects ou les parties nécessaires à la compréhension du phénomène discriminatoire et ignore les autres composants du système.

57

Chaque situation de faits étant nécessairement différente et en activité constante, il est impossible de procéder à un contrôle empirique de la validité de la représentation proposée. Cependant, il existe parfois des situations qui nécessitent d'expérimenter pour confirmer que les composants des entités sont bien ceux que l'on a repérés. Par exemple, dans l'analyse d'une situation présumée de discrimination raciale, on peut contrôler les propriétés, réelles ou perçues, attribuées à l'entité *motif* en procédant à des mises en situation successives impliquant la même *source* et un certain nombre de personnes présentant une caractéristique commune, la race, et des caractéristiques diverses dans une même situation globale. Il faut noter toutefois que cette expérimentation diffère de la véritable validation empirique en ce sens qu'ici les données sont expérimentales et non pas réelles.

Dans le cas de la discrimination, la démarche d'observation est amorcée par le constat d'un effet d'exclusion, de distinction ou de préférence affectant une ou plusieurs personnes caractérisée(s) par l'un des motifs prohibés de discrimination, apparaissant dans le cadre d'un système-source.

L'élaboration du modèle physique implique l'ébauche, par mises au point successives, d'un modèle de plus en plus précis et complet qui identifie chaque composant des entités et les décrit de manière détaillée en fonction des informations requises et pertinentes. Chaque mise au point comporte une étape de cueillette d'informations, d'analyse et de conception qui permet de valider la pertinence des informations et assure leur adéquation aux modèles idéal et logiques.

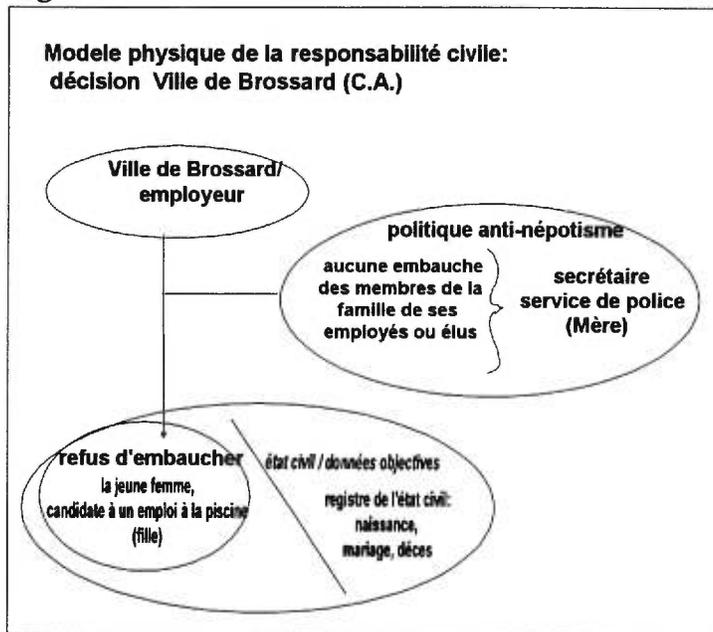
Selon la jurisprudence analysée et selon les modèles préalablement décrits, les situations simples de discrimination directe et indirecte produisent normalement des modèles physiques décrivant peu d'éléments dans des relations relativement élémentaires. Le rôle du modèle apparaît, de ce fait, moins essentiel cependant il demeure le cadre d'analyse implicite de l'interprète du droit.

Or, il arrive que le modèle physique ne conduise pas le juge à conclure à une situation de discrimination malgré la présence des composants requis; ceci s'explique généralement du fait que la construction du modèle physique se heurte aux préconstruits socio-culturels de l'interprète; celui-ci ne parvient pas alors à reconnaître l'interaction déterminante impliquant le principe efficient ou motif discriminatoire prohibé. Il est également possible que le modèle idéal, c'est-à-dire l'indissociabilité des entités, lui apparaisse incompatible avec la théorie juridique enseignée (pré-construit juridique) et, de ce fait, le modèle physique qui en découle devient inacceptable.

Illustrons nos propos à l'aide de la décision *Ville de Brossard*⁵⁸ telle que rendue, dans un premier temps, par la Cour d'appel du Québec puis, en appel de cette décision, par la Cour suprême du Canada.

Dans sa décision, la Cour d'appel du Québec schématisait la situation d'espèce selon les modèles idéal et logique de la responsabilité civile.

Figure 8



Elle définissait ou décrivait chaque élément, séparément, en fonction des préconstruits juridiques du droit civil relativement au concept de responsabilité.

Selon cette approche, la notion d'état civil doit trouver son sens juridique propre, soit par définition du législateur ou par le sens usuel que le droit civil lui rattache.

Traditionnellement, cette notion est circonscrite aux trois éléments reconnus, notamment par le registre de l'état civil, soit la naissance, le mariage et le décès de la personne concernée. La Cour retient cette interprétation et procède à vérifier si l'état civil ainsi défini constitue la cause directe et immédiate du refus d'embauche de la plaignante.

Cette démarche conduit la Cour d'appel à conclure qu'il s'agit d'une situation non-discriminatoire vu l'absence de prise en compte, par l'employeur, de ces éléments

⁵⁸

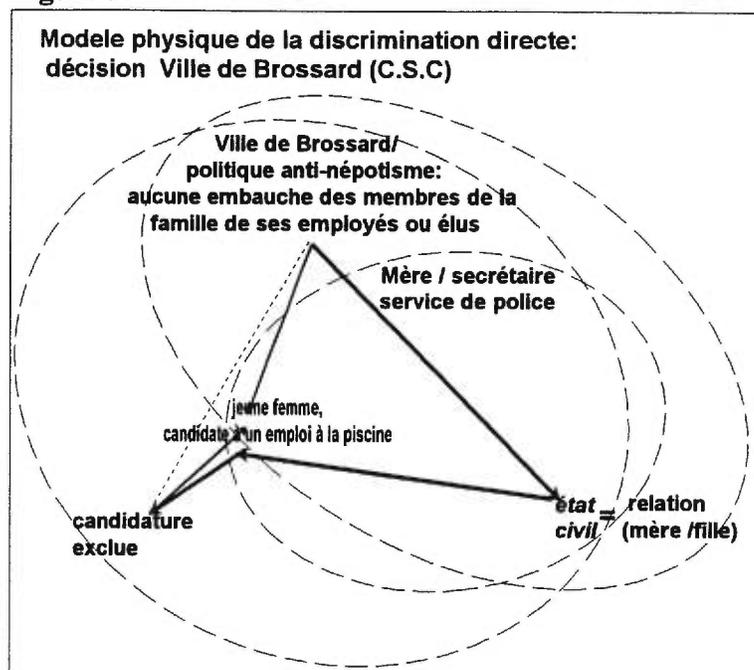
[1988] 2 R.C.S. 279.

spécifiques dans la politique anti-népotisme; cette politique intègre exclusivement le lien de parenté entre l'employée en poste et la candidate et non pas la situation d'état civil de cette dernière. En somme, la causalité efficiente ou lien de causalité direct, précis et immédiat entre la politique de la Ville et le refus d'embauche de la jeune femme, lien nécessaire pour conclure à la responsabilité discriminatoire de la Ville, n'existe pas.

Dans l'arrêt de la Cour suprême, le juge Beetz s'applique plutôt à démontrer que la politique de l'employeur n'affecte la jeune femme qu'à travers l'existence de la relation mère - fille, c'est-à-dire de la dimension filiation de l'état civil; cette relation constitue une dimension subjective mais réelle qui caractérise l'état civil de la jeune femme et ce, par le fait de la politique de l'employeur.

La Cour retient que le rejet de la candidature résulte uniquement de cet effet conjugué.

Figure 9



En somme, le modèle construit par la Cour suprême repose sur le modèle idéal de l'indissociabilité des entités et intègre le modèle logique de la discrimination directe selon lequel l'effet d'exclusion de la jeune femme est le produit direct de la politique de l'employeur interagissant avec le principe efficient (l'état civil).

Dans la construction de ce modèle physique, la première ébauche décrit l'existence de la relation mère-fille en tant que démembrement de l'état civil et fondant la vision subjective de ce motif; la deuxième ébauche situe cette relation dans son rapport à l'employeur: la politique de ce dernier repose spécifiquement sur cette relation pour produire l'effet recherché, il y a donc interaction de la politique anti-népotisme et de la relation d'état civil mère-fille. Finalement, la dernière ébauche permet de constater que l'effet d'exclusion de la candidature de la jeune femme découle directement de cette interaction.

Cette brève démonstration de la démarche de modélisation d'une situation tangible de discrimination directe entraîne certaines remarques. La première concerne ce qui, selon notre analyse jurisprudentielle des situations semblables, est caractéristique de celles-ci: le nombre de composants de chaque entité est limité et les relations élémentaires entre les entités sont simples et linéaires. La schématisation permet d'extraire ou d'induire le raisonnement logique nécessaire à la réalisation complète du phénomène et vient attester de sa cohérence interne.

La deuxième remarque se rapporte à la démarche de modélisation physique d'une situation concrète; la description des composants, à l'aide d'ébauches par mises au point successives, permet de graduellement comprendre (*construire du sens*) les significations des entités dans leurs rapports entre elles. Ainsi, dans le cadre de la modélisation d'un phénomène de discrimination, il devient rapidement saisissable que la description purement ou uniquement objective et cloisonnée d'une entité en limite le sens.

Règle générale, il est également possible de voir que les propriétés des composants de chaque entité se présentent différemment selon le rattachement de celle-ci à l'une ou à l'autre des autres entités du modèle idéal. Dans l'exemple de *Ville de Brossard*, au premier niveau, le seul rapport de la jeune femme avec la ville est le rejet de sa candidature pour un emploi d'été; il s'agit là de l'effet constaté. Le deuxième niveau fait émerger la raison

de ce rejet, soit le fait qu'elle est la fille d'une employée de la ville. Cette mise au point de l'ébauche première modifie les propriétés pertinentes à la situation observée en ce qui concerne la jeune femme mais également en ce qui concerne la ville; la première présente une caractéristique qui fait obstacle à la réussite de sa candidature et qui devient la seule propriété ou attribut de sa personne considéré par la ville. Quant à la ville, sa propriété première dans le cadre de la relation avec la jeune femme n'est plus le fait qu'elle soit un employeur mais le fait qu'en tant qu'unité administrative publique elle applique une politique anti-népotisme.

Ainsi, de mise au point en mise au point, la démarche de modélisation se précise, intégrant les données informationnelles utiles et pertinentes pour qu'apparaisse le portrait intégral de la situation de faits dans les limites de la suffisance nécessaire à sa compréhension. Autrement dit, le modèle physique doit être suffisamment développé pour rendre compréhensible la situation de faits sans pour autant inclure les artefacts qui seraient susceptibles de brouiller la représentation; il est donc nécessaire de filtrer les informations pour ne retenir que celles qui éclairent la situation⁵⁹.

La démarche de construction du modèle physique de la discrimination indirecte ou systémique est fondamentalement la même que celle utilisée en matière de discrimination directe. Cependant, si la modélisation de la discrimination indirecte ne comprend que peu d'éléments et ne vise que des relations élémentaires mixtes mais simples, il en va autrement de la discrimination systémique puisque, dans ce cas, les éléments composant la source sont nombreux et les relations complexes. Cette particularité va conduire à un nombre plus ou moins considérable d'ébauches qui porteront notamment sur le système-source et ses sous-systèmes ainsi que sur les multiples relations rétroalimentantes entre celui-ci et les autres entités du modèle idéal de discrimination.

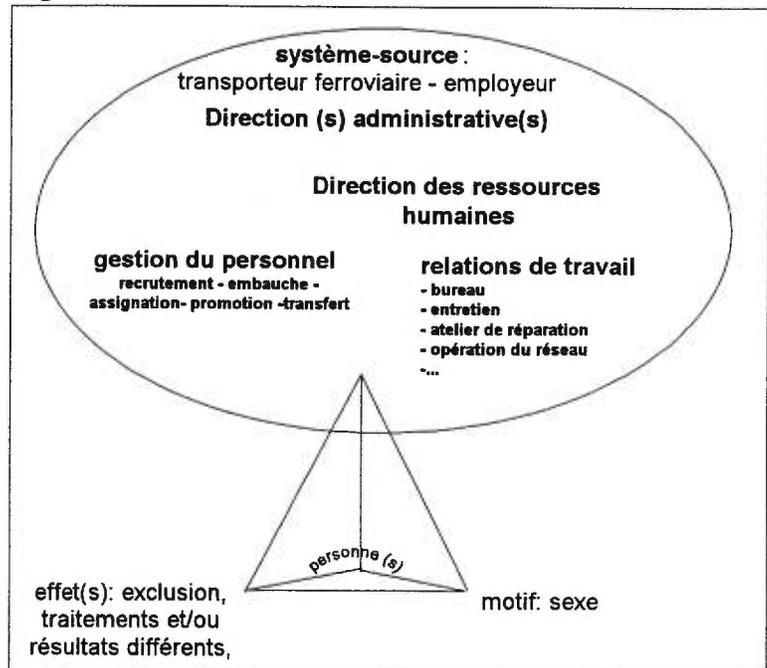
⁵⁹ À titre d'exemple, dans la décision Ville de Brossard, les autres informations qui caractérisent la jeune femme (taille, apparence physique, scolarité etc.) n'étant pas pertinentes à la question soulevée seront simplement ignorées.

La construction se fera par paliers de plus en plus invasifs afin d'atteindre le niveau de la réalité personnelle ou individuelle puisqu'en matière de discrimination ce sont les situations relatives au droit à l'égalité et à l'exercice de ce droit par les personnes concernées qui sont en jeu.

Au premier palier, il faut rechercher les informations qui permettent d'identifier les composantes de

l'organisation et d'en décrire les activités pertinentes à l'effet constaté. La première ébauche comprend donc la description du système, des sous-systèmes et de leurs activités à l'aide d'un certain nombre de mots-clés, de descripteurs sommaires ou de notions globales. Il s'agit également de dégager les

Figure 10 Première ébauche: décision A.T.F.



sous-systèmes qui importent en fonction des finalités de la modélisation. A titre d'exemple, une illustration de la situation à l'origine de la décision *Action travail des femmes*⁶⁰ produit, au premier palier, la schématisation ci-contre.

Dans cette affaire, l'effet discriminatoire constaté de prime abord étant l'absence des femmes dans les emplois autres que cléricaux, l'examen du système porte, au premier niveau, sur la direction des ressources humaines et sa division de la gestion du personnel.

⁶⁰ *Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114..

À ce stade de la démarche, la cueillette d'informations vise l'ensemble de la documentation écrite disponible; celle-ci constitue le principal véhicule des orientations, politiques et pratiques de gestion du personnel. La documentation écrite, tels que les imprimés (affiches, dépliants, brochures, encarts publicitaires de recrutement ou de promotion d'embauche, formulaire, avis aux employés, etc.) les manuels de gestion, les communiqués ou les documents faisant état des énoncés de politiques de l'employeur, alimente la schématisation.

Certains de ces documents, par les détails qui s'y retrouvent, permettent de décrire la structure et le fonctionnement du système tout autant que de repérer les préconstruits ou les représentations qui l'animent. Ils contiennent des renseignements détaillés sur les processus informationnels et sur les données manipulées par les sous-systèmes ainsi que sur les règles de traitement qui s'y appliquent. Ils sont utiles pour préciser et pour parfaire la description des propriétés des entités pertinentes aux finalités de l'analyse qui visent la compréhension de la situation de discrimination.

La documentation écrite s'inscrit dans un rapport de réciprocité entre la pensée ou le message immédiat ou sous-jacent de son ou de ses auteur(s) et les actions qu'elle engendre ou coordonne. Le message est généralement rédigé de telle sorte qu'il soit recevable et acceptable par l'auditoire à qui il s'adresse, c'est-à-dire qu'il soit compatible avec leurs valeurs et leurs intérêts⁶¹ et se conforme à un certain nombre de pratiques institutionnelles. Plus il respecte ces règles, plus il est acceptable sans condition ni restriction et plus les attitudes, les comportements, les gestes et les pratiques de ceux à qui il s'adresse iront dans une même direction. L'analyse de la documentation écrite permet d'induire les représentations du système et, dans une mesure certaine, les préconstruits des acteurs.

⁶¹ Le professeur Grize écrit que la compatibilité du message avec les valeurs éthiques et esthétiques ainsi qu'avec les intérêts de l'auditoire est garante de l'acceptabilité de celui-ci; il s'agit là d'une condition primordiale pour l'efficacité et l'effectivité du message. GRIZE J.-B., *De la logique à l'argumentation*, Genève, Librairie DROZ, 1982, p.189 ss; p. 211 ss.

Une remarque s'impose, cependant, concernant la validation du modèle physique résultant de l'extraction de données provenant de cette documentation; il est indispensable, pour le modélisateur, de respecter une approche rigoureuse face à la définition ou au sens des termes, des notions ou des concepts qui y figurent. Si, dans le cadre du système et de ses sous-systèmes, il peut être fait usage de différents mots pour décrire, qualifier ou attribuer une valeur à une même réalité ou de mêmes mots pour décrire ou qualifier des réalités différentes, sans pour autant que cela invalide le processus informationnel de l'entreprise, il en va autrement de la schématisation du modèle physique; la force probante du schéma en tant qu'instrument d'identification des significations ou d'outil de compréhension d'un phénomène, repose sur la rigueur du modélisateur pour nommer ou préciser les entités, leurs propriétés et leurs relations.

La quête d'informations se poursuivra auprès des personnes impliquées dans l'usage ou l'application de cette documentation ainsi qu'auprès de celles qui y sont visées. Il s'agit de recueillir les témoignages qui permettront d'éclairer les représentations du système, c'est-à-dire celles que celui-ci ou plus exactement ses dirigeants souhaitent véhiculer, de même que les représentations partagées par tous ceux et celles qui y travaillent du fait de leur appartenance à son organisation.

La description verbale de l'organisation, qui transparaît des communications des acteurs entre eux ou face aux personnes de l'extérieur, fait généralement état des perceptions plus immédiates, plus concrètes, de ce qu'est le système, de ce qu'il fait et de ce qui est nécessaire pour en assurer la stabilité, la continuité et l'évolution. Plus grande est la cohésion administrative de l'organisation, plus collective est la vision des acteurs, particulièrement en ce qui concerne la culture du système et de l'environnement dans lequel il s'inscrit.

La modélisation physique, en étudiant le système dans son environnement, peut prendre en considération les dimensions perceptuelle et collective de l'organisation face

à la discrimination, notamment les sources historiques du phénomène, ses fondements sociologique, culturel et économique, ses aspects psychologique ou politique.

Revenons à notre exemple et illustrons nos propos à l'aide de certaines composantes de l'organisation des *chemins de fer nationaux* mises en lumière dans l'arrêt *Action travail des femmes*⁶².

Dans cette affaire, la Cour suprême identifie, en tant qu'assises du phénomène discriminatoire, les attitudes et les comportements des acteurs (haute direction, service des ressources humaines, contremaître(s) et co-employé(s)) fondés sur leurs perceptions (préconstruits socio-culturels) du rôle social des hommes et des femmes et de leurs capacités réelles et présumées pour combler ces rôles tant dans la vie quotidienne que dans l'exercice d'emplois donnés.

Elle attribue à ces attitudes et aux comportements qui en découlent l'absence de politiques ou de directives d'ouverture à l'égard des femmes, les choix déterminants en termes de recrutement, les politiques et les procédures d'embauche pro-actives (orientation dans les entrevues, tests d'embauche éliminatoires, décentralisation des décisions vers les contremaîtres, etc.) ainsi que le traitement appliqué aux femmes en situation d'emploi non-cléricaux par les contremaîtres et/ou les co-employés.

L'ensemble de l'organisation est marqué par la causalité circulaire entre tous les éléments ainsi que par la causalité finale dans l'élaboration de certains moyens et la causalité efficiente dans leur application.

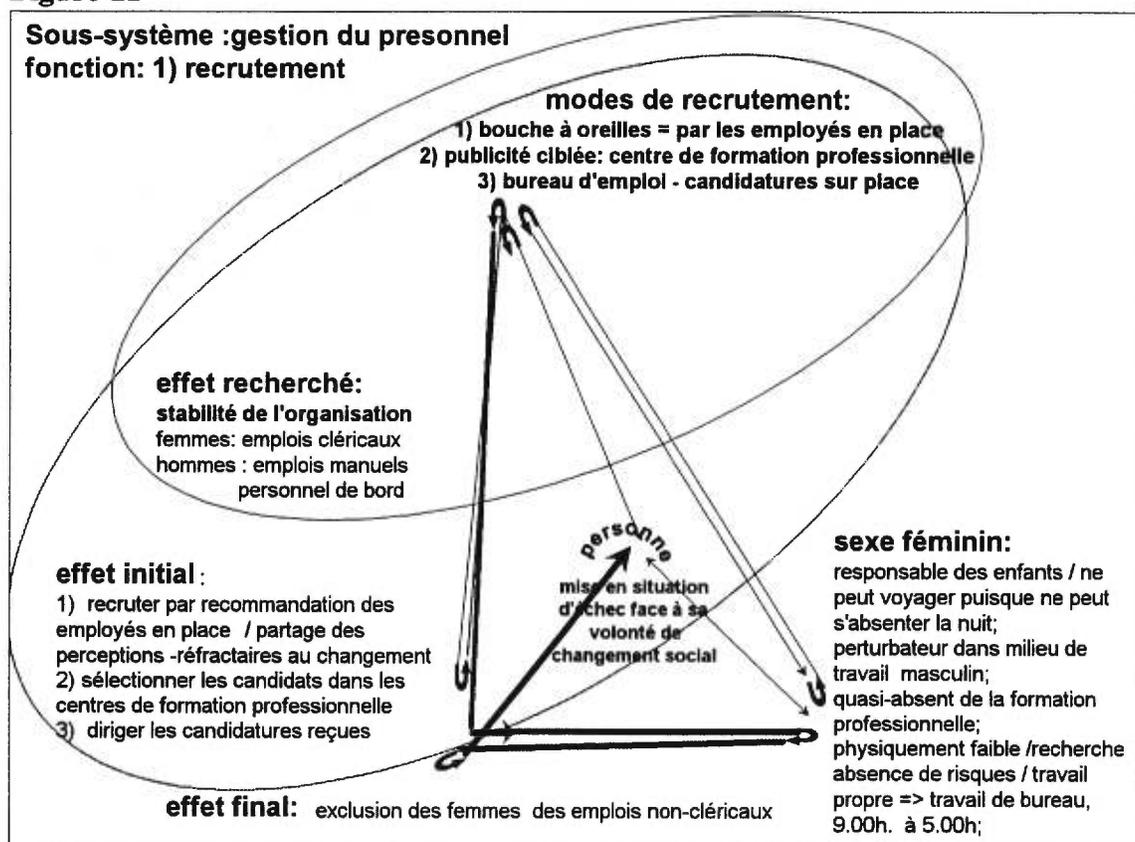
Selon la Cour, ces attitudes et ces comportements assurent la "stabilité" organisationnelle en confortant les perceptions, tant internes (système et sous-système)

⁶² Précité, note 200

qu'externes (environnement), de la place respective des hommes et des femmes dans la division des emplois, justement qualifiés de traditionnels ou de non-traditionnels, selon le sexe des personnes qui les occupent. Ici les dimensions historiques, ontologiques et fonctionnelles du système permettent de comprendre la dynamique des relations rétroalimentantes internes et externes dans l'exclusion des femmes des emplois non-cléricaux.

Pour illustrer l'intégralité de la situation reconnue par la Cour, il faudrait procéder à un nombre important d'ébauches. Puisque le propos de cette thèse n'est pas l'étude de la décision A.T.F., nous proposons de limiter la démonstration de la schématisation ou de la construction du modèle physique à deux composantes du système ou plus exactement du sous-système de la gestion du personnel: le recrutement et l'embauche.

Figure 11



Ce premier schéma reproduit la situation de recrutement de l'entreprise; ce schéma intègre les modèles logiques de la causalité finale et circulaire. Tel qu'il transparait de la documentation et des témoignages du personnel assigné à cette fonction, le processus de recrutement privilégiait, avant tout, la formule du recrutement par collaboration du personnel en place. Cette approche s'appuie directement sur les préconstruits situationnels et socio-culturels pour élaguer les candidatures des femmes; le recrutement des hommes aux postes non-cléricaux n'est pas le seul fait de la gestion du personnel, de qui relève cette fonction, mais le fait de l'ensemble des employés; ils deviennent partie prenante dans l'exclusion des femmes tant pour des motifs ou des perceptions personnels que pour leur adhésion aux représentations du système. Cette façon de faire conforte les perceptions de l'ensemble des acteurs ainsi que celles de leur environnement social tant au plan sociétal que familial; vraisemblablement, aucun des employés ne pouvait souhaiter vivre les conséquences, pour lui ou pour la personne concernée, de la présence d'une femme de sa famille ou de ses connaissances parmi le personnel non-clérical.

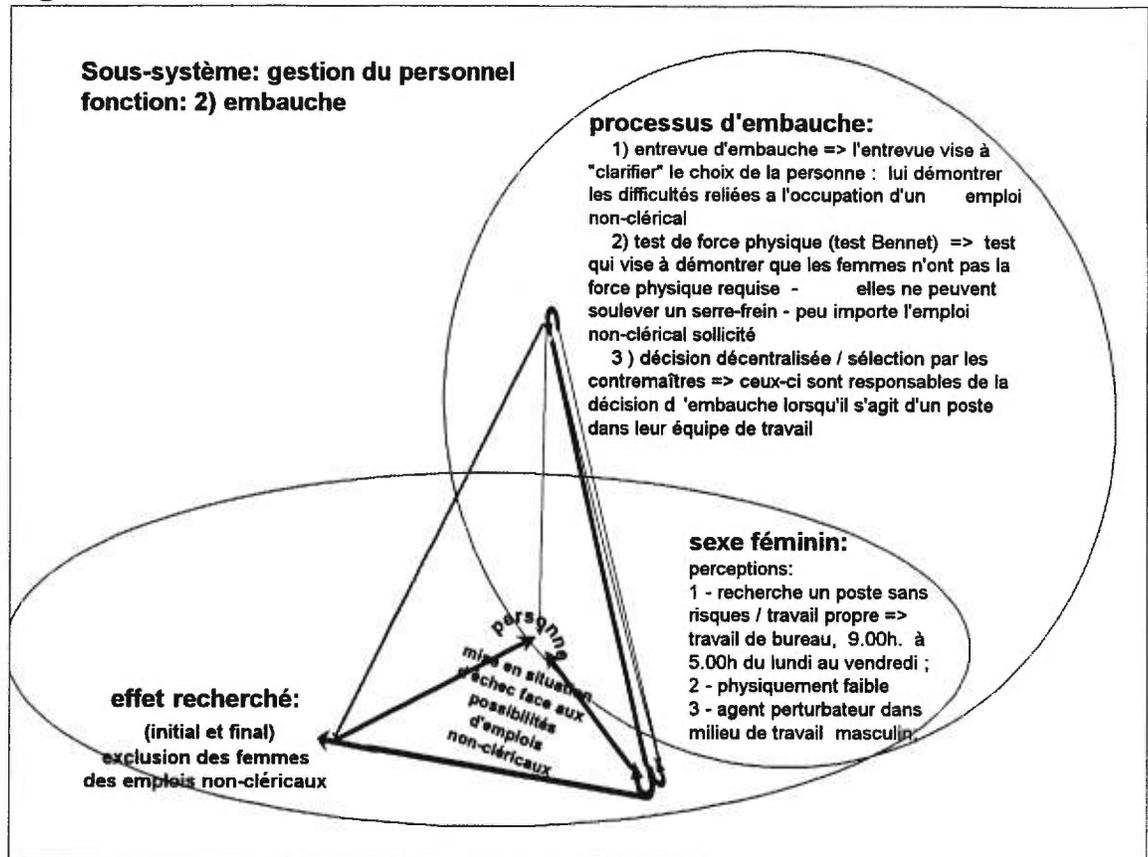
Les deux autres modes de recrutement s'inscrivent dans une même démarche vers l'effet recherché. Le recrutement ciblé favorise les candidatures masculines du simple fait que les centres de formation professionnelle tendent à décourager les femmes de s'y inscrire en leur exposant les difficultés de se trouver des emplois par la suite. À partir de cette situation, l'employeur peut invoquer son impuissance à changer la conjoncture à l'égard du recrutement vu l'absence de femmes formées aux métiers qu'il requière. À cet effet, il faut noter cependant que la preuve a démontré que la formation à certains métiers requise par l'employeur n'avait fréquemment rien à voir avec le poste ouvert au recrutement; l'objectif de l'employeur visait à lui assurer un bassin d'employés aptes à combler éventuellement des besoins potentiels pour ces métiers.

Quant au recrutement effectué à partir des candidatures soumises sur place, il intègre implicitement et même explicitement les représentations du système. Ces candidatures sont, dès leur soumission, assujetties au processus d'embauche soit aux entrevues avec le

personnel affecté à cette fin ainsi qu'aux tests d'aptitudes physiques incluant le test Bennet qui consiste à mesurer la capacité d'une personne à soulever, sans aide, un serre-frein.

Examinons donc le schéma de cette deuxième fonction de la gestion du personnel.

Figure 12



Ce deuxième schéma nous permet de constater que la causalité circulaire entre l'environnement et le système alimente la dimension perceptuelle à l'égard des femmes, ce qui entraîne l'entrée en jeu de la causalité efficiente pour produire l'exclusion de celles-ci des emplois non-cléricals à travers tout le processus d'embauche.

Collectivement, la division de la gestion du personnel (responsable de l'embauche) et les contremaîtres partagent une même représentation du système en ce qui concerne les

femmes. Le processus informationnel sous-jacent à la fonction d'embauche ne véhicule que la perspective des préconstruits socio-culturels et situationnels. Ni la documentation, ni les témoignages recueillis ne font état de positions différentes ou divergentes.

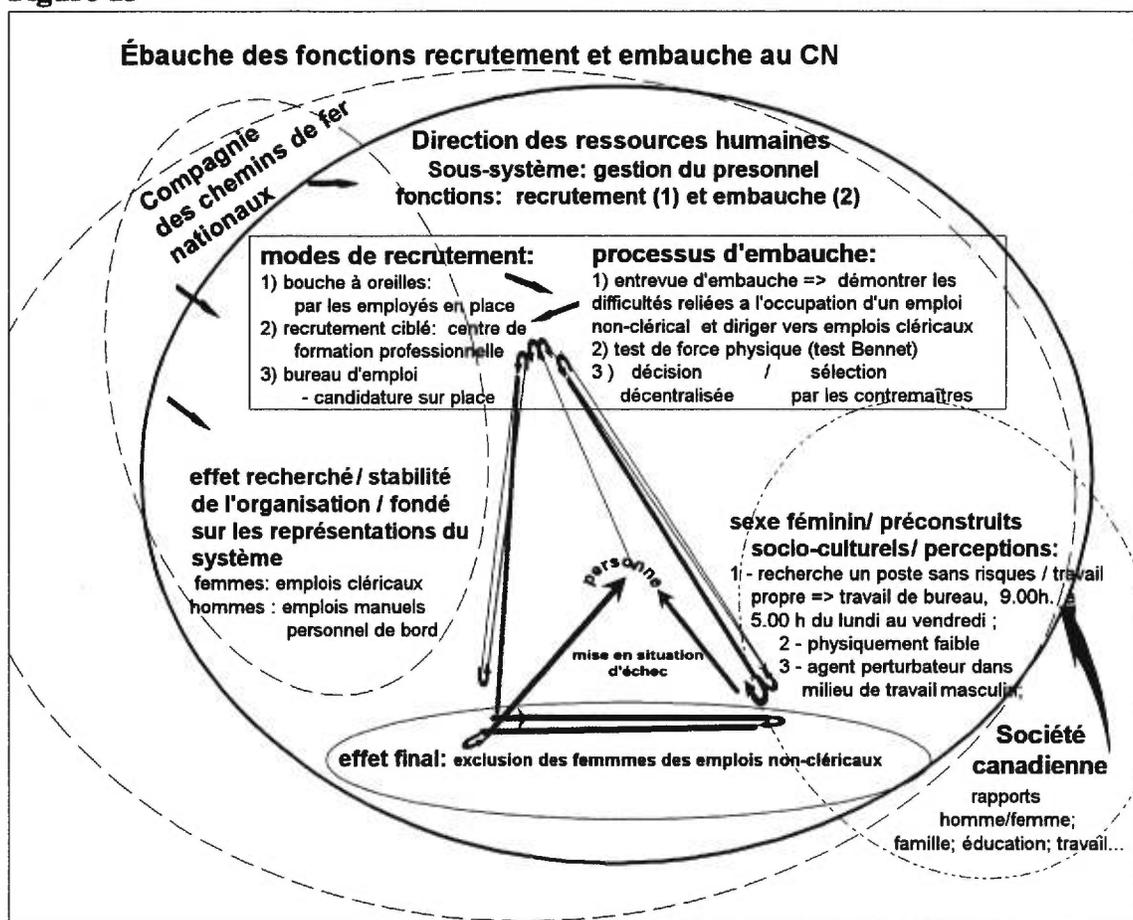
Tel que mentionné précédemment la construction du modèle physique de la discrimination systémique requière la mise au point de plusieurs ébauches qui illustrent, chacune, un sous-système, une section, une division, un certain nombre de composants de ces sous-systèmes pour parvenir à l'identification des propriétés nécessaires de l'entité source et des relations qu'elle entretient avec les autres entités du phénomène discriminatoire.

Pour l'interprète du droit, c'est la juxtaposition de ces ébauches qui le conduira à reconnaître la situation de discrimination ou, en d'autres mots, à comprendre les significations des divers éléments et de leurs relations dans la production de l'effet discriminatoire constaté. Cependant, il n'est pas toujours possible ni même utile de produire graphiquement la représentation de ce modèle final constitué de la juxtaposition des ébauches formulées en langage naturel, vu la complexité du schéma qu'il engendre. Toutefois, il importe de retenir que la finalité de la modélisation systémique est l'atteinte du niveau suffisant; l'exercice n'est donc complet qu'à partir du moment où, à tout le moins mentalement, on procède à la juxtaposition nécessaire.

Dans le cadre de l'exercice en cours, il est possible d'illustrer la juxtaposition des deux ébauches précédentes relatives au sous-système "Direction des ressources humaines" et de sa division fonctionnelle de gestion du personnel et d'indiquer sommairement les relations élémentaires qu'elle entretient avec l'environnement interne (le système) et externe (la société). Rappelons que le sous-système illustré fait partie intégrante du système-source et que ses composantes et leurs relations sont nécessairement en interactions constantes avec les autres sous-systèmes de même qu'avec l'environnement externe.

Le schéma qui suit présente une fusion des perspectives diverses qui influencent et déterminent le processus de recrutement et d'embauche à la *Compagnie des chemins de fer nationaux*. La taille de ce schéma limite nécessairement le nombre d'éléments représentés (maximum trois par composante) et constitue forcément un modèle physique incomplet de la situation d'espèce. Il s'agit, comme nous l'avons mentionné, d'un exercice qui peut se poursuivre presque indéfiniment selon la taille du système observé mais dont l'objectif est d'atteindre la démonstration suffisante; il s'agit de compléter l'étape à partir de laquelle l'interprète du droit considère qu'il dispose d'une compréhension suffisante de la dynamique du système telle que présentée. En ce qui concerne la *Compagnie*, les éléments apparaissant dans le schéma qui suit sont ceux retenus par la Cour suprême.

Figure 13



Cette juxtaposition des ébauches relatives aux fonctions «recrutement» et «embauche» de la division de la gestion du personnel conduit l'interprète à plusieurs constats. Le plus important concerne la nature et les propriétés des relations entre les entités; si, dans les schémas précédents, il était possible de distinguer la nature des raisonnements logiques appropriés pour chacune des deux situations décrites, l'exercice de juxtaposition permet de saisir que l'effet final est le produit d'une multiplicité de liens causals et de relations rétroalimentantes.

De prime abord, tout laisse croire que les politiques de recrutement sont neutres: le recrutement par les employés en place ne comporte aucune restriction ni direction quelconque, tous les étudiants des centres de formation professionnelle sont admissibles en fonction des métiers requis par la compagnie et aucune candidature soumise au bureau d'emploi n'est ignorée. Et pourtant, l'effet constaté est clair: les femmes sont exclues des emplois non-cléricaux; cette exclusion résulte de l'interaction circulaire reliant les caractéristiques - que leur prêtent l'ensemble de la direction et du personnel de la *Compagnie des chemins de fer nationaux* - à l'effet recherché par le recrutement soit d'assurer la stabilité de l'organisation.

Quant au processus d'embauche, il transparaît clairement qu'il est empreint de discrimination directe à l'égard des femmes. Le personnel préposé à l'embauche cherche à les convaincre de la supériorité des emplois cléricaux pour les femmes et des difficultés inhérentes à l'exercice d'emplois non-cléricaux. Si l'entrevue n'y parvient pas, on les dirige vers des tests d'aptitude visant à démontrer leur faiblesse physique relative. Si, malgré tout, elles demeurent candidates, il appartient alors au contremaître de décider de leur embauche, le bureau d'emploi n'agissant qu'à titre d'agent de première sélection. Ces pratiques recherchent explicitement l'exclusion des femmes et participent directement à l'effet final.

Les ébauches juxtaposées font voir que chacun des processus n'est ni autonome ni indépendant du système; ils sont interreliés entre eux et parties intégrantes de l'organisation. Ils reçoivent, traitent et génèrent des informations relativement aux hommes et aux femmes concernant leur employabilité respective, réelle ou présumée. Ils concourent aux représentations du système, les véhiculent et en confortent la vraisemblance et la justifiabilité par leurs actions. Ils agissent et interagissent avec l'ensemble des acteurs faisant en sorte qu'ils ne sont ni les seuls, ni les premiers responsables de l'exclusion des femmes des emplois non-cléricaux. Tel que rapportés dans les décisions judiciaires (de la première à la dernière instance) concernant cette affaire, les points d'émergence d'éléments signifiants dans la production de l'effet d'exclusion sont nombreux et disséminés dans toute l'organisation.

Pour illustrer totalement la situation particulière de la *Compagnie des chemins de fer nationaux*, il faudrait procéder à de nombreuses autres ébauches en s'intéressant aux autres sous-systèmes qui génèrent ou traitent des informations relatives au personnel, que ce soit au plan des politiques ou directives de la compagnie ou simplement au plan des représentations qu'elle souhaite véhiculer. Il s'agit d'un travail auquel il faut s'astreindre lorsqu'on veut démontrer le bien-fondé d'une plainte de discrimination systémique, cependant la présente thèse ne vise pas à faire cette démonstration particulière.

Nous cherchons plutôt à illustrer la construction du modèle physique et à présenter son utilité dans la démarche d'analyse juridique d'une situation de faits. Nous proposons donc de passer maintenant aux étapes descriptives de la démarche de modélisation en matière de discrimination prohibée ou d'application du modèle théorique tel que développé dans les sections précédentes.

Section III L'application du modèle théorique à la discrimination systémique

D'un point de vue pratique, la modélisation systémique propose une démarche en deux temps interdépendants; l'un vise l'examen du système-source selon les finalités déterminées afin d'identifier les composantes ou les données significatives; l'autre consiste à conceptualiser et opérationnaliser le modèle physique du système à l'aide des raisonnements logiques nécessaires.

En droit, toute situation observée constitue un phénomène juridique global composé à la fois de la norme juridique et des faits pertinents. Le schéma ou le modèle physique qui en résulte permet à l'interprète du droit de comprendre la situation et de la qualifier dans le but d'appliquer les solutions juridiques qui s'imposent. Pour ce faire, l'interprète doit raisonner selon les règles définies par le cadre conceptuel dicté par la législation applicable.

La représentation juridique d'un système donné n'est donc pas unique; il existe potentiellement autant de représentations de celui-ci qu'il y a de règles juridiques applicables. À titre d'exemple, on peut penser qu'une entreprise peut être modélisée selon les règles juridiques propres au droit commercial, à la gestion de la santé et de la sécurité du travail, aux lois du travail, aux lois fiscales, etc. Pour chacune de ces lois, il est possible de concevoir une représentation du système qui permet de comprendre la dynamique d'application. Ce qui guide l'interprète du droit, et ce qui importe pour lui, ce sont les finalités en vertu desquelles il doit disposer des questions qui lui sont soumises, c'est-à-dire le cadre législatif applicable ou le modèle juridique approprié.

En matière de droit à l'égalité, c'est le modèle idéal ou cadre conceptuel préalablement décrit qui prévaut. Toute situation d'exclusion, de distinction ou de préférence doit être considérée contraire au droit à l'égalité de la personne affectée, et donc discriminatoire et prohibée, lorsqu'elle repose ou prend en considération l'un des motifs spécifiés par le

législateur ou encore les caractéristiques d'un groupe identifiable au sens de l'article 15 de la Charte canadienne. Seules les exceptions reconnues par la loi peuvent modifier le caractère discriminatoire de l'effet constaté.

Nous avons dégagé de l'analyse jurisprudentielle des arrêts de la Cour suprême (partie I) les règles qui doivent conduire l'interprète du droit dans l'application de ces dispositions. Elles s'articulent sans contradiction avec la grille d'interprétation systémique dont nous discutons. La démarche suggérée impose principalement une *réorganisation des structures intellectuelles*⁶³ des intervenants concernant leurs connaissances ou préconstruits juridiques; en d'autres mots, la démarche prescrit la construction [d']*une nouvelle grille de sélection, de conceptualisation et de mise en ordre des informations concrètes*⁶⁴, que l'on dispose sous forme de schéma⁶⁵, afin de conduire l'interprète du droit dans la reconnaissance et la compréhension de la situation juridique qui, finalement, lui permettra de tirer les conclusions qui s'ensuivent.

Cette démarche doit être ordonnée et rigoureuse afin de garantir la cohérence de la démonstration et par conséquent sa plausibilité. Elle comprend deux étapes interreliées soit l'examen de la situation présumée discriminatoire et la conceptualisation du modèle physique de cette situation. En d'autres mots, l'examen de la situation de faits produit une description temporelle, ontologique et fonctionnelle du système-source, c'est-à-dire des composantes de l'organisation potentiellement impliquées dans la production d'un effet

⁶³ Cet énoncé nous est inspiré de la thèse de doctorat de INDJESSILOGLOU Nikolaos, *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, thèse de doctorat, 1980

⁶⁴ *id.*, p.47

⁶⁵ La schématisation est le résultat d'une proposition et d'un processus (comprenant un début et une fin provisoire) qui *élabore des objets de pensée (...) et [qui] procède à des raisonnements* dans un langage naturel, c'est-à-dire en utilisant le mode discursif plutôt que logico-mathématique. Pour une illustration de ce qui précède voir: GRIZE Jean-Blaise, *Modélisation systémique, raisonnement formel et cognition* dans ANDREEWSKY E. (dir.), *Systémique et cognition*, Paris, Dunod (coll. Afcet Systèmes), 1991, 159-169, p. 160.

discriminatoire. Cette description soutend l'opérationnalisation du modèle systémique par l'application des raisonnements logiques appropriés, induisant ainsi une connaissance juridique de la situation de faits et des solutions possibles aux problèmes soulevés.

3.1 L'examen d'une situation de discrimination systémique

L'examen du système impliqué doit produire une description de ses aspects structurels; il doit mettre en évidence son organisation spatiale et formelle et doit présenter une description de ses aspects fonctionnels à travers l'identification de ses activités temporelles. Dans le déroulement de cet exercice, il faut garder à l'esprit que les concepts ou les règles applicables appartiennent à la logique juridique alors que les composants pertinents du système s'inscrivent obligatoirement dans la dimension informationnelle de l'organisation, seule dimension véritablement susceptible d'engendrer les effets discriminatoires. Les notions de représentation et de préconstruits socio-culturels ou situationnels sont au coeur de ces éléments qui génèrent le phénomène de discrimination. L'examen s'inspire du cadre théorique, c'est-à-dire des modèles idéal et logiques de la discrimination, afin d'identifier comment et par quoi le système est actif dans la production d'effets discriminatoires.

La conjonction harmonieuse des deux raisonnements (descriptif et logique) est essentielle pour atteindre l'objectif fondamental de l'exercice qui est de parvenir à la démonstration cohérente, c'est-à-dire consistante et non-contradictoire, de la dynamique d'une situation de faits dans la production d'un phénomène juridiquement analysable. Il importe de retenir que l'exercice se déroule dans le cadre d'une situation particulière, d'une situation déterminée, de telle sorte que l'exercice ne vise d'aucune manière à atteindre une validité universelle; sa seule visée est la validité situationnelle.

L'examen du système se fait naturellement selon un raisonnement qui se veut, dans un premier temps, essentiellement descriptif laissant le développement des arguments à la deuxième étape de la démarche, soit celle de la conceptualisation. La description s'effectue

selon les finalités déterminées par le cadre conceptuel législatif; ainsi, il importe peu d'identifier les carences administratives d'un système ou encore les ruptures de communication organisationnelle entre les secteurs de productions d'une entreprise. La logique qui anime la démarche de modélisation de la discrimination est avant tout juridique; son rôle premier est de conduire une analyse qui tend à identifier les diverses variables impliquées dans la production d'un effet discriminatoire prohibé; sa fonction est de présenter, de regrouper ou d'organiser les observations en système autour des raisonnements causals appropriés.

Cette logique est, par ailleurs, de nature «prévisionnelle»⁶⁶ dans son développement, c'est-à-dire qu'elle s'appuie sur des connaissances acquises et anticipe certains raisonnements déductifs généralement admis pour retenir une catégorie définie d'observations. À titre d'exemple, il est juridiquement admis que, dans le cadre d'un contrat de travail, l'ordre émis par l'employeur ou son représentant doit être exécuté par le salarié, sous réserve des prescriptions législatives ou d'ordre public; il est donc possible sans démonstration particulière de cette relation de déduire, de l'organisation hiérarchique d'une entreprise, le sens des relations d'autorité.

Par ailleurs, le développement descriptif s'élabore selon les paramètres de l'explication requise par l'interprète du droit et dans le langage disciplinaire qui est celui du droit. Cela veut dire que seuls les éléments pertinents à la règle législative applicable seront décrits. Cela signifie également que le sens des termes utilisés est celui du droit; ainsi, en ce qui concerne notre propos, le vocable «discrimination» désigne une action qui porte atteinte au droit à l'égalité et non pas une règle de différenciation à l'intérieur d'un processus de sélection tel qu'on peut le comprendre en vertu de certains langages disciplinaires ou même du langage populaire.

⁶⁶*id.*, p. 165

Autre point important à souligner, une situation de discrimination peut survenir dans des organisations dont la diversité est presque illimitée compte tenu du fait que la Société est le résultat d'une infinité de rapports sociaux plus ou moins organisés ou structurés, plus ou moins dynamiques ou statiques dans l'environnement sociétal. Or, nous discutons ici de la judiciarisation d'une situation de faits; cela suppose une situation à la dimension de l'application des règles de droit promulguées par le législateur, particulièrement au plan des modes et des mesures de redressements qu'il impose; en conséquence, le phénomène discriminatoire que peut sanctionner un tribunal doit être le fait d'une organisation réelle, concrète et limitée⁶⁷.

Ceci ne signifie pas pour autant que seront exclus de l'analyse, et éventuellement de la preuve, les éléments résultant de l'influence de l'environnement. Au contraire, dans la mesure où ils participent des préconstruits socio-culturels sous-jacents et où ils fondent les préconstruits situationnels, ils appartiennent à la situation de faits et caractérisent l'organisation. L'interprète du droit devra les prendre en considération tant au plan de la démonstration de la situation discriminatoire qu'au plan des solutions juridiques éventuelles.

En somme, l'examen d'une situation de discrimination systémique repose sur la reconnaissance des composantes de l'organisation qui gèrent les processeurs et génèrent les processus informationnels et sur la description des composantes qui supportent les représentations de l'organisation et les préconstruits qui l'animent et la gouvernent⁶⁸. Ces

⁶⁷ L'exemple que nous avons choisi d'étudier à titre d'illustration de la démarche de modélisation s'éloigne quelque peu de ce dernier paramètre dans la mesure où nous n'avons pas voulu traiter d'un groupe de recherche en épidémiologie génétique existant ou identifiable. Cependant, nous croyons que la démonstration est valable quel que soit le groupe de recherche impliqué puisque les démarches décrites sont celles qui caractérisent ce type de recherche et que les conséquences identifiées sont rapportées dans plusieurs milieux scientifiques s'y rattachant.

⁶⁸ GRIZE J.-B., *De la logique à l'argumentation*, Genève, Librairie DROZ, 1982. L'auteur traite de ces éléments en rapport avec l'analyse du discours et l'importance des lieux de sa production, il écrit que ces notions sont directement dépendantes des institutions au sein desquelles les discours sont produits. Pour nous, il est clair que ce sont des propos qui peuvent s'appliquer à toute organisation ou système

derniers sous-tendent tant l'activité discursive du système que celle des personnes qui la véhiculent et la mettent en pratique; ces éléments sont à l'origine des manifestations discriminatoires.

Les représentations constituent l'identification recherchée ou réelle de ce qu'est le système en raison de son appartenance à une société déterminée, à un secteur de marché, à un milieu socio-culturel, économique, scientifique ou technique tout autant qu'en raison de sa position au sein de cet environnement. Elles expriment ce que fait l'organisation, ses activités et ses moyens. Les représentations sont le produit de deux procédures internes, liées et duales, l'une de filtrage⁶⁹, l'autre d'éclairage⁷⁰, qui conduisent l'élaboration théorique et pratique des finalités informationnelles du système. Dans le cas d'une organisation, les représentations tant implicites qu'explicites correspondent à des choix déterminés par les buts, les finalités ou les objectifs fixés par les dirigeants.

De leur côté, les préconstruits situationnels peuvent prendre trois formes selon l'amplitude des interactions avec les préconstruits socio-culturels environnants. La forme la plus simple, soit celle qui comporte le moins d'interactions ou d'interrelations avec l'environnement, présente le faisceau de propriétés premières et de relations élémentaires propres à chaque élément des composantes du système; c'est ce qui caractérise ontologiquement l'élément ou la composante et détermine ce qu'il ou elle fait dans le système.

Pour illustrer ce qui précède prenons l'exemple des formulaires dont l'intitulé ou la dénomination énonce leur objet et identifie, jusqu'à un certain point, les personnes visées,

qui produit du discours ou du texte écrit. p. 214 et ss.

⁶⁹ Il s'agit des moyens mis en oeuvre pour choisir les informations que l'organisation souhaite rendre accessibles.

⁷⁰ Il s'agit des procédés par lesquels l'organisation cherche à se faire connaître, à présenter une certaine image, un portrait plus ou moins transparent de ses activités.

soit celles qui doivent les remplir ou celles pour qui ils sont complétés. Le faisceau de propriétés décrit ici (premier niveau) porte essentiellement sur la nature et les considérations sommaires du document. À ce stade de la description, il est possible de dire que l'objet existe et qu'il existe pour les fins qu'un sous-système détermine.

La deuxième forme de préconstruits repose sur les perspectives génétique et historique des composantes. Il s'agit de l'univers référentiel à l'origine de ces composantes et de leur évolution dans le système, notamment des aspects qui perdurent à travers les processus de transformation de ces composantes. Reprenons notre exemple des formulaires; si l'intitulé ne vise généralement que leur objet et les personnes visées, il en est autrement de leur contenu. Celui-ci répond plutôt aux besoins du système; son élaboration résulte de l'identification de ces besoins, de leur nature particulière et d'un certain nombre d'objectifs les concernant ou de résultats anticipés. Pour la personne qui complète le formulaire, ces perspectives peuvent être partiellement, totalement ou nullement apparentes, ce qui n'est pas le cas des personnes qui ont travaillé à sa conception; celles-ci en connaissent généralement l'origine et l'évolution.

Il importe de retenir de ce qui précède que même ignorés des personnes visées par le procédé sous étude ou la façon de faire de l'organisation, les préconstruits sont présents et caractérisent tant le procédé que les comportements ou les attitudes qui le mettent en oeuvre⁷¹. Ce deuxième niveau du faisceau de propriétés des éléments ou des composantes pertinentes ne peut tout simplement pas être ignoré dans le cadre de l'examen du système aux fins de démontrer l'existence ou la non-existence d'un phénomène discriminatoire.

⁷¹ L'affaire *Griggs* présente un exemple d'une situation semblable; dans cette affaire, l'employeur avait modifié les formulaires d'embauche pour y inclure la mention du diplôme de niveau secondaire à titre de pré-requis pour l'obtention de certains postes mieux rémunérés. Cette mention prétendait répondre à la mise à jour des besoins de l'entreprise, cependant la preuve a démontré qu'il ne s'agissait pas d'un besoin découlant des moyens de production applicables à ces postes; la preuve a plutôt mis en lumière qu'historiquement les postes étaient répartis selon l'origine raciale des employés et que cette mention conduisait au maintien d'une telle répartition. *Griggs v Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 N.C.1971; 3 F.E.P.175.

Finalement, la troisième forme est celle des préconstruits idéologiques. Ces derniers sont constitués de l'ensemble des énoncés de principes, des politiques et des directives qui déterminent et affirment les valeurs du système et de son environnement. Ils sont généralement le fait des dirigeants et de leurs représentants; cependant, par leur objectif fondamental, ils visent la cohérence du système et recherchent l'assentiment de l'ensemble des acteurs ou des intervenants. Pour parvenir à cet assentiment, ils intègrent et reproduisent largement les préconstruits socio-culturels environnementaux. Ils déterminent implicitement les attitudes et les comportements de tous les acteurs, parfois même explicitement, en inspirant les représentations que tous et chacun véhiculent de l'organisation⁷².

Tel qu'illustré en première partie de cette thèse, il s'agit là d'éléments déterminants en matière de discrimination systémique comme l'ont reconnu les principaux interprètes du droit à l'égalité. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler ici les énoncés descriptifs de

72

Illustrons cette situation à l'aide d'un exemple tiré de la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne: *C.D.P c. Commission scolaire régionale Chauveau*, [1993] RJQ 929. Dans cette affaire une Commission scolaire refuse d'intégrer en cheminement régulier un adolescent handicapé intellectuel alors que la *Loi sur l'instruction publique* prescrit que le cheminement régulier constitue la règle générale pour tous les étudiants y compris les étudiants handicapés. La documentation écrite de la Commission scolaire de même que les témoignages de tous les intervenants concordent: l'objectif premier de la Commission scolaire est essentiellement de faire en sorte de "diplômer" les étudiants, c'est-à-dire de s'assurer qu'ils parviennent à maîtriser les acquis nécessaires pour l'obtention du diplôme de niveau secondaire à travers le cheminement régulier. Selon cette vision, clairement partagée et véhiculée par tous les témoins, le cheminement régulier ne peut avoir d'autre finalité. L'objectif sous-tend la totalité des services offerts et des moyens utilisés pour encadrer les étudiants y compris le jeune plaignant. Tous les témoins de la Commission scolaire font état des moyens mis en oeuvre pour que le plaignant atteigne le niveau d'acquis nécessaire à cette diplomation comme s'il s'agissait d'un étudiant dont les capacités cognitives n'étaient pas limitées. L'effet pratique d'une telle approche ne pouvait conduire à autre chose qu'à l'exclusion de l'adolescent du cheminement régulier, peu importe les moyens utilisés. De toute évidence, l'objectif de «diplomation» selon les barèmes applicables aux études secondaires est inapproprié compte tenu des capacités du plaignant; or la *Loi* n'impose pas les mêmes attentes pour tous contrairement à la vision univoque de l'organisation scolaire. L'intégration des étudiants handicapés intellectuels dans le cheminement régulier, tel qu'il transparaît de la règle générale de la *Loi*, suppose un objectif différent pour eux si l'on veut éviter l'effet discriminatoire. Or selon la logique qui découle de la lecture qu'en font les intervenants, la seule porte qui est ouverte aux étudiants handicapés intellectuels est la ségrégation. La Cour d'appel du Québec ([1994] RJQ 1196) leur donnera raison dans un jugement où elle renverse l'ordonnance d'intégration du Tribunal des droits de la personne sans pour autant se prononcer sur les effets et conséquences de la vision de l'organisation scolaire.

ce qui constitue et de ce qui caractérise la discrimination, proposés par la Cour suprême dans la décision *Action travail des femmes* ⁷³:

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

ou encore dans la décision *Janzen* ⁷⁴:

[la] discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel. (nos soulignés)

- la reconnaissance des variables pertinentes

L'examen du système ne suit pas d'ordre déterminé mais inclut les observations nécessaires pour comprendre la dynamique de l'organisation. Ceci signifie que les observations recueillies doivent permettre de décrire les éléments de la structure impliqués et, le cas échéant, leur évolution toujours en relation avec l'effet discriminatoire. L'observation se fait en tenant compte que chaque élément possède des propriétés ontologiques (qui caractérisent sa nature), fonctionnelles (qui caractérisent ses opérations) et historiques (qui expliquent ses fondements, son évolution et ses mutations).

Nous l'avons dit précédemment, la caractéristique ontologique la plus importante en matière de discrimination est la dimension informationnelle des composantes impliquées. Le phénomène discriminatoire repose sur l'acquisition, la réception, le traitement, la

⁷³ *Action Travail des femmes*, précité note 60, p.1139.

⁷⁴ *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252

production et la communication d'informations, sur la présence ou même l'absence d'informations, sur la qualité de l'information disponible, sur l'influence qu'on lui accorde ou qu'elle exerce et sur les conséquences qu'elle engendre.

Fait à noter, repérer ne signifie pas exclusivement identifier les éléments présents mais cela peut vouloir dire constater l'absence d'un élément capital; on peut penser à une organisation qui ignore les changements dans la composition même du tissu social et ses effets sur le bassin de main-d'oeuvre ou encore sur l'offre de services éducatifs appropriés. Les vides référentiels peuvent être compréhensibles d'un point de vue historique sans pour autant qu'ils soient sans effets sur les attitudes et les comportements présents. Un tel examen du système peut parfois s'avérer laborieux, cependant il s'agit d'aspects essentiellement pertinents pour comprendre la genèse d'événements contemporains; cela implique que l'observation ou le repérage des variables inclut tant l'activité réelle et actuelle de l'organisation que sa situation antérieure pertinente et, le cas échéant, son environnement.

D'autre part, au cours de l'exercice de repérage des variables, l'observateur est parfois confronté au processus interne de filtrage de l'information qui peut le conduire à une vision erronée du système. Il lui faut éviter les erreurs relatives à la représentation inexacte du système, particulièrement celle qui découle d'une conception trop restreinte de celui-ci c'est-à-dire d'une vision qui exclut, par exemple, l'influence de l'environnement. Il doit se prémunir contre les représentations issues du système qui ne recouvrent qu'une partie de la réalité de l'organisation⁷⁵. De là, l'importance de la rigueur de la démarche et, jusqu'à un certain point, de son exhaustivité face aux composants

⁷⁵

Le processus d'embauche dans l'affaire des *Chemins de fer nationaux* peut constituer un exemple d'une telle situation: la décision d'embauche des femmes pour des emplois non traditionnels relevait officiellement de la division des ressources humaines alors que la décision réelle puisque finale était celle des contre-maîtres.

pertinents, utiles et juridiquement nécessaires puisque la preuve éventuelle repose sur les éléments concrets, actuels et réels, et leurs effets démontrables.

Les composants premiers auxquels l'observateur doit s'intéresser relèvent de la documentation produite et utilisée par le système ou les sous-systèmes de l'organisation; il s'agit de la documentation de toute nature et sous toutes les formes disponibles et ce, non seulement dans la forme actuelle et présente mais également dans ses formes antérieures. L'observateur doit compléter son analyse documentaire en scrutant les finalités de l'information recueillie de même que ses origines et son évolution afin de guider sa cueillette des témoignages étayant l'émergence et l'évolution de cette documentation et de ses applications. Son examen doit couvrir les types d'utilisation, les moyens de traitement et de diffusion et la portée du contenu informationnel; il doit prendre en considération le domaine (champ d'activités), l'environnement (social, économique, culturel, etc.) et les sous-systèmes liés ou apparentés (clientèle, réseau, financement, etc.)

Une fois colligées, les observations seront, d'une part, traitées selon le modèle théorique applicable; seules les observations ayant un lien avec le modèle idéal de la discrimination seront retenues. D'autre part, elles seront mises en ordre selon l'organisation du système en tenant compte de leur niveau de spécificité, d'importance, de temporalité ainsi que de leur rôle dans le fonctionnement du système. Le processus informationnel est sous-jacent à toute organisation et est nécessairement diversifié selon la place qu'il occupe au sein de chaque sous-système ou sous-sous-système. Plus important au plan quantitatif et qualitatif là où sont assumées les fonctions de direction, de planification et de coordination des activités d'un système, le processus informationnel se transforme au fur et à mesure des étapes et des lieux d'application. Le processus n'est pas pour autant unidirectionnel; chaque sous-système est processeur d'informations; il est capable de recevoir, de traiter et d'émettre des informations, des signes, des changements, des tendances qui participent du fonctionnement de l'organisation.

Tous les types d'information doivent être évalués en fonction de leur utilité et de leur pertinence dans la modélisation en cours. Ainsi, même l'information technique, relative aux éléments matériels d'une production donnée, peut, à l'occasion, s'avérer essentielle à la compréhension d'un effet discriminatoire; qu'on pense aux dimensions physiques ou à la structure d'une machine ou d'un lieu de travail ou encore aux protocoles d'exécution d'un travail ou d'un procédé de fabrication d'un produit, ce sont des informations pertinentes lorsqu'un effet d'exclusion en découle.

Aux fins de l'identification des variables nécessaires à la modélisation de la discrimination, il importe toutefois de distinguer entre «informations» et «données»; les données constituent des composants élémentaires dont le faisceau de propriétés s'arrête au premier niveau, c'est-à-dire sans autre valeur que celle du fait ou de l'objet qu'elles représentent. *«Les informations, par contre, sont porteuses de signaux qui produisent des effets sur la connaissance ou sur les comportements.»*⁷⁶ Les informations se distinguent par leur rattachement aux processus de régulation (**flux**) ou de subordination (**champ**) du système; leur valeur signifiante dépend de ce rattachement. Les informations peuvent ainsi constituer des variables indépendantes ou dépendantes, pertinentes à la conceptualisation du modèle de discrimination.

- le repérage des relations entre variables

Simultanément au repérage des variables, l'observateur doit s'intéresser aux relations existant entre elles. À cette fin, il doit rapidement dresser l'organigramme structurel et fonctionnel du système à la lumière de ses activités les plus susceptibles d'interagir dans la production des effets d'exclusion ou de préférence constatés. C'est donc nécessairement à partir de l'effet constaté que les activités du système seront examinées. Ainsi, si l'effet se produit dans le cadre de l'accès à des services, les éléments structurels observés seront

⁷⁶ **GUINIER D.**, *Sécurité et qualité des systèmes d'information - Approche systémique « La part de l'homme»*, Paris, Masson, 1992, p.5.

se produit dans le cadre de l'accès à des services, les éléments structurels observés seront d'abord ceux qui encadrent la fourniture de ces services et non pas, par exemple, les composants des activités de «gestion du personnel» qui relèvent plutôt de la fonction «direction des ressources humaines» et constituent un autre système ou sous-système de l'organisation.

Pensons, par exemple, à une commission scolaire dont l'activité essentielle est d'offrir des services éducatifs. L'organigramme en cause dans l'offre de services aux étudiants est distinct de celui qui gère les mouvements de personnel et ce même si le premier ne peut exister sans le deuxième. Le rôle des acteurs variera selon les fonctions qu'ils occupent dans l'un ou l'autre organigramme; la documentation, les directives, les règles à suivre seront également différentes compte tenu des activités spécifiques et des finalités distinctes de chacune des deux divisions.

De plus, il ne sera normalement pas nécessaire de décrire la totalité de l'organisation ni même l'ensemble des systèmes ou des sous-systèmes qui la composent. Seuls ceux qui sont impliqués dans la démonstration de l'effet constaté seront décrits.

À noter également que l'effet discriminatoire peut ne pas avoir de lien direct avec les activités principales de l'organisation mais être le fait d'une relation établie entre deux sous-systèmes. Pensons à la décision *Ville de Brossard*⁷⁷ où l'effet d'exclusion de la plaignante n'a rien à voir avec les finalités premières d'une organisation municipale; l'effet ne relève pas non plus des finalités traditionnelles de la gestion du personnel mais origine plutôt de la relation entre deux sous-systèmes, à savoir, le conseil municipal, processeur de la politique anti-népotisme, et la division de l'embauche du personnel chargée de l'appliquer.

⁷⁷ Précitée note 58.

À tout événement, le point de départ de l'identification des relations entre variables se situe au niveau du sous-système d'activités répondant de l'effet constaté. Il est donc essentiel de bien circonscrire cet effet et d'en déterminer, en premier lieu, les sources probantes pour remonter ensuite aux sources plausibles. L'effet constaté est généralement le produit plus immédiat des sous-systèmes chargés d'appliquer les politiques, les directives, les protocoles, de superviser les règles de conduite ou les lignes directrices, bref d'assurer le respect de la normativité interne du système. Cependant, en matière de discrimination systémique, il faut retenir que ces sous-systèmes ne sont souvent que des lieux d'exécution; que les activités sont initiées par un important processus informationnel impliquant un nombre certain d'autres sous-systèmes de l'organisation.

La démarche se poursuit donc par l'examen des relations hiérarchiques qui assurent l'opérationnalité du système ou de l'organisation. Il s'agit de déterminer si l'effet présumé discriminatoire résulte d'un seul niveau décisionnel ou s'il répond plutôt d'interventions multiples de nature diverse et inter-reliées. Il s'agit donc d'identifier le sens des relations hiérarchiques (multi ou unidirectionnelles) et la magnitude de ces relations, c'est-à-dire la qualité et la quantité des échanges et leurs effets sur le processus informationnel pertinent.

Pour démontrer la relation causale entre le système et l'effet constaté, il est nécessaire de s'attarder à la nature de la relation entre les processeurs informationnels, les acteurs impliqués et l'information produite. Les processeurs forment des entités fonctionnelles dans le système, c'est-à-dire qu'ils participent de la conception et de la mise en oeuvre des opérations, du contrôle et de la surveillance des réalisations dans le respect des buts, des objectifs et des finalités de l'organisation. Chaque sous-système, ou plus exactement les acteurs qui l'opèrent, assume la production de l'information qui circule aux fins de remplir la fonction ou le rôle assigné à chacun dans l'organisation. Chaque sous-système occupe donc également une place déterminée dans l'organisation qui affecte l'importance de l'information produite. L'observation doit conduire à reconnaître l'ordre anachronique ou

chronologique des relations et le degré d'autonomie des sous-systèmes face au processus informationnel.

Dans cet exercice, il importe de reconnaître que si l'effet discriminatoire est généralement le fait direct d'un geste posé par un ou des acteurs, il n'en demeure pas moins qu'il est avant tout le produit d'un nombre plus ou moins important de processus informationnels qui relient les acteurs et encadrent leurs fonctions. Chaque acteur extrait du contenu informationnel circulant les éléments qui répondent à ses besoins et correspondent à ses intérêts pour ensuite poser les gestes pour lesquels il est habilité. Il faut donc à partir du geste posé remonter à travers les processus informationnels jusqu'au coeur de l'organisation pour cerner les limites du système intervenant.

- les limites du système

À ce chapitre, deux aspects retiennent notre attention. Il s'agit d'abord de saisir que la modélisation elle-même pose des limites en fonction des finalités de l'exercice. Dans le cas qui nous occupe, la modélisation ne vise pas à connaître la totalité de l'organisation ni à produire quelque rapport que ce soit sur celle-ci. Les finalités de la modélisation qui nous intéressent visent exclusivement à rendre compréhensible une situation de faits générant un effet discriminatoire. Le concepteur doit donc s'arrêter dès que la démonstration s'avère suffisante pour que l'interprète du droit puisse construire le sens de la situation en cause.

Cela suppose que le concepteur doit rendre compte uniquement des observations pertinentes; il doit procéder à une description attentive des variables, de leurs attributs et de leurs relations selon les modèles logiques appropriés afin de construire le modèle physique de la situation juridique. En matière de discrimination, la situation est dynamique, ce qui signifie que la description est avant tout centrée sur les activités du

système plutôt que sur ses éléments passifs; la description de la situation doit inclure les processeurs actifs qui influencent les comportements observés.

Le deuxième aspect touche la détermination des limites ou des frontières du modèle, c'est-à-dire la nécessité de circonscrire les limites réelles et concrètes du système ou des sous-systèmes impliqués. Comme nous l'avons dit précédemment, ce n'est pas nécessairement toute l'organisation qui est impliquée dans l'effet discriminatoire; dans un tel cas, procéder à une description exhaustive de l'organisation irait à l'encontre des objectifs visés par la modélisation et risquerait de produire un contre-effet chez l'interprète du droit pour qui la situation sortirait de son cadre juridique conceptuel.

À l'opposé, il peut être nécessaire d'éclairer la situation observée à l'aide d'éléments provenant de l'environnement afin de la rendre véritablement compréhensible. Ainsi, il peut s'avérer indispensable de présenter le modèle physique des systèmes ou des sous-systèmes de l'organisation, actifs dans la production de l'effet, non pas intégrés dans la totalité de l'organisation mais plutôt englobés dans les sources externes des préconstruits; il s'agit alors pour le concepteur de mettre en lumière les rapports nécessaires à la production de l'effet constaté.

En somme, il faut retenir que les frontières du système modélisé sont déterminées par les finalités du concepteur et par les limites de la démonstration suffisante; passer outre à ces frontières risque de rendre juridiquement inintelligible le modèle physique de la situation observée.

3.2 L'analyse d'une situation de discrimination

Une fois reconnues les composantes du système et les relations qui les unissent, il importe d'articuler ces divers éléments selon un cadre d'analyse qui tend à démontrer ou

à infirmer que la situation en est une de discrimination prohibée. L'articulation suppose une exploitation raisonnée des observations recueillies relativement au domaine concerné. Fait à souligner, ces connaissances sont généralement variées, diversifiées et même disparates; le traitement doit viser non pas à classifier ou à catégoriser ces connaissances mais à les présenter dans leurs relations à l'effet produit selon le raisonnement juridique du modèle idéal. Ce modèle pose l'indissociabilité des entités constitutives du concept de discrimination; il force le concepteur à sélectionner les connaissances acquises en fonction de ces entités et à les présenter dans une relation dynamique et surtout circulaire autour de la personne visée par l'effet.

Rappelons ici que la modélisation ou plus précisément la schématisation est et sera toujours déterminée et partielle; déterminée, puisqu'elle répond à l'objectif déclaré du concepteur ou aux impératifs de l'exercice qui sont ici d'associer le raisonnement juridique applicable à la reconnaissance d'une situation de faits; *partielle dans la mesure où elle se termine sitôt qu'elle apparaît suffisante au propos de l'auteur*⁷⁸.

quels?

3.2.1 la conceptualisation

Le processus de conceptualisation consiste à réaliser le modèle physique de la situation d'espèce selon le cadre conceptuel du modèle idéal de discrimination. Il ne s'agit plus d'analyser la réalité mais de construire une représentation de celle-ci selon le modèle déterminé; en d'autres mots, il s'agit de construire le sens juridique de la situation de faits observés. Le concepteur, à partir du cadre, sélectionne les traits de la réalité (les variables, leurs propriétés et leurs relations) que son schéma doit présenter pour que le système devienne signifiant, c'est-à-dire qu'il rende juridiquement compréhensible la situation

⁷⁸

Id., p. 162

observée. Fait à noter, il s'agit d'*un processus intentionnel mais non prédéterminé; il existe a priori plusieurs itinéraires cognitifs par lesquels le problème*⁷⁹ peut être représenté.

Dans le cas qui nous intéresse, les objectifs du concepteur, qui sont de parfaire la connaissance judiciaire relativement à une situation juridique complexe de discrimination, recourent les finalités du modèle. La rationalité du concepteur ne vise pas à préciser les fins poursuivies par le système impliqué mais plutôt à rendre l'interprète du droit conscient des rapports existants ou inexistants entre les réalités du système et les effets discriminatoires produits. En ce sens, les modèles logiques développés plus tôt respectent tout-à-fait cette approche de la conceptualisation tout en répondant à l'intention du législateur qui, par l'abrogation des lois à caractère pénal, a voulu que les interprètes du droit à l'égalité sans discrimination cessent de rechercher l'intention coupable pour ne se préoccuper que de l'élimination des effets discriminatoires constatés.

Deux perspectives conduisent le concepteur dans la mise en ordre des observations recueillies; il réalise le schéma en suivant les procédures ascendante ou inductive et descendante ou déductive.

La première part de la situation de faits pour remonter aux modèles logiques possibles. La procédure ascendante vise, dans cette optique, à repérer la séquence d'événements ayant conduit à l'effet. Cette approche propose de reproduire, en premier lieu, les états de faits immédiats dans leur temporalité ponctuelle et, en second lieu, les états de faits permanents de la situation organisationnelle. La première ébauche illustre les points ou les lieux précédant immédiatement l'effet et présente leurs caractéristiques ontologiques et fonctionnelles propres en rapport avec les événements pertinents alors que les ébauches subséquentes établissent les liens organisationnels nécessaires avec les autres systèmes ou sous-systèmes pour que l'effet puisse se réaliser. Ce qui préoccupe le concepteur à cette

⁷⁹ **LE MOIGNE J.-L.**, *Intelligence des mécanismes, mécanismes de l'intelligence - Intelligence artificielle et sciences de la cognition*, Paris, Fayard 1986, p. 237-138.

étape, c'est l'identification des relations entre les variables impliquées, le sens et l'importance de ces relations afin d'en arriver à déterminer quel modèle logique est le plus susceptible de rendre compte de la causalité nécessaire à la réalisation de la situation observée.

La procédure descendante consiste à examiner, à partir du modèle idéal, les éventualités possibles qui expliquent ou remettent en cause l'implication du système étudié dans la production de l'effet constaté. L'objectif est de repérer les mécanismes producteurs d'un effet discriminatoire dans les conditions observées; il s'agit d'identifier, à partir des systèmes ou sous-systèmes-source, les conséquences potentiellement discriminatoires découlant de leurs activités, des caractéristiques des acteurs et des relations qu'ils entretiennent avec les autres systèmes liés et avec l'environnement.

Au stade de la conceptualisation, l'observateur dresse les différents portraits susceptibles de démontrer les conclusions de discrimination à tirer (probabilité ou improbabilité) selon les postulats des trois modèles logiques préalablement développés. Cette étape consiste à exposer la réalité de façon précise, spécifique et limitée pour vérifier la cohérence des liens qui naissent de la relation entre variables.

Dans la mesure d'une corrélation positive démontrée entre les deux perspectives relativement à l'un des modèles logiques, le concepteur pourra passer à l'étape de l'opérationnalisation du modèle et développer l'argumentation qui lui permettra de démontrer à l'interprète du droit le bien-fondé de l'articulation des connaissances conduisant aux conclusions d'un effet discriminatoire émergeant de l'organisation ou d'un système participant.

3.2.2 l'opérationnalisation du modèle

Cette étape consiste à développer le schéma approprié pour remplir les finalités de l'exercice soit la présentation intelligible de la dynamique de production du phénomène discriminatoire. L'opérationnalisation du modèle s'obtient par une mise en ordre conjonctive des observations recueillies selon le modèle logique le plus susceptible d'expliquer les résultats constatés. En termes juridiques, il s'agit de développer l'argumentation qui permettra de relier les éléments de preuve afin de démontrer la logique qui les unit dans la production de l'effet discriminatoire. Il s'agit donc d'articuler les éléments de preuve, dans leurs rapports les uns aux autres, en fonction de la causalité nécessaire et du modèle conceptuel applicable.

Le modèle idéal de la discrimination impose de considérer chaque entité ou élément constitutif comme étant indissociable du phénomène de discrimination; le schéma ne peut donc pas viser à présenter les composants du système ou sous-système selon quelque autre perspective, même juridique, qui ne s'inscrirait pas dans cette règle. Le schéma ne reproduit que le micro-univers de la situation potentiellement discriminatoire. Le concepteur développe progressivement le schéma de chaque ébauche en présentant les éléments de preuve sous l'angle de leurs propriétés ontologiques et fonctionnelles pertinentes; il explique les relations anachroniques ou chronologiques nécessaires à la démonstration en cours. Il lui faut cependant respecter les limites de chaque ébauche tout en sachant que la construction demeure ouverte sur les ébauches successives; cette exigence vise à assurer la cohérence de la démonstration en s'appuyant sur l'aspect consistant et non contradictoire du raisonnement suivi tel qu'appliqué aux faits prouvés.

Le développement du schéma global ou de l'argumentation intégrale comprendra une présentation du contexte environnemental interne (l'organisation et ses autres systèmes ou sous-systèmes) et externe (le milieu socio-culturel ou socio-économique). Cette partie est d'autant plus importante en matière de discrimination qu'elle permet de conduire

l'interprète du droit dans l'identification des préconstruits situationnels en retraçant leurs dimensions génétiques et historiques par l'examen des préconstruits socio-culturels. Il faut noter ici qu'en ce qui concerne l'environnement, particulièrement l'environnement externe, il est généralement admis que l'on peut, aux fins de développer le schéma global, se référer aux analyses extérieures, expertises ou autres études existantes d'*observateurs spécialistes particulièrement avisés de telle ou telle société*.⁸⁰ Cette dernière ébauche du schéma global présente donc une vue d'ensemble qui dépasse les observations primaires (le ou les sous-systèmes directement et immédiatement impliqués) et tend vers la présentation de l'explication la plus plausible concernant la situation observée.

La schématisation qui s'ensuit présente le portrait *vraisemblable*⁸¹ de la situation de faits selon la conceptualisation retenue. Rappelons que cette vraisemblance est celle que doit percevoir l'auditeur, c'est-à-dire le juge; le concepteur doit donc rendre la schématisation recevable et acceptable par ce dernier. Plus l'ébauche reflète la réalité observée, c'est-à-dire plus elle s'attache aux faits prouvés par documentation ou par témoignage, plus elle apparaîtra recevable à l'interprète du droit. Cependant, *pour qu'une schématisation soit vraisemblable pour [le juge], il ne suffit pas qu'elle soit en accord avec ce qu'il considère comme des faits, mais encore qu'elle soit compatible avec ses valeurs éthiques, (...) et avec ses intérêts*⁸². Dans le cas qui nous occupe, l'intérêt du juge est de comprendre, c'est-à-dire construire le sens juridique de la situation présumée de discrimination afin d'appliquer la loi. Il faut donc lui présenter un schéma qui suscite son agrément par la cohérence du raisonnement. Au-delà des faits reconnus vraisemblables parce que prouvés par documentation ou témoignages ou du fait de son expérience

⁸⁰ **MUCCHINELLI A.**, *L'analyse phénoménologique et structurale en sciences humaines*, Paris, P.U.F. 1983, p. 216

⁸¹ Voir la note 35 de la page 125.

⁸² **GRIZE, J.B.**, *De la logique à l'argumentation*, Genève, Librairie DROZ, 1982, p. 189.

personnelle, le juge se ralliera à l'exposé qui repose sur une démonstration rationnelle de l'ensemble des relations entre les faits et le raisonnement juridique applicable.

En somme, l'opérationnalisation du modèle se traduit, dans le processus qui nous concerne, par la schématisation de la situation de faits selon l'un des modèles logiques de la discrimination. En d'autres termes, l'opérationnalisation du modèle en droit correspond à la présentation des faits à l'aide d'un ensemble d'arguments structurés selon un ordre déterminé et choisi par le concepteur. L'argumentation vise à susciter et à conduire l'interprétation des faits observés selon le modèle logique le plus plausible dans les circonstances.

Conclusion

Le droit à l'égalité sans discrimination constitue un concept juridique flou qui nécessite une intervention raisonnée des interprètes du droit, juristes et juges, pour en assurer la reconnaissance et le respect.

L'étude des processus juridiques de raisonnement, de leurs fondements et de leur efficacité nous a permis de démontrer les difficultés inhérentes certaines résultant de l'examen de situations complexes relevant de concepts juridiques flous.

Ce sont particulièrement les problèmes reliés aux aspects de la causalité nécessaire qui ont retenu notre attention. Pour y faire face, nous nous sommes intéressé à la modélisation systémique. Après en avoir présenté les grandes lignes, en ne retenant que les dimensions pertinentes à notre questionnement, nous avons examiné le tracé jurisprudentiel en matière de définition du concept de discrimination afin d'y découvrir les modèles idéal et logiques de ces situations juridiques. Procédant par la suite à un exercice de schématisation graphique, appliqué à l'affaire *Action Travail des femmes*, nous avons montré la pertinence d'utiliser une telle démarche pour l'analyste juridique.

Le cheminement suivi apparaît d'autant plus intéressant qu'il constitue une démonstration révélatrice des insuffisances du raisonnement traditionnel et de l'intérêt significatif de procéder à l'examen des situations juridiques à partir d'une démarche qui vise à *construire le sens* de la réalité juridique à l'aide du modèle idéal ou conceptuel de la discrimination et des modèles logiques fondés sur la causalité nécessaire.

Le grand intérêt de la modélisation systémique, par le recours à des modèles logiques, est qu'elle ne vise pas à réduire les situations observées aux limites du raisonnement causal efficient ni à formaliser le système étudié contrairement aux processus scientifiques de type cartésien qui recherchent la règle formelle, la loi d'application universelle. Ici, la démarche schématise; ceci signifie que les modèles ne visent que l'explication momentanée, locale du rapport à la réalité. Ils lient *des valeurs aux faits en ramenant les données à une cohérence locale momentanée orientée par une fin (...)*. Dans ce travail de production, de déplacement, d'organisation de la signification, le discours propose des "modèles" où sont organisés des objets, mais aussi des rôles et des attitudes qui ont une portée dans la communication et dans l'action.⁸³

Cette caractéristique essentielle de la modélisation nous apparaît incontournable si l'on veut véritablement comprendre et résoudre les problèmes de discrimination prohibée.

⁸³ BOREL, M.-J., GRIZE J.-B., MIÉVILLE, D., *Essai de logique naturelle*, 2^{ième} éd., Berne, P. Lang, 1992, p. 57-58.

Introduction au Chapitre II De la discrimination et de la génétique

Avant de nous engager dans la démarche de schématisation du système choisi, nous souhaitons présenter plus avant les raisons qui nous ont motivé dans ce choix en introduisant sommairement la problématique particulière de la discrimination et de la génétique.

A) L'hérédité, la génétique et l'eugénisme

L'intérêt pour la génétique, en tant que champ de connaissances de l'héritage humain, est apparu au siècle dernier; ce n'est toutefois qu'au cours du XX^e siècle que la génétique est devenue une science à part entière, nommément reconnue comme telle. On peut diviser en trois phases l'émergence de la génétique et des problématiques dérivant de ces connaissances: les théories de l'évolution, l'hérédité et la sélection naturelle; l'hérédité, la sélection artificielle et l'intervention de l'État; l'hérédité et la génétique au service de la médecine.

- les théories de l'évolution, l'hérédité et la sélection naturelle

Au XIX^e siècle, les préoccupations relatives aux phénomènes de l'hérédité sont le fait des médecins, des biologistes, des anthropologues, des sociologues et autres intellectuels du monde occidental; leur lecture de ces phénomènes les amène, par des chemins diversifiés, à tenir un discours relativement consensuel autour du concept de dégénérescence de la race et de la nécessité d'intervenir¹. Ce discours n'est toutefois pas univoque; certains partagent une vision pessimiste de l'évolution de la race humaine alors que d'autres sont optimistes quant au sort des générations futures.

¹ CAROL, A., *Histoire de l'eugénisme en France : les médecins et la procréation, XIXe-XXe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1995, p. 86 et ss.; BLAIS, H., *Les tendances eugénistes au Canada*, Montréal, L'Institut familial, 1942, p.19 et ss; HOUSSAY F., *Eugénique et régimes alimentaires* dans APERT, E. [Et autres], *Eugénique et sélection*, Paris, Librairie F. Alcan, 1922, 21-32.

Un dénominateur commun caractérise les intellectuels de cette période: ils appartiennent à la classe sociale des familles prospères² et instruites, ils sont blancs, chrétiens et d'«intelligence supérieure»³. De cette appartenance à la classe dominante naît une vision du monde où les «races» se définissent en fonction de la couleur, de l'origine nationale et ethnique et où les caractéristiques sociales des pauvres sont tenues pour déterministes de leur dégénérescence biologique⁴ alors que la dégénérescence de la classe dominante est identifiée à la dénatalité⁵.

Sans avoir des positions exclusives les unes des autres, les chercheurs des diverses disciplines apportent cependant des contributions différentes, parfois discordantes⁶, au discours de la dégénérescence de la race et aux moyens envisagés pour y remédier.

² À l'exception de Mendel qui était le fils de paysans autrichiens. Kevles fait remarquer d'ailleurs que les tenants de l'eugénisme britannique (Galton et Pearson) *n'auraient [pas], de prime abord, considéré la famille Mendel comme eugéniquement intéressante*; KEVLES, D. J., *Au nom de l'eugénisme : génétique et politique dans le monde anglo-saxon*; trad. de l'américain par Marcel Blanc, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 55.

³ Comme l'immense majorité de leurs contemporains, les eugénistes raisonnent en termes de couleurs. Il y a la race blanche, les «Jaunes», les «Nègres». Et comme la majorité de leurs contemporains, les eugénistes pensent que cette classification se double naturellement d'une hiérarchisation qui place au sommet le Blanc et, au-dessous de lui, les races inférieures. CAROL, A., précité note 1, p. 138; Voir également APERT, E., précité note 1; HOLMES, S. J., *Human Genetics and its Social Import*, New York, McGraw-Hill, 1936 (International Congress of Eugenics (2e, 1921, American Museum of Natural History)), *Eugenics in Race and State : Scientific Papers of the Second International Congress of Eugenics - 1921*, New York, Garland, 1985; KEVLES, D. J., précité note 2; MAZUMDAR, P. M. H., *Eugenics, Human Genetics and Human Failings : the Eugenics Society, its Source and its Critics in Britain*, London, Routledge, 1992; MCLAREN, A., *Our Own Master Race : Eugenics in Canada, 1885 -1945*, Toronto, McClelland and Stewart, 1990; PETERS G., *Racismes et races: histoire, science, pseudo-science et politique*, Lausanne, Ed. d'en bas, 1986.

⁴ APERT, E., précité note 1; MAZUMDAR, P. M. H., précité note 3; THOMAS, J.-P., *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, chap. II.

⁵ Idem

⁶ Les désaccords sur les moyens relevant de l'intervention étatique et visant l'amélioration de la race prendront de l'ampleur au cours des deuxième et troisième décennies du XX^e siècle. Plusieurs chercheurs en viennent à la conclusion qu'il s'agit de mesures futiles vu la taille de la population potentiellement visée et irréalistes compte tenu de l'impossibilité d'identifier tous et chacun des individus porteurs de mutation ou d'anomalies génétiques. Ils émettent également l'idée que l'état des connaissances et les instruments scientifiques ne permettent pas de se prononcer particulièrement dans le cas des maladies mentales.

Ainsi, les médecins se préoccupent davantage du nombre croissant de problèmes de santé individuels, familiaux et collectifs identifiés⁷. Ils posent diverses hypothèses explicatives centrées sur la portée de l'environnement social dans l'émergence des maladies mais également sur le caractère héréditaire de l'état de santé et sur l'importance de l'hygiène de la procréation pour les générations futures⁸.

Quant aux sociologues et aux anthropologues, ils se penchent plutôt sur les fondements et sur les perspectives généalogiques des caractéristiques transportées d'une génération à l'autre. Ainsi, concurremment aux biologistes, ils s'interrogent sur les lois de l'hérédité; ils recourent, pour ce faire, à des études empiriques et amassent des masses de données qu'ils traitent pour en extraire ces lois⁹. Parallèlement, ils étudient les processus de sélection qui favorisent, du moins dans les règne animal et végétal, la survie des plus forts ou des plus adaptés; sur ce dernier point, ils en viennent à la conclusion que l'homme, par ses modes de vie et ses moyens d'assistance aux plus faibles, contribue à neutraliser cette sélection naturelle chez l'humain et favorise d'autant la dégénérescence de la race humaine.

H. BLAIS résume ce *credo* de l'époque en ces termes:

En effet, la civilisation a multiplié les foyers de bienfaisance et, grâce aux assistances sociales de tout genre, aux interventions thérapeutiques, aux défenses

⁷ Parmi les maladies dégénératives les plus significatives de l'époque mentionnons la syphilis et l'alcoolisme. Ces maladies sont perçues comme des fléaux à combattre à tout prix vu leurs effets sur les facultés mentales des personnes atteintes et de leurs descendants; on y associe également la criminalité et les déviations sexuelles.

⁸ CAROL, A., précité note 1; dans son analyse de l'eugénisme en France, Anne Carol relate que le mouvement initié par Galton n'a pratiquement pas existé comme tel en France; cependant elle montre que l'univers médical a été largement sensible à la problématique des maladies que l'on croyait héréditaires et à l'hygiène de la procréation pour les éradiquer. Mme Carol rapporte, par ailleurs, que plusieurs des médecins troublés par ces questions sont également anthropologues; certains participeront au premier congrès d'eugénisme tenu à Londres en 1912, p. 77-79.

⁹ MAZUMDAR, P. M. H, précité note 3.

prophylactiques, elle conserve à la vie nombre de dégénérés que le jeu de la sélection naturelle eût impitoyablement éliminés¹⁰.

Et il ajoute, en rappelant l'un des objectifs défendus par les tenants de l'eugénique¹¹, que celle-ci *aura tendance à rétablir l'équilibre naturel artificiellement troublé par l'intervention de la culture*¹².

À cette fin, les chercheurs de tout domaine sont conviés à développer une connaissance approfondie des lois de l'hérédité telles qu'elles peuvent s'appliquer chez l'homme. Parmi les moyens mis en oeuvre pour accroître ces connaissances, deux approches nous concernent plus particulièrement: la première est celle initiée par Mendel alors que l'autre procède de la biométrie dérivant des travaux de Galton.

Passionné d'études scientifiques¹³, Mendel développe les premières lois de la génétique en introduisant les règles de transmission des gènes¹⁴. Contrairement aux modèles courants alors utilisés en biologie, de nature plutôt descriptive et spéculative, les travaux de Mendel sont de type expérimental, analytique et quantitatif; cela lui permet de développer une théorie sur la transmission et la permanence des caractères, c'est-à-dire sur leur stabilité

¹⁰ BLAIS, précité note 1, p. 10

¹¹ L'eugénisme, en se fondant sur les théories de l'évolution et de la sélection naturelle, se définit comme une théorie scientifique qui pose la capacité de l'homme d'intervenir pour améliorer la race humaine. L'eugénique se définit comme la science appliquée ou la mise en pratique de cette théorie par l'intervention volontaire ou imposée. Anne Carol indique qu'après 1945, les médecins français ont insisté sur ces distinctions qui leur permettaient de condamner l'eugénique allemande sans mettre de côté leur foi dans les capacités de l'homme d'améliorer la race. CAROL, A., précité note 1, pp. 344- 347; THOMAS, J.-P., précité note 4.

¹² Idem.

¹³ Mendel a étudié la physique, la chimie, les mathématiques, la botanique et la zoologie à l'université d'Olomouc et à l'université de Vienne.

¹⁴ Mendel ne parle ni de "génétique" ni de "gène". Le terme "génétique" pour décrire l'étude biologique de l'hérédité nous vient de William Bateson alors que le terme de "gènes" s'est graduellement substitué aux "éléments" mendéliens au début du siècle comme le rapporte Kevles, précité note 2, p. 59.

inter-générationnelle. Pour y parvenir, il applique un mode d'analyse réductionniste sur le modèle des recherches pratiquées en physique et en chimie. À sa suite, de nombreux biologistes prônent le développement de l'étude expérimentale de l'évolution; ils produisent une somme considérable de travaux relatifs à l'évolution des règnes animal et végétal confirmant l'importance des lois de Mendel. Ces travaux vont parfois préciser, parfois modifier les connaissances mendéliennes au sujet des modes de transmission. Les résultats obtenus contribuent à identifier les mécanismes de transmission de certaines "erreurs innées de métabolisme"¹⁵ chez l'homme tout autant que des caractères plus réguliers tels que la couleur des yeux, des cheveux et de la peau¹⁶. De la fin du XIX^e au tiers du XX^e siècle, les biologistes parviennent à élucider les mécanismes de la détermination chromosomique de l'hérédité en juxtaposant, notamment, les observations de la cytologie des cellules humaines aux résultats obtenus par l'élevage d'espèces animales à reproduction rapide. Ils marquent ainsi des points dans la controverse portant sur le point de savoir qui, de la biométrie ou du mendélisme, rendait le mieux compte de l'hérédité¹⁷. Les biologistes tenants de l'eugénisme avancent que la génétique se révèle un puissant instrument dans la démonstration des sources de la dégénérescence de la race.

Malgré cela, la biométrie ne s'avère pas pour autant inutile ou battue en brèche. Issue de l'intuition et des travaux de Galton, celle-ci va se développer principalement grâce à Karl Pearson, directeur du Laboratoire de biométrie du University College London et du Laboratoire Galton pour un eugénisme national. Pour en comprendre l'importance dans le débat qui nous concerne il faut remonter à la contribution particulière de Galton auquel est attribuée la naissance de l'eugénisme. Inspiré par la théorie de l'évolution de Darwin

¹⁵ L'expression qui vient du médecin britannique Archibald Garrod est rapportée par Kevles; précité note 2, p. 60.

¹⁶ En 1907, le britannique Hurst C.C. a été le premier à établir le mode de transmission mendélien de la couleur des yeux alors, qu'aux États-Unis, Charles B. Davenport démontrait qu'il en allait de même pour la couleur des cheveux et de la peau.

¹⁷ KEVLES, D.J., précité note 2, p.59

et fasciné par les mathématiques et les statistiques¹⁸ de même que par la cueillette de données anthropologiques et anthropométriques, Galton développe un modèle de géométrie analytique applicable aux lois de l'hérédité. Ce modèle, qui intègre la théorie des probabilités et repose sur le calcul des coefficients de régression et de corrélation, permet de mesurer l'importance d'une variable déterminée même en présence de plusieurs variables indépendantes¹⁹. Ces travaux l'amènent à proposer une définition de l'hérédité en fonction des "relations quantitatives, donc mesurables, existant entre les générations au niveau de caractères donnés"²⁰.

La contribution scientifique de Galton au développement des connaissances en matière d'hérédité est d'autant plus importante qu'il introduit une méthodologie analytique, qui a fait ses preuves dans le domaine des mathématiques, pour le traitement des données de type généalogique, anthropologique et anthropomorphique. L'analyse de ces données en fonction de la théorie des probabilités lui permet d'en arriver à identifier les régularités significatives qui témoignent de l'action de causes constantes, et donc héréditaires dans le cas qui l'occupe, au-delà des perturbations circonstancielles ou situationnelles. D'autre part, il propose d'établir une courbe de distribution des données recueillies afin de dresser le profil de l'homme-type par rapport auquel les hommes d'une même nation pourront être considérés²¹. Anne Carol souligne que *le projet eugéniste est par essence normatif*²²; selon ce cadre théorique, il s'agit de rapporter les résultats observés chez les êtres humains

¹⁸ KEVLES, D. J., précité note 2, p. 16. Les statistiques présentaient, à l'époque, le produit des données sociales recueillies pour l'élaboration des politiques de l'État, sans cadre théorique ni analyse.

¹⁹ La courbe de distribution normale utilisée par Galton est mieux connue sous le nom de courbe en cloche ou courbe de Gauss.

²⁰ KEVLES, D. J., précité note 2, p. 23. Kevles tire cette information d'une étude des papiers de Galton réalisée par Ruth Schwartz Cowan en 1969.

²¹ Jean-Paul Thomas identifie le fondement de cette théorie aux travaux d'Adolphe Quételet de qui se serait inspiré Galton. THOMAS, J.-P., précité note 4, p. 37.

²² CAROL, A., précité note 1, pp. 145-146.

étudiés ou de comparer les données recueillies à une “normale” ou une moyenne, définie par les objectifs recherchés, soit l’amélioration de la race, et obtenue en sélectionnant les meilleurs sujets et en éliminant les pires.

De plus, Galton soumet qu’au-delà de l’application immédiate de cette méthodologie aux caractères physiques estimés héréditaires, la théorie est également valable pour démontrer l’hérédité des facultés mentales, auxquelles il s’intéresse prioritairement²³.

D’autre part, également inspiré par les théories relatives à la sélection naturelle de Darwin, Galton émet l’idée que cette sélection comporte un caractère essentiellement probabiliste qui, en ce qui concerne l’être humain, a été modifié par l’intervention de l’homme; à ce sujet, il prétend qu’en assurant la survie des dégénérés par les moyens d’assistance publique ou par les interventions thérapeutiques de l’ordre de celles pratiquées dans les asiles, la société participe à la dégénérescence de la race. Contrairement à Darwin qui pose l’imprévisibilité de l’évolution des espèces et l’absence de finalisme dans le processus de sélection naturelle, Galton exprime l’idée que ce processus a pour finalité d’assurer la survie des plus aptes, ce qui, pour lui, s’avère essentiel à l’amélioration de la race. Il tire de cette lecture, le fondement d’une science nouvelle, l’eugénique, qu’il définit ainsi:

²³ Plusieurs intellectuels partagent cette croyance que l’intelligence est héréditaire; cette perception est généralement fondée sur les “résultats” d’“études” portant sur un certain nombre de familles d’intellectuels (universitaire, juriste, écrivain, artiste) au sein desquelles il est possible de noter que se poursuit, de père en fils, l’intérêt pour une discipline ou une aptitude particulière; c’est notamment le cas pour les observations de Galton. KEVLES, D. J., précité note 2, chap. V. Dans une conférence présentée à l’université d’Utrecht en 1921, le Pr Charles Richet va même jusqu’à dire qu’il s’agit d’hérédité raciale: *pourant nous savons que les formes de l’intelligence dépendent notablement de la race! Les Allemands n’ont pas l’intelligence souple et prompte des Italiens; en France même, les petits Flamands ont l’esprit plus lourd et plus solide que les provençaux. (...) La prééminence de l’homme, et parmi les hommes, celle de telle ou telle race, ce ne peut être que la supériorité de sa force intellectuelle.* RICHET, C., *La sélection humaine* dans APERT, E. Précité note 1, 33-57, 43 et ss.

Eugenics is the science which deals with all influences that improve the inborn qualities of a race; also with those that develop them to the utmost advantage²⁴.

Il décrit l'eugénique comme l'étude des facteurs sociaux pouvant améliorer ou affaiblir, sur le plan physique ou intellectuel, les qualités raciales des générations futures. Selon lui, cette nouvelle science doit porter sur l'identification des procédés nécessaires pour rehausser les qualités moyennes du peuple au niveau de la portion la plus douée de la société²⁵. Pour ce faire, il propose d'approfondir les connaissances relatives à l'hérédité humaine; d'établir des recherches historiques et statistiques sur la contribution socio-généalogique des diverses classes sociales aux problèmes de la population; de colliger systématiquement les faits d'où l'on puisse inférer les conditions eugéniques qui président à l'apparition des familles nombreuses et prospères; d'assurer, au moyen de l'opinion publique, la diffusion de la pensée eugénique afin de lui assurer une place dans les contrats matrimoniaux; finalement, d'associer l'eugénique à la prospérité nationale en procédant par étapes qui consistent d'abord à faire comprendre l'importance et la nécessité de la démarche eugénique pour ensuite introduire des développements pratiques qui s'intégreront à la prise de conscience des obligations morales de la nation à l'égard des générations futures²⁶.

Pour mener à terme ce projet, Galton va soutenir financièrement la création d'une chaire en biométrie et d'un laboratoire de recherche au University College London ainsi

²⁴ Tiré de F. Galton, *Eugenics, its definition, scope and aims*, Sociological papers 1 (1904) 45, rapporté dans **BLAIS, H.**, précité note 1, à la note 12.

²⁵ Galton écrit à ce sujet: *Taken altogether, on any responsible principle, are the natural gifts of the most productive class, bodily, intellectually and moral, above or below the ligne of national mediocrity ? If above the ligne, then the existing conditions are favourable to the improvement of the race. If they are below that ligne, they must work towards its degradation.* **GALTON F.**, "Presidential Address", *Transactions of the International Congress of Hygiène and Demography*, Section of Demography, Tuesday, 11 Aug. 1891, London 1892, 7-12, rapporté dans **MAZUMDAR, P. M. H.**, précité note 3, p. 40.

²⁶ Tiré d'une allocution prononcée par Galton en mai 1904 et rapportés dans **BLAIS, H.**, précité note 1, p. 8 et ss.

que la mise sur pied d'une société d'eugénique nationale. Selon sa vision, les deux doivent travailler en collaboration étroite; le laboratoire poursuivant des études biométriques et généalogiques portant sur les traits héréditaires des êtres humains²⁷ afin d'alimenter le travail de la société d'eugénique qui consiste à promouvoir une adhésion universelle au principe d'une sélection nécessaire pour contrer la dégénérescence de la race. Il prône la création de sociétés eugéniques nationales pour tous les pays préoccupés par ces questions²⁸.

- l'hérédité, la sélection artificielle et l'intervention de l'État

Le mouvement eugénique suscite un vif intérêt parmi les intellectuels, les scientifiques et les politiciens occidentaux²⁹; ils se sentent responsables des découvertes scientifiques portant sur l'hérédité et des connaissances qui en découlent face à l'état ou aux conditions générales de la population actuelle et future. Ils sont nombreux à croire à la nécessité de mettre en place des instruments de sélection artificielle; certains favorisent des moyens visant l'adhésion volontaire des individus aux préceptes enseignés de sélection nécessaire mais d'autres défendent le point de vue que seule une intervention de l'État peut parvenir à une sélection artificielle efficace, particulièrement à l'égard de la dégénérescence "intellectuelle"³⁰.

²⁷ MAZUMDAR, P. M. H, précité note 3, chap. 2.

²⁸ Ce sera le cas notamment aux États-Unis, en France, en Allemagne, au Danemark ainsi que dans les pays scandinaves.

²⁹ Au tout début de son ouvrage, Hervé Blais indique que le répertoire de littérature eugéniste produit par S.J. Holmes (*A Bibliography of Eugenics*, Berkeley, Cal, Univ. Of California Press, 1924) comprend plus de 10,000 titres parus jusqu'en 1923.

³⁰ En France, le Pr Charles Richet est un des plus véhéments tenants de l'obligation de l'État d'intervenir; il dira notamment à ce sujet: *Espérons qu'on osera enfin réfléchir et qu'on regardera l'absolue prohibition du mariage aux dégénérés, aux débiles, aux infirmes, aux malades, comme une nécessité sociale urgente. (...) Aussi bien voyons-nous maintenant que la liste des individus auxquels le mariage devrait être interdit ne doit pas comprendre seulement les infirmes et les malades, mais encore les idiots, les déments et les criminels.* RICHET, C., précité note 23, p.50 et 53. Lucien March, qui a introduit en France, et le terme d'eugénique et l'objet de recherche qu'il identifie, écrira en 1922: *Du point de vue de l'eugénique,*

Pour les tenants radicaux de l'eugénisme, il est possible d'améliorer la race en imposant l'hygiène de la procréation, c'est-à-dire en n'autorisant à se marier - et donc à procréer- que les personnes saines de corps et d'esprit et en contrôlant les conditions de métissage résultant d'une immigration non souhaitable qui ne peuvent qu'appauvrir la race. À cet effet, ils mènent une campagne importante pour l'adoption de législations contraignantes à l'égard des conditions de mariage, de la stérilisation des inaptes et d'un contrôle serré de l'immigration.

Dans la foulée du mouvement eugénique³¹, nombre d'États, pays, provinces, états ou cantons (pays européens³², provinces canadiennes^{33 34} ou états américains³⁵) adoptent des

l'expérience des siècles, et de nombreuses recherches, nous apprennent d'abord qu'il y a des tares transmissibles dont il faut éviter à tout prix la multiplication. Ce sont notamment les prédispositions héréditaires à la folie, à la débilité mentale, à l'épilepsie, à des malformations nuisibles; ou encore les dispositions acquises imputables aux poisons du système nerveux, tels que l'alcool et le spirochète de la syphilis. MARCH, L., Natalité et eugénique, dans APERT, E. Précité note 1, 77- 129, 93.

- ³¹ Hervé Blais rappelle que l'eugénique pratique inclut l'eugénique positive qui recherche l'amélioration de la race en soumettant l'autorisation de mariage à la remise obligatoire d'un certificat médical entre conjoints et l'eugénique négative qui vise au même objectif mais par des moyens plus directs tels que la stérilisation, la détention préventive, l'euthanasie, l'infanticide ou l'avortement. Il écrit qu' *Au Canada l'eugénique négative représente une entité nullement négligeable. Au mouvement d'opinion, très accentué dans la presse anglophone, s'ajoute un ensemble de mesures dont la poursuite systématique est assurée par une législation.* **BLAIS, H.**, précité note 1, 37.
- ³² La France, l'Allemagne et les pays scandinaves ont notamment adopté l'obligation de produire un certificat médical pré-nuptial. Quant aux lois relatives à la stérilisation eugénique, le Danemark, la Norvège, la Suède, la Finlande, l'Estonie, l'Allemagne, la Suisse (canton de Vaud) sont parmi les pays qui ont adopté de telles législations; la Grande-Bretagne s'est abstenue malgré les pressions des défenseurs de l'eugénique.
- ³³ Les lois suivantes furent adoptées par des provinces canadiennes; les premières exigent la production d'un certificat médical obligatoire et incluent des sanctions pénales pour les officiers qui émettent frauduleusement les certificats: *An Act respecting the Solemnization of Marriage*, R. S. B. C., 1938 ch. 33; *An Act respecting the Solemnization of Marriage* R.S. of Saskatchewan, 1936, ch. 89; amendé par 1940 ch 231; et 1941 ch. 66; *The Solemnization of Marriage Act*, R. S. of Alberta, 1935 ch. 51 Ces lois visent toutes l'interdiction de mariage pour les personnes atteintes de syphilis; l'une mentionne la tuberculose et une autre, les maladies mentales ou contagieuses. D'autres lois ou dispositions interdisent tout simplement le mariage pour cause d'"infirmité": *The Marriage Act*, R. S. of Ontario 1937, ch. 207; *The Solemnization of Marriage Act*, R.S. of Alberta, 1935 ch.51; *An Act respecting the Solemnization of Marriage*, R.S.B.C., 1938, ch. 33; *An Act respecting the Solemnization of Marriage*, Laws of Prince Edward Island, 1940, ch. 41; *An Act respecting the Solemnization of Marriage*, R.S.of Manitoba, 1940, ch. 126; *An Act respecting the Solemnization of Marriage*, R. S. of Saskatchewan, 1940, ch. 231. Pour une analyse de ces lois voir

lois qui imposent des conditions au mariage ainsi que la stérilisation “volontaire” ou forcée des personnes jugées inaptes intellectuellement ou par déviance criminelle ou sexuelle³⁶. Les lois³⁷ de même que les politiques d’immigration, particulièrement pour l’amérique

BLAIS, H., précité note 1, chap.V et VI.

- ³⁴ La stérilisation eugénique a intéressé les intellectuels et le corps médical de plusieurs provinces. Hervé Blais rapporte que le débat fut très animé particulièrement en Ontario; cependant seules les provinces d’Alberta et de Colombie britannique adoptèrent des lois sur ce sujet: *The Sexual Sterilization Act*, R. S. of Alberta, 1928 ch. 37; amendé par 1937, ch. 47: *An Act respecting Sexual Sterilization*, R. S. of British Columbia, 1933, ch. 59; amendé par 1936, ch. 258. Le Manitoba choisit d’inclure dans la Loi relative à l’aliénation mentale des dispositions concernant la stérilisation volontaire: *An Act to Provide for Mentally Defective Persons*, 23 George V, 1933, Bill no 7. En vertu de la loi albertaine, Blais rapporte qu’à la mi-novembre 1940, 1536 cas avaient été examinés dont 715 subirent l’intervention chirurgicale: 271 hommes et 444 femmes. **BLAIS, H.**, précité note 1, chap.VI.
- ³⁵ Blais indique qu’une trentaine d’états américains ont adopté des lois relatives à la stérilisation eugénique. Il en est de même pour Porto Rico et Vera Cruz - Mexique. **BLAIS, H.**, précité note 1, p.84. Kevles mentionne qu’une trentaine d’états ont, de plus, adopté des lois sur le mariage. Il explique le grand nombre de lois adoptées en Amérique en disant que ceci *tient essentiellement au fait que le mouvement eugéniste s’appuyait sur l’autorité de la science* (p. 144) conformément à une nouvelle pratique des états de recourir à des analyses d’experts dans l’élaboration de leurs politiques. **KEVLES, D. J.**, précité note 2, chap. VII.
- ³⁶ Kevles relate qu’aux États-Unis, des années 1920 jusqu’en 1941, 36,000 stérilisations ont été pratiquées dont le plus grand nombre l’ont été en Californie. Les personnes stérilisées incluent les criminels récidivistes, les toxicomanes, les épileptiques, les malades mentaux, les idiots mais également les pauvres, les noirs et les montagnards de la Virginie, **KEVLES, D. J.**, précité note 2, p. 165.
- ³⁷ Au chapitre de l’immigration, la loi canadienne de 1937 offre une bonne illustration des “déchets sociaux” que l’on tente d’empêcher d’entrer: les idiots, les imbéciles, les faibles d’esprit, les épileptiques, les déments, les tuberculeux, les personnes affectées de maladie repoussante ou de maladie contagieuse ou infectieuse, les muets, les aveugles ou les personnes affectées de quelque défaut physique; les criminels, les prostituées ou leurs souteneurs; les mendiants; les personnes atteintes de psychopathie constitutionnelle, d’alcoolisme chronique. Ministère des Mines et des Ressources, *Loi de l’immigration et règlement*, Ottawa, 1937

(États-unis et Canada) visent à contrôler le flux des émigrés, quelle que soit leur provenance³⁸ ainsi que la liberté d'actions des immigrants reçus³⁹.

L'importance du mouvement eugénique peut être mesuré, notamment en ce qui concerne la stérilisation, par ce que rapporte Kevles dans son traité sur l'eugénisme:

En 1933, Paul Popenoe estimait, avec satisfaction, que les lois sur la stérilisation concernaient à présent de par le monde 150 millions de personne environ.⁴⁰

C'est cette même année que l'Allemagne entre dans le mouvement et promulgue une loi sur la stérilisation eugénique qui va conduire, en l'espace de trois ans, à la stérilisation de quelques 225,000 personnes⁴¹; s'ajoute à ce moyen d'eugénique négative les politiques gouvernementales et municipales positives de soutien financier favorisant la procréation des couples reconnus "biologiquement valables⁴²" soit ceux appartenant à l'élite aryenne. C'est dans le contexte de cette vision eugénique, qui n'était pas initialement anti-sémite, qu'Hitler va s'attaquer de plus en plus ouvertement aux juifs. À

³⁸ D'une part, on craint de voir arriver d'Europe les "déchets sociaux" (BLAIS, H., précité note 1, p.127; KEVLES, D. J., précité note 2, p. 71; 147-148) que ces pays seraient heureux de voir partir comme au temps du colonialisme et, d'autre part, on veut éviter de "contaminer" la population avec des tares héréditaires telles que les maladies sanguines - hémophilie, anémie hémolytique méditerranéenne, etc. Certains prônent l'implantation outre-mer de bureaux spécialisés en *pedigree* (étude de l'arbre généalogique) afin d'identifier les problèmes relatifs à l'hérédité de l'immigrant non perceptibles par l'examen médical d'entrée.

³⁹ La ségrégation était la règle notamment pour les asiatiques venus au Canada pour la construction du chemin de fer trans-canadien.

⁴⁰ KEVLES, D. J., précité note 2, p. 164.

⁴¹ Id., p. 166. Kevles signale que les eugénistes allemands ont déclaré que c'est en s'inspirant des résultats rapportés par Popenoe sur la situation californienne (l'état américain où il s'est pratiqué le plus grand nombre de stérilisations) qu'ils ont travaillé pour la promulgation du programme eugénique allemand (p. 168). Hervé Blais mentionne, pour sa part, qu'en préparation de la loi allemande, l'Institut d'Anthropologie Kaiser Wilhelm de Berlin estimait à 300,000 le nombre de "dégénérés héréditaires" qui seraient susceptibles d'être visés par la législation alors que le promoteur de la loi Guett a plutôt retenu le chiffre de 1,035,000 qui couvrirait également les cas bénins de troubles mentaux ou de déficience. BLAIS, H., précité note 1, p. 20.

⁴² Id., p. 167.

compter de 1935, les politiques eugéniques et racistes vont converger et produire entre autres politiques l'interdiction des mariages entre juif et allemand. Finalement en 1939, le gouvernement allemand promulgue la mise en place d'un programme d'euthanasie eugénique⁴³ qui vise les personnes internées et souffrant de troubles mentaux; fait à noter, parmi les catégories de personnes identifiées par la loi figurent tous les juifs quel que soit l'état de leur santé mentale. Kevles rapporte qu'*environ 70,000 personnes ont ainsi fait l'objet d'"euthanasie"*⁴⁴ par fusillade cependant que le procédé a finalement donné lieu à l'implantation des chambres à gaz où furent éliminés les juifs.

L'extrême limite où le régime nazi a poussé l'eugénisme a entraîné un mouvement universel de rejet des pratiques eugéniques négatives. Si, d'un point de vue sociétal, il a fallu la démesure des allemands pour que l'élite intellectuelle et politique prenne conscience des risques inhérents à l'intervention étatique dans le processus de sélection génétique, il en fut autrement pour bon nombre de scientifiques et de penseurs qui dénonçaient le mouvement eugénique depuis le début du siècle. Leur opposition se fondait tant sur des valeurs morales que sur des valeurs éthiques et scientifiques⁴⁵.

Nombreux ont été les chercheurs qui ont démontré la complexité biologique des hommes, l'inexistence des "races"⁴⁶ au sens des eugénistes et l'inexactitude des

⁴³ Dans son analyse du mouvement eugénique, Hervé Blais mentionne que l'euthanasie au même titre que l'avortement et l'infanticide est un moyen discuté par les tenants de l'eugénique pratique négative. **BLAIS, H.**, précité note 1, p. 36.

⁴⁴ KEVLES, D. J., précité note 2, p. 168.

⁴⁵ Id., chapitre VIII; **BLAIS, H.**, précité note 1; **CAROL, A.**, précité note 1.

⁴⁶ Quelque 20 ans plus tard, l'UNESCO publiait la *Déclaration sur la race* qui a été préparée par certains de ces contestataires: Otto Klineberg, Hermann Muller et Julian Huxley . Cette déclaration affirme que la notion de race n'est qu'un moyen commode de classification; que les différences entre les populations humaines résultent d'un effet conjugué de l'hérédité et de l'environnement socio-culturel et physique; et qu'il n'existe aucune preuve que les populations possèdent des caractéristiques mentales innées responsables de différences intellectuelles quelconques.

conclusions raciales ou ethniques relatives aux facultés mentales⁴⁷; ils ont surtout établi la grande diversité des individus composant les groupes et le peu de valeur réelle de toute généralisation à des ensembles fondée sur la seule appartenance à une classe sociale, ethnique ou nationale.

- l'hérédité et la génétique au service de la médecine

Au cours des années trente, les critiques des biogénéticiens, y compris ceux qui sont membres des Sociétés eugéniques nationales, se font de plus en plus mordantes à l'égard des théories eugéniques classiques. On critique notamment le peu de fiabilité des méthodes de recherche empirique telle que menée par les eugénistes traditionnels et l'absence de validité de leurs études orientées par leurs préjugés sociaux⁴⁸. Les eugénistes réformistes prônent la nécessité d'approfondir des connaissances en les appuyant scientifiquement et plaident en faveur de poursuivre des études génétiques pour résoudre, avant tout, des problèmes médicaux tels que l'hémophilie, les anémies hémolytiques, l'asthme, l'eczéma, les maladies cardio-vasculaires, ou autres maladies physiques ou mentales⁴⁹. Pour ces

⁴⁷ Kevles rapporte que, déjà en 1923, le débat était fort autour de la valeur de classification "raciale" de l'intelligence. Il cite cet extrait de Walter Lippman: *Je hais l'impudence avec laquelle on affirme qu'en cinquante minutes, on peut juger de la mesure dans laquelle un être humain va réussir sa vie... Je hais le sentiment de supériorité que cela induit pour les uns et le sentiment d'infériorité que cela impose aux autres* - citation tirée de «*Le grand embrouillaminis : Réponse à Mr. Terman*», *New Republic*, 3 janvier 1923, p. 145-146. KEVLES, D. J., précité note 2, p. 200.

⁴⁸ Pauline Mazumdar utilise l'expression "class-bias"; MAZUMDAR, P. M. H, précité note 3, p. 196. Daniel Kevles fait remarquer cependant que la situation diffère entre les États-Unis et l'Angleterre. Dans le premier cas, il note qu'*aux États-Unis, l'eugénisme politique et la recherche en eugénique étaient liés de façon symbiotique. Si, dans ce pays, l'eugénisme négatif a pu se traduire par des lois, il est probable que cela a été permis par une circonstance particulière: les militants américains de l'eugénisme ont pu s'appuyer sur les publications du Centre de recherche eugénistes (...) En Grande-Bretagne, (...) le laboratoire Galton d'University College à Londres, (...) a refusé obstinément d'entrer à la Société d'éducation eugéniste, de s'engager dans des activités politiques ou de fournir l'appui de ses moyens de recherche ou des connaissances qu'il avait acquises, afin de permettre la formulation de lois.* KEVLES, D. J., précité note 2, p. 148-149.

⁴⁹ En ce qui concerne les maladies mentales, les préoccupations se tournent principalement vers les phénomènes de retard mental ou de handicap intellectuel plutôt que vers les maladies psychiatriques. La principale étude réalisée dans ce contexte est celle de Penrose à Colchester (*Colchester Survey*) qui lui a permis notamment de relier le syndrome de Down (qualifié à l'époque de mongolisme par assimilation, non

scientifiques, la cueillette de données empiriques doit être centrée sur les aspects phénotypiques que les médecins peuvent constater et donc recueillir; ils favorisent une collaboration étroite entre le corps médical et les chercheurs pour établir les liens entre phénotypes et gènes. Selon Penrose, ils proposent de reconnaître que la génétique humaine a pour but d'identifier le plus grand nombre possible de caractères mendéliens ainsi que leur emplacement sur les chromosomes⁵⁰ pour éventuellement en venir à traiter les maladies.

Dans son ouvrage, Penrose écrit qu'il s'agit là de ce qui sépare les eugénistes⁵¹ des véritables chercheurs, biologistes, généticiens ou médecins, auxquels il appartient⁵². Selon cette vision des problèmes de l'hérédité, la contribution des chercheurs doit permettre

fondée, entre l'apparence physique des personnes atteintes - yeux bridés - et l'une des caractéristiques physiques des peuples asiatiques) à l'âge de la mère et de confirmer les observations biochimiques relatives à la phénylcétonurie.

⁵⁰ “*One of the chief aims of human genetics is to identify as many as possible of the Mendelian unit characters in man and to allocate the positions of these characters on the chromosomes*” PENROSE, L., S., *The Influence of Heredity on Disease*, London, Lewis, 1934, p. 71.

⁵¹ Pauline Mazundar rapporte qu'en Angleterre, sous l'effet de la critique, le mouvement eugéniste va tendre vers un resserrement de ses méthodes de recherche alors que ses orientations sociales demeurent fondamentalement les mêmes. Elle écrit que ce n'est qu'avec la disparition des Poor law dans les années cinquante que s'effondreront les tendances eugéniques. MAZUNDAR, précité note 3, p. 196.

⁵² Id., chapitre final: “*Medicine and eugenics*”. Plusieurs auteurs rapportent d'ailleurs qu'en Angleterre les chercheurs ont refusé très tôt de s'associer à la société eugénique et ont même refusé de donner accès à leurs résultats de recherche considérant que l'objectif premier de ceux-ci étaient d'améliorer la qualité de l'intervention médicale. En Amérique, Kevles identifie plusieurs sommités des domaines de la recherche en génétique et en statistique qui dénoncent, dès les années vingt, la main-mise de l'eugénisme sur la génétique et la biométrie, vu le méli-mélo du discours eugéniste, le manque de sérieux de leur recherche biaisée par leurs préjugés de classe et de race et finalement leur absence de réflexion critique. Il cite Raymond Pearl qui exprime le désarroi de la communauté universitaire face à l'eugénisme qui se présente *solemnellement comme de la science, et [est] malheureusement considéré comme tel par le grand public*. KEVLES, D. J., précité note 2, p. 174; voir également les pages 182-183 où il rapporte les écrits de Jennings au même effet.

éventuellement de résoudre et donc de corriger, par une intervention préventive ou thérapeutique, les problèmes de maladie héréditaire, physique ou mentale⁵³.

En somme, les chercheurs dénoncent l'utilisation qui est faite des recherches à des fins politiques souvent biaisées par des objectifs de classe sociale accompagnés de rejet pseudo-racial. Ils visent à ramener la recherche et ses résultats aux laboratoires afin d'approfondir les connaissances nouvellement acquises et d'en intensifier l'application dans le traitement des maladies.

Ce qu'il faut retenir de cette période, aux fins qui nous intéressent, c'est que le projet théorique de l'eugénisme propose une idéologie scientifique à laquelle bon nombre de personnes adhère sans réserve; l'amélioration de la race humaine rejoint tous ceux et celles qui travaillent en médecine ou en science bio-techno-socio-médicale. En ce sens l'eugénisme fonde les pré-construits situationnels de la génétique moderne mais également ceux de la société en général.

L'écart entre ce projet eugéniste et l'eugénique pratiqué au cours de la période 1880-1945 s'explique par la crédibilité accordée à la "science" en tant que source de connaissances et d'unité de mesure des moyens d'intervention tout en étant directement imputable au pouvoir de l'autorité étatique qui s'en sert. La faille du raisonnement dogmatique de l'eugénique, identifiée dès le début du siècle par un bon nombre de chercheurs et d'intellectuels, repose sur le fait que les fondements de la "science eugénique" ne sont pas incontestables, au contraire; tant les recherches que les analyses des résultats intègrent des considérations biaisées de classe sociale et erronées de vision

⁵³ L'affection biochimiquement spécifique de la phénylcétonurie constitue un exemple classique de la pensée de Penrose qui croyait possible d'intervenir pour empêcher les effets de telles maladies héréditaires. Il s'agit d'une carence enzymatique héréditaire qui conduit à un retard mental en raison de la présence dans les aliments de phénylalanine qui ne peut être métabolisée normalement. Or dans les années soixante, on est parvenu à identifier des aliments dépourvus de phénylalanine et à neutraliser les effets de cette maladie sur le développement des facultés intellectuelles en utilisant une diète appropriée chez les enfants dépistés à la naissance. Il s'agit, aujourd'hui, de l'une des affections systématiquement dépistée à la naissance.

raciale. De plus, contrairement à l'anticipation générale, découlant des progrès réels des sciences à la fin du XIX^e siècle, la recherche n'a pas donné de résultats rapides, exacts et certains, bref incontestables, en génétique humaine; l'essor des connaissances scientifiques sur l'hérédité s'est avéré beaucoup plus complexe que prévu. Toutefois ceci n'a pas empêché certains États d'exercer leur autorité pour imposer les pratiques eugéniques positives et négatives visant à assurer l'implantation de la norme de la «meilleure race», soutenus publiquement qu'ils étaient par les sociétés eugéniques nationales.

B) La génétique moderne, la discrimination et le «généticisme»

À compter des années trente, la recherche en génétique humaine intègre les deux perspectives méthodologiques que sont les études biochimique et cytologique des gènes et l'analyse généalogique de familles médicalement identifiées; le jumelage de ces méthodes est au coeur de l'étude des groupes sanguins dont Landsteiner a démontré l'existence en 1902 et qui va servir de matériel privilégié⁵⁴ d'étude génétique pendant plusieurs décennies parallèlement aux recherches fondamentales visant le développement de moyens techniques pour permettre d'identifier les gènes responsables des maladies ou anomalies considérées héréditaires.

De 1930 à 1945, la génétique humaine⁵⁵ intéresse quelques 200 chercheurs à travers le monde; ils sont majoritairement localisés en Angleterre et tournent autour du Laboratoire Galton du University College London. Les sommes d'argent dont disposent

⁵⁴ Les groupes sanguins étant exprimés de façon universelle, ils constituent un ensemble de marqueurs chromosomiques spécifiques et indépendants de toute influence de l'environnement socio-culturel ou économique. Chaque être humain appartient obligatoirement à l'un ou l'autre des 4 grands groupes sanguins et leur expression phénotypique répond aux lois mendéliennes. Il est généralement reconnu que la génétique des groupes sanguins a permis l'étude des populations notamment en terme de migrations et de métissages au même titre que l'ethnographie, la démographie et l'anthropologie.

⁵⁵ De nombreux autres chercheurs s'intéressent à la génétique des espèces animale et végétale et ce, partout dans le monde.

les chercheurs sont minces, ce qui les pousse davantage vers le développement théorique des principes⁵⁶ à l'aide notamment des outils statistiques et vers la recherche des moyens les plus efficaces pour démontrer la validité des résultats obtenus.

Les moyens identifiés ne sont pas nécessairement exempts de coûts, bien au contraire⁵⁷, mais ils reposent sur une approche méthodologique plus rigoureuse notamment sur une sélection préliminaire des sujets de recherche en fonction de l'efficacité et de la validité des résultats recherchés. Il s'agit de réaliser: des études de cas à l'aide de jumeaux; des recherches généalogiques à partir des archives médicales; des observations sur les effets de la consanguinité; et d'accorder toute l'attention aux exceptions⁵⁸ particulièrement celles qui pouvaient être qualifiées d'«erreurs innées du métabolisme» au sens de Garrod.

Contrairement aux études antérieures⁵⁹, la collecte des données portent sur des caractères physiques, biochimiques, cytologiques et sérologiques ainsi que sur des données cliniques médicales⁶⁰. Les résultats de ces études se manifestent lentement et

⁵⁶ À titre d'exemple, l'identification des «linkages» ou liaisons entre caractères ou traits - normaux et anormaux - observés est l'un des principaux aspects de la génétique développés à cette période. Ce repérage devait permettre éventuellement la cartographie des chromosomes humains en vertu de l'hypothèse que la mesure des liaisons pouvaient à la fois indiquer la localisation sur les chromosomes et la distance les séparant. Le premier résultat de ce type a été la confirmation d'un «linkage» entre l'hémophilie et le daltonisme qui est venu démontrer que les gènes impliqués étaient tous deux localisés sur le chromosome sexuel «X».

⁵⁷ Les chercheurs ont obtenu le financement nécessaire notamment du Conseil de la recherche médicale (Angleterre) et de la Fondation Rockfeller. Ces organismes ont répondu aux nouveaux objectifs de recherche en génétique humaine, soit l'identification des causes des maladies et donc l'application éventuelle des résultats à la pratique de la médecine.

⁵⁸ Il s'agit d'un précepte énoncé par William Bateson.

⁵⁹ Un comité d'experts nommés par l'Institut Carnegie de Washington a déclaré inutilisable les milliers de données recueillies et indexées par le Centre de recherches eugéniques de Cold Spring Harbor, dirigé par Charles Davenport, au motif qu'une bonne partie de ces données portaient sur des traits non mesurables: personnalité, caractère, sens de l'humour, amour-propre, loyauté, propension à la rancune, etc.

⁶⁰ L'une de ces recherches, faite sur plusieurs années, a couvert quelques 500,000 patients d'hôpitaux en Angleterre.

laborieusement, compte tenu de l'ampleur de la démarche et de la quasi-absence de chercheurs possédant la formation multidisciplinaire requise. À cela s'ajoute, la vision de la communauté universitaire qui décourage les chercheurs de se pencher sur la génétique humaine vu son association *“au racisme, aux stérilisations et aux inepties scientifiques du courant classique de l'eugénisme.”*⁶¹

Ce n'est véritablement qu'après la fin de la deuxième guerre, soit de 1945 à 1965 que la recherche en génétique humaine va connaître une expansion, particulièrement en Angleterre mais également aux États-Unis où les effets de la bombe atomique préoccupent le gouvernement. James Neel bénéficie de cet intérêt⁶² qui l'amène à établir un centre de recherche au Japon où il étudie simultanément les effets des radiations sur le patrimoine génétique et la génétique de la consanguinité vu le haut taux de mariage entre cousins dans la population impliquée.

Parallèlement à ces travaux qui vont se poursuivre pendant plusieurs années, Neel débute en 1948, une recherche génétique sur deux anomalies de l'hémoglobine⁶³: la thalassémie et l'anémie falciforme. Pour réaliser cette étude, il recourt aux méthodes de cueillettes et d'analyses de données telles qu'on les pratique alors en Angleterre. Cette recherche met en évidence un facteur particulier qui intervient dans l'émergence des phénomènes de discrimination génétique: les maladies investiguées se retrouvent presque exclusivement chez des groupes apparentés - familiaux, ethniques ou nationaux; dans le cas de ces anomalies de l'hémoglobine, il s'agit des immigrants venus de Grèce ou

⁶¹ KEVLES, D. J., précité note 2, p. 296; à cet effet, Kevles rapporte les propos d'un éminent chercheur américain, Arthur Steinberg, qui relate que ses collègues tentaient de le décourager en lui faisant valoir que la génétique humaine conduisait à développer des préjugés sociaux et que toute personne qui s'y intéressait était automatiquement perçue comme adhérant à ces préjugés.

⁶² Les recherches seront financées par la Commission d'enquête sur les victimes de la bombe atomique.

⁶³ Les Services de santé publique vont financer ces recherches et la Fondation Rockefeller va financer la formation des chercheurs.

d'Italie du Sud pour la thalassémie et des noirs, des grecs et des immigrants du sous-continent indien pour l'anémie falciforme.

Neel constate que ces dysfonctionnements s'expriment sous deux formes différentes, l'un grave et mortel et l'autre léger et bénin, d'où la qualification qu'il leur attribue de majeure ou de mineure; à la lumière de ces résultats, il conclut que ces désordres de l'hémoglobine sont reliés à la présence d'un gène récessif dans la population impliquée. Au même moment en Californie, Linus Pauling en arrive aux mêmes conclusions à l'aide d'études biochimiques, de type électrophorèse, de la molécule d'hémoglobine.

Ces travaux sont parmi les premiers qui viennent confirmer l'intérêt d'une approche nouvelle en génétique humaine soit celle qui consiste à conjuguer les résultats de travaux interdisciplinaires dans l'étude des maladies⁶⁴. Ils sont également parmi les premiers qui suscitent un intérêt certain en-dehors du champ relativement restreint que constitue alors la recherche en génétique humaine. C'est ainsi que l'enseignement de la génétique va graduellement trouver sa place dans la formation médicale universitaire et qu'un service novateur va se développer, soit celui du conseil génétique.

Les gouvernements vont, à nouveau, s'intéresser aux questions de transmission héréditaires des gènes; cependant, c'est dans le cadre des politiques de santé publique que va prévaloir cet intérêt. Dans un premier temps, des programmes nationaux de dépistage de maladies du nouveau-né⁶⁵ sont mis en place afin d'offrir l'intervention médicale la plus rapide possible et les soins les plus appropriés pour les maladies concernées. Dans la foulée de ce dépistage post-natal naît l'idée de procéder au dépistage des gènes récessifs

⁶⁴ À l'ouverture du congrès sur la génétique humaine de Naples, en 1959, Penrose constate que les techniques biochimiques et l'analyse chromosomique prennent le dessus sur les méthodes mathématiques de l'analyse génétique humaine .

⁶⁵ Le premier test de dépistage fut celui de la phénylcétonurie au début des années soixante; le coût relativement peu élevé de ce test (1\$) joint aux résultats obtenus a favorisé la mise en place d'autres tests de dépistage au cours des années soixante-dix. Ces programmes existent dans plusieurs pays dont le Canada; cependant l'échantillonnage de maladies dépistées varient quelque peu selon les études de population réalisées.

chez les parents potentiels; au début des années soixante-dix, il est possible de dépister une cinquantaine de maladies reliées à des gènes récessifs⁶⁶ chez des porteurs hétérozygotes. Plusieurs de ces maladies sont présentes de façon significative dans des groupes communautaires ou ethniques déterminés; c'est le cas, notamment, de l'anémie falciforme pour la communauté noire américaine où le gène est présent dans une proportion d'une personne sur douze.

Sensibilisée à la problématique, par la diffusion médiatique des connaissances scientifiques disponibles, la communauté noire demande alors la mise en place d'un programme de dépistage. Au même moment, certains membres de la communauté médicale⁶⁷ préconisent le dépistage des jeunes noir(e)s en âge de se marier afin de leur offrir un conseil génétique approprié. Dès 1971, on assiste à l'adoption par certains états américains de lois⁶⁸ couvrant le dépistage et le conseil génétique⁶⁹. La même année, l'université John-Hopkins initie un programme volontaire de dépistage de la maladie de Tay-Sachs où 10,000 juifs ashkénazes se présentent. L'année suivante, le congrès adopte

⁶⁶ McKUSICK, V.A., RUDDLE, F.H., *Status of the Gene Map of the Human Chromosome*, Science 196, (1977) 390. Il importe de garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas de dépistage fondé sur la présence ou l'absence d'un gène puisque la biologie moléculaire n'en est qu'à ses premiers pas; il s'agit plutôt de dépistage par des tests biochimiques, immunologiques ou sérologiques. Le "linkage" a permis de repérer les chromosomes impliqués dans un certain nombre d'anomalies sans pour autant qu'il soit possible de travailler avec le gène lui-même. C'est en 1970, à l'université du Wisconsin, que la première synthèse d'un gène est réussie, cependant on est encore loin des résultats que l'on connaît aujourd'hui en matière de dépistage génétique en biologie moléculaire.

⁶⁷ En 1970, le *Journal of the American Medical Association* rapporte les débats sur ces questions et prend position en faveur du dépistage.

⁶⁸ 17 états américains agissent dans cette seule année. Suite aux lourdes conséquences discriminatoires qui vont frapper les participants à ces programmes, ces lois seront abrogées avant même la fin des années soixante-dix.

⁶⁹ Ce service est offert aux États-Unis par des Ph.D. en génétique alors qu'en Angleterre, au Canada ou encore en France, il est assumé par les médecins dans le cadre des programmes de santé nationaux.

deux lois de portée nationale sur la prévention de l'anémie falciforme et de la thalassémie pour finalement en 1976 adopter la loi sur les maladies génétiques nationales⁷⁰.

Daniel Kevles rapporte que le programme visant l'anémie falciforme a conduit au dépistage, en cinq ans, d'un demi-million de noir(e)s américain(e)s; quant aux autres programmes, quelques milliers de personnes ont été investiguées pour diverses maladies. La participation à ces programmes sur une base volontaire, dénote l'intérêt individuel certain pour les questions de transmission génétique des maladies. Parallèlement, cet intérêt donne lieu à de plus en plus de participations et de prises de position du public, individus ou collectivités, au sujet des multiples facettes sociales et éthiques du débat entourant le dépistage pré-natal des parents; pour n'en nommer que quelques-unes, mentionnons le planning familial incluant l'avortement⁷¹, la naissance des personnes handicapées, la procréation assistée, la thérapie génique.

Sans nous attarder à ces questions par ailleurs importantes, nous souhaitons concentrer l'attention sur une conséquence majeure de ces dépistages soit l'utilisation par des tiers, principalement assureur et employeur, de l'information résultant de ces tests à des fins totalement distinctes de celles pour lesquelles les individus ont volontairement choisi de participer. Cette dérive des finalités du dépistage conduit à une interprétation régulièrement erronée des résultats obtenus quant aux conclusions à tirer au sujet des participants chez

⁷⁰ C'est à l'invitation du président Nixon que le Congrès américain adopte une loi sur la prévention de l'anémie falciforme et sur la prévention de la thalassémie qui comprennent des fonds de recherche, le dépistage, le conseil génétique et l'éducation. Suite au succès des programmes de dépistage de la maladie de Tay-Sachs, le congrès étudie un autre projet de loi portant sur cette maladie. Le particularisme de la population américaine découlant de sa composition multi-ethnique plutôt fermée explique ce phénomène de l'adoption ou de l'étude d'un nombre relativement élevé de semblables lois; chaque communauté ethnique étant préoccupée d'une maladie génétique propre.

⁷¹ Aux États-Unis, où il n'existe pas de programme universel de santé, le débat autour de l'avortement a eu de sérieuses conséquences sur les programmes de prévention nationale des maladies génétiques. Le financement nécessaire à l'application de la loi de 1976 sur les maladies génétiques nationales a d'abord été refusé, pendant deux ans; par la suite, le gouvernement Reagan a intégré ce financement aux fonds généraux des États pour les programmes de santé maternelle et infantile.

qui on dépiste le trait. Ce phénomène provient de la représentation que les tiers se font du dépistage faute de connaissances appropriées en génétique.

Rappelons que le dépistage se déroule dans le cadre d'une intervention de type médical ou conseil génétique et porte sur des maladies dont l'étude des caractéristiques a déjà permis d'identifier la composante ou le processus défectueux dans l'organisme; ce sont des maladies sérieuses, généralement mortelles, qui sont connues de la population depuis plusieurs décennies. Les tests de dépistage, de cette période, recherchent la présence, l'absence ou la mesure d'un élément biochimique produit ou contrôlé par le gène délétère puisqu'il s'agit de maladies alors diagnostiquées par la déficience métabolique induite par la mutation génétique chez ceux qui en souffrent. La représentation qui en découle pour la population est que tout résultat positif indique la présence de la maladie elle-même.

Cette particularité est d'autant plus importante, face à la représentation que les tiers se font du dépistage, que ce dernier ne vise que des personnes dont le déficit en question est nul ou mineur, des personnes qui n'ont pas été et qui ne sont pas, à toutes fins utiles, affectées par la maladie; de toute évidence, si elles participent au dépistage c'est qu'elles n'ont vraisemblablement pas été diagnostiquées au préalable. Le dépistage s'adresse aux porteurs d'un gène⁷² récessif qui s'ignorent tout en appartenant à une famille ou à une communauté où la maladie est présente. D'un point de vue du conseil génétique, cette démarche fait du sens; à l'opposé, l'utilisation de l'information résultant du dépistage pour toute raison qui conduit à classer différemment ou à distinguer les participants des autres membres de la société en général apparaît dès lors discriminatoire puisqu'un tel résultat ne peut provenir que d'une assimilation du participant à l'état de malade, ce qu'il n'est pas.

⁷² Tout porte à croire que les maladies pour lesquelles le dépistage est offert sont des maladies monogéniques.

Les assureurs en matière de santé⁷³ de même que les employeurs (aux États-Unis, ceux-ci assument majoritairement les coûts de ces assurances) se sont rapidement montrés intéressés par l'information "médicale" ainsi obtenue. Plusieurs conséquences ont découlé de cet intérêt pour l'information génétique produite: des personnes se sont vues refuser l'accès à l'assurance mais également à l'emploi; d'autres ont vu leurs primes augmentées; d'autres encore n'ont pu acquérir de propriétés faute de couverture d'assurance-vie-maladie-salaire sur l'hypothèque.

Plusieurs états réagirent en interdisant ces pratiques, compte tenu qu'il s'agit d'une information relative au patrimoine génétique de la personne sans conséquences précises, immédiates ou autrement sur son état de santé réel⁷⁴. Rappelons que ces dépistages s'effectuent auprès de futurs parents qui n'ont pas été diagnostiqués vu leur absence de problèmes de santé et qui peuvent être porteurs, ou non, d'un gène délétère pour la maladie investiguée.

Pendant ce temps, une nouvelle dimension de la recherche génétique humaine se développe. Elle met fin à un certain cul-de-sac affectant les méthodes d'investigation par "linkage" sérologique qui n'ont pas permis de repérer les chromosomes impliqués dans bon nombre de maladies, reconnues héréditaires par ailleurs. C'est le cas notamment de la chorée de Huntington. Malgré des années de recherche et un investissement

⁷³ Karen Rothenberg mentionne que les législations adoptées à compter du milieu des années soixante-dix par la Caroline du nord, la Floride et le Maryland, visent *employment, forensics, paternity and other forms of insurance*. Ces lois interdisent le refus d'assurer ou la discrimination dans la détermination des primes à l'égard des porteurs du trait de l'une ou l'autre des maladies alors dépistées. **ROTHENBERG, K. H.**, *Genetic Information and Health Insurance: State Legislative Approaches* (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 312, p.313.

⁷⁴ La Caroline interdit toute considération du trait pour l'anémie falciforme et l'hémoglobine C, N.C. Gen. Stat. § 58-65-70 (1975); la Floride et la Louisiane interdisent la discrimination fondée sur le trait de l'anémie falciforme 22 Fla. Stat. Ann. § 626.9706 (West 1984), Fla. Stat. Ann. § 448.076 (West 1981) et Fla. Stat. Ann. § 626.9707 (West 1978); La. Rev. Stat. Ann. § 22.652.1(D) (West Suppl. 1992) et 23.1002(A) (West 1985); La loi du Maryland parle d'*any genetic trait which is harmless within itself*. Md. Code Ann, Ins. §223 (1986).

considérable⁷⁵ la localisation de ce gène est demeurée inconnue jusqu'à ce que les nouvelles méthodes fondées sur le séquençage de l'ADN fassent leur apparition à la fin des années soixante-dix et permettent à l'équipe de Nancy Wexler en 1984 de découvrir la présence, sur le chromosome 4, d'un marqueur situé dans la région du gène responsable de la maladie⁷⁶.

Cette découverte et d'autres semblables⁷⁷ enthousiasment les chercheurs qui ne parviennent pas à déterminer, par les méthodes habituelles, les processus biochimiques défectueux; ils espèrent reprendre, en quelque sorte, l'identification des modes opératoires des maladies et la recherche des moyens d'intervention thérapeutique par l'autre bout du problème. Le résultat essentiel des recherches en cours est la mise au point d'outils de diagnostic incomparables pour les maladies; cependant, cet outil n'a pas la même valeur probante selon que le test porte sur une affection monogénique, polygénique ou multifactorielle. Dans le premier cas, sous réserve du nombre de mutations possibles du gène, il s'agit généralement d'un diagnostic précis; pour les maladies polygéniques et/ou multifactorielles, la prudence s'impose quant aux conclusions à tirer des résultats des tests.

Rappelons, pour bien saisir la fragilité de l'état des connaissances en cause, le déroulement des événements entourant la mise au point de ce champ de recherche. Ces découvertes s'inscrivent dans un projet plus large qui vise à cartographier la totalité du

⁷⁵ Pauline Mazundar donne une idée de l'ampleur de cette recherche et des frustrations ressenties par les chercheurs; en Hollande, 198 échantillons de sang provenant de trois familles différentes ont été étudiés à l'aide de 27 marqueurs comprenant 7 groupes sanguins, 10 protéines plasmatiques, 9 enzymes et les antigènes du système HLA, le tout à l'aide de deux logiciels spécialisés; les résultats furent nuls tout comme ceux d'un projet considérable aux États-Unis ou encore du sien en Angleterre. MAZUNDAR, précité note 3, p. 258 et ss.

⁷⁶ WEXLER, N., *Clairvoyance and Caution: Repercussions from the Human Genome Project* dans KEVLES, D. J., HOOD, L., (ed.) *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992, 211-243.

⁷⁷ En 1988, dix autres maladies monogéniques avaient atteint le même résultat, c'est-à-dire l'identification de marqueur ou sonde génique déterminée permettant de situer la localisation approximative du gène sur le chromosome. MAZUNDAR, précité note 3, p. 261.

génomique humaine. À l'aube de ce projet en 1980, les promoteurs envisageaient qu'il faudrait environ 150 sondes pour y parvenir; très rapidement, il est apparu plus réaliste de parler en termes de milliers de sondes⁷⁸. De même, les japonais, intéressés par les moyens techniques et le développement technologique, croyaient pouvoir mettre au point des instruments qui permettraient d'identifier jusqu'à 1 million de bases paires par jour, ce qui n'a rien à voir avec les résultats obtenus⁷⁹. Les médias ont largement fait état des découvertes, des projections et de l'enthousiasme des chercheurs⁸⁰ suscitant l'intérêt des gouvernements et de l'industrie privée, désireux de financer ces projets alléchants au point de vue des retombées économiques potentielles, mais également de bon nombre de citoyens, individus, corporations et organismes, privés ou publics, qui voient là une source d'informations "extraordinaires".

Pendant ce temps, la recherche se poursuit et de plus en plus de gènes sont localisés, du moins approximativement⁸¹, ce qui vient confirmer l'importance de ces outils pour les fins de diagnostic. Toutefois, les progrès relatifs aux moyens d'interventions thérapeutiques demeurent minces; les résultats, quant à l'identification des processus métaboliques défectueux, nécessitent beaucoup plus de temps qu'anticipé et d'immenses précautions doivent entourer la thérapie génique proprement dite.

⁷⁸ Id., p.261-264

⁷⁹ KEVLES, D. J., *Out of Eugenics: The Historical Politics of the Human Genome*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992, 3 - 36, p. 27 et 36.

⁸⁰ En 1992, les professeurs Annas et Sherman publient les résultats d'un séminaire regroupant une quinzaine de chercheurs américains qui se penchent, entre autres, sur cette question de la large et élogieuse diffusion, trop souvent sans nuance et sans critique, des résultats de recherche par les divers médias d'information par rapport à la réalité de ces résultats et de leurs effets et conséquences sur la médecine tout autant que leur impact sur la société, son organisation et ses membres. ANNAS, G. J., SHERMAN, E. (éd.) *Gene Mapping - Using Law and Ethics as Guides*, New York, Oxford University Press, 1992

⁸¹ Dans son texte de 1992, soit près de 8 ans après que le marqueur de la chorée de Huntington ait été trouvé, Nancy Wexler écrit que la localisation exacte demeure toujours évasive. En d'autres termes, cela signifie que l'on ne connaît pas encore, le gène déterminant et donc qu'on ne connaît pas non plus la séquence défectueuse de l'ADN. WEXLER, N., précité note 76, p. 221.

Si nous nous sommes attardé sur ces points, c'est principalement pour mettre en lumière la valeur très importante au plan des informations et des connaissances que fournissent les nouveaux moyens de la génétique contemporaine mais également pour signaler que les représentations que s'en font les membres de la société en général dépassent, parfois, largement la réalité scientifique⁸².

À l'étape où en est rendue la recherche en génétique humaine, l'identification des marqueurs assure un outil de diagnostic qui, sauf pour les maladies monogéniques, ne peut être employé seul⁸³; et même dans le cas des maladies monogéniques, le caractère d'homogénéité ou d'hétérogénéité de la mutation présente peut entraîner une diversité appréciable de résultats cliniques pour la personne⁸⁴; il en est également de même si la localisation chromosomique ou hallélique de la mutation est hétérogène⁸⁵. L'information obtenue par le moyen du marqueur génétique doit donc être interprétée à la lumière des données cliniques et des résultats obtenus pour les autres membres de la famille afin de

⁸² Appelé à dresser un portrait du projet du génome humain dans le cadre du séminaire de réflexion sur les enjeux sociaux, éthiques et légaux de ce projet, Victor McKusick concluait sa présentation en rappelant que l'accroissement des connaissances va conduire à dénombrer de plus en plus de situations diagnosticables pour lesquelles il n'y aura pas de traitement et à réaliser que l'écart entre ce que l'on sait et ce que l'on croit savoir ne fera que s'élargir. ANNAS, G.J., précité note 80, p. 68.

⁸³ L'exemple de la fibrose kystique est éloquent à ce sujet.

⁸⁴ Selon Mme Wexler, la maladie de Huntington est, à ce jour, la seule maladie monogénique qui s'exprime avec la même intensité et au même moment, que le sujet soit homozygote ou hétérozygote; précité note 76, pp. 221-222.

⁸⁵ Les sondes géniques connues identifient généralement un site où une mutation a été repérée mais elles ne couvrent pas les mutations qui apparaissent deux ou trois sites plus loin. Une telle situation a été rencontrée dans le dépistage de la fibrose kystique aux États-Unis; les résultats négatifs pour un conjoint à partir des sondes utilisés se sont avérés erronés une fois sur deux. Plus de 300 mutations différentes de cette maladie ont été démontrées à ce jour, ce qui rend le dépistage intégral techniquement impossible; au mieux on procède avec des sondes qui identifient 70% des mutations responsables de la maladie. *Idem.*, p. 225.

constituer un outil prévisionnel acceptable⁸⁶. Le résultat isolé du test n'est ni synonyme de la symptomatologie constatée de la maladie ni suffisant pour prédire sa survenance ou encore le moment de cette survenance⁸⁷. Quant aux résultats épidémiologiques, ils permettent de connaître la prévalence ou l'incidence des mutations dans des populations déterminées à un moment dans le temps mais ne permettent pas à ce jour d'en connaître ou d'en prévoir l'évolution.

Bref, les techniques nouvelles de recherche en génétique humaine permettent principalement d'identifier et donc de confirmer la source génétique certaine ou probable⁸⁸ de maladies ou de désordres avérés ou potentiels. Pour les chercheurs et les praticiens de toutes disciplines, cela signifie que chacun travaille maintenant sur des segments relativement circonscrits du bagage héréditaire humain en fonction de ses recherches particulières. Pour parvenir à identifier quel segment est impliqué ou associé à telle maladie ou à tel désordre, les chercheurs doivent travailler avec des sujets de recherche spécifiquement recrutés en fonction, dans un premier temps, de la présence de cette maladie ou de ce désordre dans leur famille; c'est le cas des études génétiques familiales ou de la génétique des populations. Ce n'est qu'après avoir retracé la localisation approximative du ou des gènes impliqué(s) et donc après avoir confirmé l'utilité

⁸⁶ Il s'agit toujours de l'analyse par voie de "linkage" sauf que les tests de séquençage de l'ADN ont remplacé, pour partie, les groupes sanguins et autres marqueurs antérieurement utilisés. **ANDREWS, L.B., FULLARTON, J.E., HOLTZMAN, N.A., MOTULSKY, A.G.,(Ed.)** *Assessing Genetic Risks: Implications for Health and Social Policy*, Washington, National Academy Press, 1994, p. 64.

⁸⁷ Même la maladie de Huntington, dont l'évolution est largement documentée, réserve des surprises quant au moment de sa survenance; certaines personnes n'en seront atteintes que tard dans leur vie. Et ce, contrairement au fait constaté qu'elle survient avec la même intensité et au même stade de la vie chez les hétéro ou les homozygotes; d'ailleurs, cette dernière caractéristique en fait une maladie à part parmi les maladies génétiques et rend plus énigmatique l'explication de la variante dans l'évolution de la maladie.

⁸⁸ Horace Judson l'explique bien lorsqu'il écrit *the fundamental discoveries of genetics emerged as a series of approximations. One can think of these as successive redefinitions of the gene and of the nature of gene maps and gene sequences. Each model, each redefinition, in order to incorporate more of the evident diversity of inheritance, refined and made more complex the version preceding it.* **JUDSON, H. F., A History of the Science and Technology behind Gene Mapping and Sequencing**, dans **KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.)** *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992, 37 - 80, p. 38.

diagnostique d'une sonde génique déterminée que les chercheurs peuvent procéder à un dépistage spécifique élargi ou à une enquête épidémiologique pour déterminer les incidences ou la prévalence de la maladie dans des populations données.

Contrairement aux dépistages des années soixante-dix qui ne visaient qu'un certain nombre de maladies ou de désordres biochimiquement ou immunologiquement connus, la situation actuelle permet de procéder à des dépistages de problèmes dont on ne connaît toujours pas les mécanismes métaboliques défectueux ni leurs modalités de fonctionnement; cet état de fait prend une dimension qui peut avoir des conséquences graves de toute nature pour les personnes qui se soumettent au dépistage⁸⁹.

C'est dans ce cadre extrêmement complexe que se situe la problématique de la discrimination résultant de l'utilisation de l'information génétique produite dans quelque programme que ce soit de dépistage ou même à l'occasion du simple recours individuel à des tests génétiques à l'aide des techniques nouvelles. Encore une fois, le phénomène s'avère plus aigu aux États-Unis⁹⁰ vu le rôle joué par les régimes d'assurance-santé défrayés principalement par les employeurs soit sous forme de régimes assurés ou encore de régimes privés⁹¹.

⁸⁹ On peut mentionner notamment l'ensemble des réactions psychologiques reliées au fait d'apprendre que la personne est porteuse d'un gène pour une maladie non traitable mais certaine telle que la maladie de Huntington (Voir au sujet de cette problématique particulière l'excellente présentation de Mme Wexler précitée à la note 76) ou encore d'un gène déterminant pour le cancer du sein ou le cancer du colon.

⁹⁰ Dans un texte non-publié au moment d'écrire ces lignes, la professeure Marie-France Bich, de l'Université de Montréal, rend compte de ses recherches sur la question de l'usage de l'information génétique en emploi aux États-Unis mais également à l'extérieur de ce pays. Elle constate que bien que la discussion ait cours tant au Canada, qu'en Angleterre ou en France, c'est véritablement aux États-Unis que le débat est le plus présent. Elle rattache le très large débat actuel dans ce pays à l'expérience des années 70 dont nous relations sommairement les principaux points plus avant dans cette section. En somme, selon Mme Bich, il s'agit d'une problématique qui en est, à l'exclusion des États-Unis, à ses premiers balbutiements.

⁹¹ Ces distinctions sont devenues particulièrement importantes depuis l'adoption des lois dans plusieurs états qui interdisent aux compagnies d'assurance d'utiliser les résultats de tests génétiques pour exclure des demandes d'assurance ou pour moduler leurs primes. Seules les compagnies d'assurance sont visées par ces lois; les régimes privés établis par un employeur pour ses employés, même lorsqu'il est administré par une compagnie d'assurance, ne sont pas assujettis à ces lois. **ROTHENBERG, K. H.**, *Genetic Information*

Il faut noter, cependant, que ces derniers s'y intéressent de plus en plus pour des raisons d'investissement dans la main-d'oeuvre⁹²; ils voient là, comme bon nombre de leurs concitoyens, un moyen de connaître à l'avance l'évolution "quasi certaine" de l'état de santé de leurs employés, notamment à l'égard de certaines formes de cancer ou de maladies dégénératives, de maladies cardiaques ou de détérioration de l'état physique ou mental. Certains auteurs américains indiquent même que les coûts du système d'éducation peuvent convaincre les autorités concernées de s'assurer que l'investissement ne sera pas perdu à cause d'une mutation génétique qui risquerait d'affecter éventuellement les capacités physiques ou mentales des candidats à leurs programmes d'études⁹³.

D'un point de vue de la science elle-même cette utilisation de l'information génétique comporte plusieurs défauts tant de raisonnements que de fondements. D'une part, l'échelle de validité de l'interprétation d'un test génétique, autre que celui de certaines maladies monogéniques, va d'extrêmement probante dans le cadre déterminé d'un diagnostic clinique, c'est-à-dire lorsque le test se situe dans le temps actuel et coïncide avec la présence ou l'absence d'une symptomatologie déterminée et donc actualisée, jusqu'à plus ou moins probante lorsque l'interprétation du test doit se faire en l'absence de données cliniques significatives ou de données familiales en nombre suffisant. D'autre part, en terme de valeur prédictive (prédisposition ou susceptibilité) relativement à des problèmes

and Health Insurance: State Legislative Approaches (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 312

⁹² DRAPER, E., *Risky Business*, New York, Cambridge University Press, 1991; GREELY, H.T., *Health Insurance, Employment Discrimination and the Genetics Revolution*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992; GOSTIN, L., *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Pronostic Tests by Employers and Insurers*, (1991) XVII *Am. J. L. & Med.* 109.

⁹³ NELKIN, D., *The Social Power of Genetic Information* dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992; TANCREDI, N., *Classify and Control: Genetic Information in the Schools*, (1991) 27 *Am. J. L. & Med.* 15; NELKIN D., TANCREDI, L., *Dangerous Diagnostic: The Social Power of Biological Information*, N.Y., Basic Books, 1989

de santé d'éthiologie multifactorielle, la force probante de l'information génétique ne dépasse pas celle de l'étude familiale traditionnelle.

Or, si la problématique de la discrimination génétique semble parfois plutôt théorique⁹⁴, c'est-à-dire être le fait de débats entre universitaires de toutes disciplines, chercheurs du secteur privé, agences d'État et divers représentants des utilisateurs potentiels, il n'en demeure pas moins que les perspectives énoncées à la lumière de l'expérience américaine des années soixante-dix laissent croire que de plus en plus de personnes sont susceptibles de se voir écarter principalement du marché du travail, de l'accès à certains régimes d'assurance privée ou public ou encore de l'accès à des services publics ou privés⁹⁵ à cause d'un test génétique faisant état d'une mutation déterminée.

Dans le cadre de ses réflexions sur cette question, le médecin-généticien de Harvard, Paul Billings, en est venu à proposer la définition suivante de la discrimination génétique:

Genetic discrimination refers to discrimination directed against an individual or family based solely on an apparent or perceived genetic variation from the "normal" human genotype⁹⁶.

⁹⁴ La quantité d'écrits - articles de revue, rapports de recherche et monographies - traitant de ces questions est tel que nous ne saurions prétendre à une connaissance totale ou générale des points de vue exprimés; nous souhaitons simplement signaler ici, à l'aide d'un aperçu sommaire, la teneur des débats et leur rattachement à une réalité certaine de pratiques discriminatoires documentées.

⁹⁵ Daniel Kevles et Leroy Hood rapportent que dans les années 1970 la Air Force Academy prohibait l'engagement de personnes porteuses du trait de l'anémie falciforme parce que l'on croyait (à tort) qu'en altitude, le manque d'oxygène pouvait provoquer la détérioration de leurs globules rouges; certaines compagnies aériennes refusaient également de les transporter. Parmi les autres exemples qu'ils rapportent, mentionnons ce couple, dont le premier enfant est atteint de fibrose kystique, qui s'est vu menacer de perdre leur couverture d'assurance-santé s'ils refusaient l'avortement en cas de dépistage pré-natal positif de leur deuxième enfant. Les auteurs rapportent que l'école de médecine de Harvard a documenté une trentaine de cas de discrimination génétique par des assureurs ou des employeurs mais également par l'agence d'état chargé d'émettre les permis de conduire qui l'a refusé au porteur d'un gène conditionnant un syndrome neuromusculaire qui n'en était aucunement affecté. KEVLES, D. J., HOOD, L., *Reflections*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.(ed.), *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992, 300- 328

⁹⁶ BILLINGS, P.R., *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, Am. J. Human Genetics, 50 (1992) 476

Cette définition très large, puisqu'elle fait référence à toutes formes de variation par rapport à la carte génomique, tend à démontrer que le problème en est véritablement un de discrimination au sens légal du terme; les cas étudiés par l'équipe de Harvard démontrent que les décisions affectant les personnes sont le plus souvent scientifiquement arbitraires, dénuées de discernement et reflètent, dans le cas des employeurs, une large part d'ignorance. Ce qui inquiète dans les résultats de cette enquête est la conclusion à laquelle en arrivent les chercheurs que, sans avoir mené leur enquête de façon telle qu'ils puissent prouver l'existence de politique d'exclusion génétique, ils ressortent convaincus que leurs travaux "*suggest that such policies exist*"⁹⁷.

Depuis lors, plusieurs états⁹⁸ ont adopté des législations interdisant aux assureurs de requérir des tests génétiques, de demander l'accès aux résultats de semblables tests, d'utiliser de tels résultats pour exclure ou rejeter une demande ou encore pour déterminer le montant des primes. Karen Rothenberg⁹⁹ souligne qu'en fait ces lois n'interdisent pas la discrimination fondée sur l'information génétique; elles focalisent sur les tests génétiques et certaines définissent ces tests de manière telle qu'elles circonscrivent la portée de la loi aux tests exécutés dans le cadre de dépistage de personnes, par ailleurs, asymptomatiques¹⁰⁰. Une difficulté importante résulte de cette approche qui limite l'interdiction aux tests plutôt qu'à l'information génétique; dans ce domaine il ne faut jamais oublier que les résultats concernent une personne mais également sa famille ou parentèle par le biais des interactions géniques. Ainsi, le résultat du test de la personne concernée peut ne pas être utilisé cependant le diagnostic d'un parent pourrait lui être

⁹⁷ BILLINGS P., *Genetic Discrimination: An Ongoing Survey*, Genewatch, 1991 v. 6 nos 4-5, 7 p. 15.

⁹⁸ Parmi les états, mentionnons: Wisconsin, Californie, Colorado, Georgie, Minnesota, New Hampshire, Ohio, Oregon, Hawaii, Kansas, Massachussets et la Pennsylvanie.

⁹⁹ ROTHENBERG K. H., *Genetic Information and Health Insurance: State Legislative Approaches*, (1995) 23:4 The J. L. Med. & Ethics 312.

¹⁰⁰ C'est le cas de la loi du Minnesota.

opposé¹⁰¹. De plus, plusieurs de ces lois ne s'appliquent pas aux régimes d'assurance-vie ou d'assurance-salaire à long terme. Dans son analyse, Mme Rosenberg signale que la mosaïque législative créée par l'intervention des différents états ne permet pas de parler de solutions efficaces à la discrimination génétique en matière d'assurance¹⁰².

La composante principale du phénomène discriminatoire en matière d'assurance ou d'emploi est la création de sous-classes biologiques fondée sur un pseudo-déterminisme attribué aux résultats des tests génétiques; elle provient “[from] *the eagerness to draw genetic conclusions, the search for supposedly deviant genes, and the conviction that such genes deserve disadvantage.*”¹⁰³ Pour l'auteure, l'attitude et le comportement des agents socio-économiques face aux caractéristiques génétiques des individus et à l'étiquette d'“infériorité” qu'on leur appose en présence d'une mutation, équivalent au racisme et au sexisme largement documentés; elle propose de parler de géniticisme plutôt que de discrimination génétique arguant qu'il s'agit d'une situation en développement dont les conséquences seront aussi importantes en terme de domination socio-économique et de rejet¹⁰⁴.

Ainsi, si le temps de l'eugénique d'État semble écarté pour de bon, la réalité d'aujourd'hui avec son credo économique tout-puissant risque d'affecter inutilement la vie de bon nombre de personnes en les cataloguant en sous-classes génétiques selon leur “écart à la moyenne” établie par la cartographie génomique. La normativité exclusive n'est plus

¹⁰¹ Paul Billings mentionne dans son étude de 1992 le cas d'un individu qui s'est vu refuser un emploi parce que sa mère souffrait de schizophrénie. **BILLINGS, P.R.**, précité note 96, p. 477.

¹⁰² *Idem*, pp. 316-317. Elle note cependant que le comité de travail (ELSI) sur les questions socio-éthiques et légales du projet de cartographie du génome humain a recommandé une approche commune fédéral-états qui serait plus susceptible de répondre à cette problématique.

¹⁰³ WOLF, S., *Beyond “Genetic Discrimination: Toward the Broader Harm of Geneticism*, (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 345, p. 347.

¹⁰⁴ *Idem*.

le fait de l'État mais plutôt celle des agents économiques qui invoquent leur droit, dans un libre marché, de ne pas assumer le fardeau social ni même le risque de ces "sous-classes" de citoyens.

Tout ceci nous porte à croire que la discrimination génétique constitue, au-delà des pratiques immédiates de tel assureur ou de tel employeur, une pratique discriminatoire systémique originant dans les milieux de recherche, eux-même responsables de produire l'information génétique; nous posons l'hypothèse qu'ils accèdent, en quelque sorte, cette pseudo-classification par le discours même que les chercheurs utilisent, comme nous souhaitons l'aborder dans le chapitre qui suit.

Chapitre II La discrimination systémique et l'épidémiologie génétique

Section I Le modèle de la discrimination systémique et son application à l'épidémiologie génétique

La schématisation, présentée dans les pages qui suivent, applique la démarche décrite au chapitre précédent. La première section développe sommairement et schématiquement les deux étapes que constituent l'examen et l'analyse du système en ne retenant que les éléments-clés pertinents à la démonstration du phénomène discriminatoire. Rappelons que l'examen du système doit être le plus complet possible alors que la modélisation porte sur une sélection des éléments pertinents et nécessaires des sous-systèmes impliqués; dans le cas qui nous occupe, l'examen comprend une observation¹ qui, à elle seule, produit un rapport plutôt volumineux dont l'étude intégrale n'apporterait rien de significatif quant à l'objet de la présente thèse. Nous avons donc choisi de travailler dès à présent avec les éléments qui nous sont apparus les plus pertinents.

À la deuxième section, nous présentons l'opérationnalisation du modèle physique qui se dégage de l'analyse; il s'agit d'une présentation, en langage naturel, de la réalité modélisée ou, en d'autres termes, du développement articulé du phénomène discriminatoire repéré en pointant sur les avenues possibles de correction.

2.1.1 L'examen du système

Les centres de recherche en génétique humaine peuvent prendre autant de forme qu'il y a d'institutions universitaires ou médicales, publiques ou privées qui s'intéressent à ces

¹ Dans le cadre du projet de recherche portant sur **Les aspects éthique, juridique et sociologique de l'épidémiologie génétique**, G. R. I. D., UQAM — C.R.D.P., U. de M.— C.H.U.L.(1991-1995), auquel nous avons participé, il a fallu aux deux sociologues, plusieurs mois d'observation-terrain et d'analyses de celles-ci pour rendre compte de la réalité observée; la taille de leurs rapports de recherche était presque aussi importante que la présente thèse.

questions. Le nombre de personnes qui y travaillent peut également varier passablement; l'intérêt pour ce champ de recherche a connu une progression presque'inimaginable depuis le milieu des années soixante-dix² et la multidisciplinarité maintenant présente en génétique humaine est extrêmement éclatée³. Cependant, dans le cadre de nos recherches sur les fichiers génétiques, nous avons pu constater que la majorité de ces centres, au Québec, n'emploient, sur une base permanente, qu'un nombre limité de personnes et fonctionnent plutôt en collaboration étroite inter-universitaire et inter-centres⁴.

Le financement est l'élément déterminant du niveau de développement en ressources humaines et matérielles des centres de recherche et ce, quelque soit le pays où on les retrouve. L'objet et l'orientation de la recherche propre à chaque centre dépendent, pour partie, des intérêts des directeurs des centres de recherche et des champs de spécialités de l'institution⁵ auquel le centre est rattaché mais également, pour une partie non négligeable,

² De 1977 à 1987, le nombre de doctorats accordés dans le champ de la biologie médicale a grimpé de 48,000 aux États-Unis; ce phénomène s'explique par le financement de plus en plus important accordé aux secteurs de la génétique humaine. Kevles et Hood notent, qu'en 1977, 70,000 docteurs en science de la vie avaient trouvé de l'emploi comparativement à plus de 107,000 en 1987. **KEVLES, D. J., HOOD, L.,** *Reflections*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.(ed.), The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 300-328, p. 303.

³ On y retrouve en plus des diverses spécialités médicales et des sciences traditionnelles telles que la biochimie, la biologie et l'immunologie, les mathématiques et la physique appliqués, la sociologie et l'ethnologie, l'ingénierie et les sciences informatiques pour n'en nommer que quelques-unes. Pour saisir la dynamique en cours, voir **HOOD L.,** *Biology and Medicine in the Twenty-First Century* dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 136-163; **ANDREWS, L.B., FULLARTON, J.E., HOLTZMAN, N.A., MOTULSKY, A.G.,**(Ed.) *Assessing Genetic Risks: Implications for Health and Social Policy*, Washington, National Academy Press, 1994, chap.6.

⁴ **MACKAY, P., DEMERS, D., GIRARD, N.,** "La problématique de l'accessibilité et de la protection des données génétiques dans les fichiers génétiques en droit canadien et québécois" in B.M. KNOPPERS, L. CADIET et C.M. LABERGE (dir.), La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Paris, Litec, 1992, 101.

⁵ Ainsi, les recherches d'un centre rattaché à un hôpital pédiatrique ne seront pas centrées, par exemple, sur la chorée de Huntington qui est une maladie qui se manifeste plutôt vers la quarantaine ou encore sur les cancers du sein ou du colon qui sont également des maladies de l'adulte.

des sources gouvernementales⁶ ou privées⁷ de financement; le rapport entre les sources de financement et les objectifs de recherche est d'autant plus vital que les coûts engendrés par la recherche en génétique humaine sont de plus en plus importants compte tenu soit de l'équipement sophistiqué nécessaire, soit de l'envergure de l'échantillonnage requis en terme de sujets de recherche ou encore des qualifications multidisciplinaires requises des chercheurs et du personnel.

Toutes ces sources de financement sont accessibles par concours dont les organismes subventionnaires ou commanditaires déterminent le cadre général et parfois même le cadre spécifique. Cela signifie que la détermination de l'objet de recherche suivra jusqu'à un certain point l'orientation et les politiques de ces organismes. Chaque centre de recherche profilera ses projets en fonction des possibilités et des modalités de financement.

À l'interne de l'organisation du système que constitue le centre de recherche, plusieurs unités ou sous-systèmes prennent forme; elle assument des fonctions diverses qui vont de l'administration des ressources financières, matérielles et humaines à la planification, la gestion et la réalisation des projets de recherche.

Pour réaliser une recherche en génétique humaine, des sous-unités plus ou moins démarquées sont essentielles; la première comprend le personnel clinique qui procède à la

⁶ L'intérêt des États pour le financement de la recherche génétique humaine est multiple. D'une part, il est évident, comme ce fut le cas au moment de la mise en place du dépistage de la phénylcétonurie (PKU) qui assurait la disparition de coûts importants d'institutionnalisation pour déficience intellectuelle profonde, que toute découverte qui permet de réduire éventuellement les coûts de santé intéresse les États. D'autre part, les retombées économiques directes ou indirectes au plan des développements technologiques qui accompagnent maintenant la recherche génétique humaine constituent un incitatif certain pour le soutien financier de l'État.

⁷ Les sources privées peuvent provenir d'organismes à but non lucratif formés par et pour les personnes qui sont affectées par une maladie spécifique ou encore par des compagnies pharmaceutiques, des sociétés d'ingénierie ou d'informatique ou autres groupes socio-économiques intéressés par les retombées économiques éventuelles. Voir à ce sujet: **GREELY, H. T.**, *Conflicts in the Biotechnology Industry*, (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 354.

cueillette du matériel à analyser et des informations individuelles, familiales et environnementales pertinentes et nécessaires; viennent ensuite les laboratoires qui procèdent aux analyses techniques du matériel recueilli à l'aide des tests appropriés; puis le personnel clérical qui saisit et emmagasine l'information recueillie et les résultats des tests. Finalement on retrouve les chercheurs, les médecins et autres généticiens qui traitent l'information ainsi produite. Dans le cas d'un centre de recherche qui s'intéresse à l'information génétique sous l'angle de l'épidémiologie génétique, se rajoutent deux autres unités, soit celle du recrutement universel des sujets de recherche, au plan local, régional ou national, et celle des analystes statisticiens mais également généalogistes, démographes, écologistes et autres spécialistes, notamment du domaine de la santé publique.

Ces deux derniers sous-systèmes nous intéressent plus particulièrement; nous postulons, suite à l'observation du système, que la caractérisation - la stigmatisation - des sujets de recherche ou des membres de leur famille qui entraîne des effets discriminatoires est principalement le produit des interventions de ces unités ou sous-systèmes.

Ceci ne signifie pas pour autant que les autres unités sont totalement exclues du processus de production des effets discriminatoires. Comme nous l'avons largement discuté dans la première partie de cette thèse ainsi qu'au chapitre précédent, la discrimination systémique s'appuie sur les représentations et les préconstruits sociétaux mais également sur les préconstruits situationnels concernant les personnes affectées. Dans le cas de la génétique humaine et des mutations faisant l'objet des recherches, il est clair que depuis plus d'un siècle on associe la présence d'anomalies ou de mutations génétiques à un écart par rapport à "la" normale ou moyenne que constitue le génotype de base, c'est-à-dire sans mutations⁸; il est également clair que ce qui anime les chercheurs en génétique humaine depuis plus de cinquante ans, c'est la recherche des moyens thérapeutiques pour corriger

⁸ Il faut d'ailleurs mentionner qu'un tel génotype n'existe pas; le génotype de chaque individu comporte environ sept gènes délétères dont l'action demeure anodine ou indécélable.

ces écarts, ces anomalies ou leurs effets. Or, on peut observer chez certaines équipes de recherche américaine la propension à privilégier et à recommander des solutions pour le moins étonnantes dans le but d'atteindre cet objectif⁹; ce comportement provenant des chercheurs eux-même conforte le développement d'un état de confiance de la population, pour ne pas dire de croyance, dans la certitude du déterminisme génétique.

Outre ce support idéologique apporté à la perception sociale du bien-fondé scientifique des classifications génétiques en sous-classes biologiques comprenant des individus "normaux" et des individus "anormaux" ou à risques, le rôle des unités de production dans l'émergence d'effet discriminatoire apparaît plutôt diffus; si ce n'est, bien sûr, qu'ils détiennent l'information individuelle et familiale précise qui est au coeur de l'effet discriminatoire immédiat affectant la personne. En d'autres termes, les producteurs de l'information génétique ne font pas de discrimination (au sens légal du terme) dans le cadre de leur production de recherche; ils produisent une information qui, par les modalités de diffusion privilégiées peut devenir discriminatoire et être à l'origine d'effets directs ou indirects résultant de l'usage qu'en font les tiers, c'est-à-dire les utilisateurs de l'information.

L'hypothèse modélisatrice que nous retenons relativement au phénomène de la discrimination associée à l'épidémiologie génétique est la suivante: le discours des chercheurs, au stade du recrutement des sujets de recherche de même qu'au moment de la diffusion des résultats, est discriminatoire dans son essence à partir du moment où il crée des sous-classes biologiques rattachées au pseudo-déterminisme génétique; le discours concourt alors aux effets immédiats et précis que subissent leurs sujets de recherche.

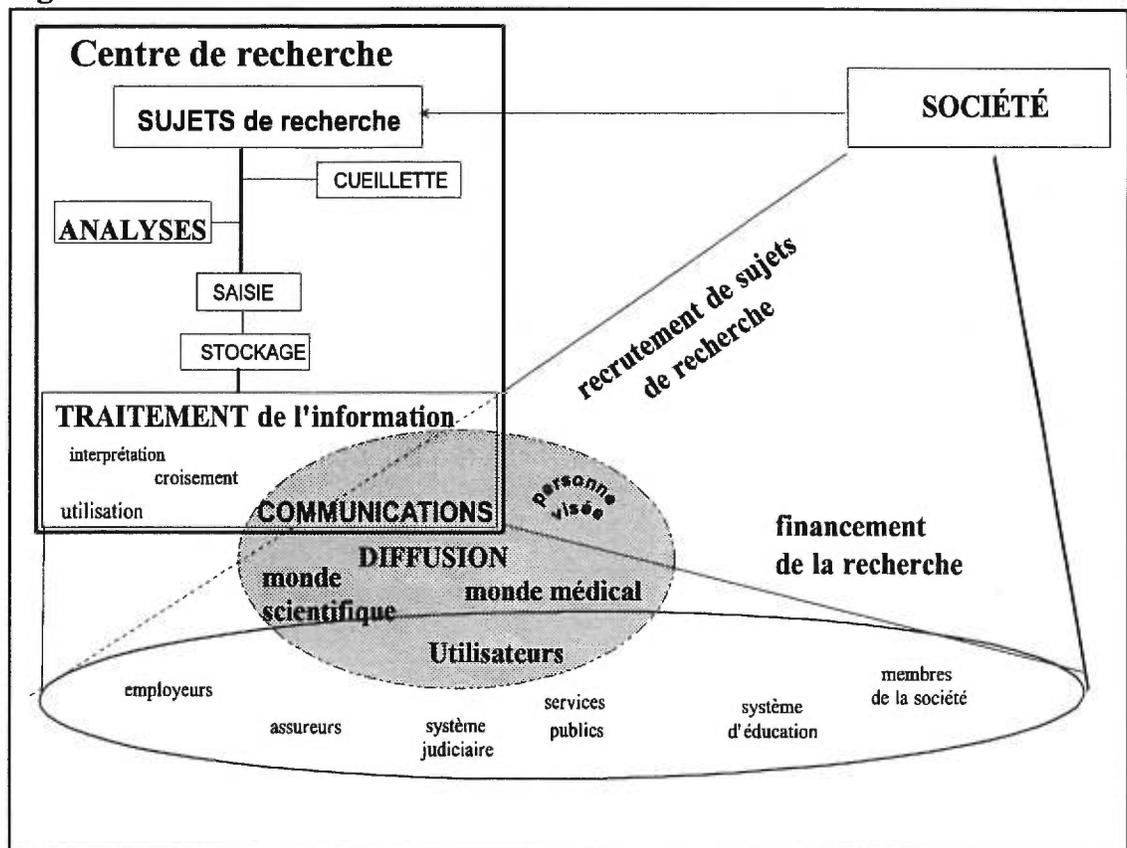
⁹ Mentionnons la colostomie préventive pratiquée à partir du seul dépistage chez la personne concernée d'un gène associé au cancer du colon, autrement dit sans que cette personne ne présente quelque symptomatologie que ce soit de la maladie. ANNAS, G. J., SHERMAN, E. (éd.) *Gene Mapping - Using Law and Ethics as Guides*, New York, Oxford University Press, 1992.

2.1.2 L'analyse du système

L'analyse du système, à l'aide des modèles de la discrimination développés au chapitre précédent, consiste à produire les schémas graphiques servant à illustrer la modélisation systémique de l'épidémiologie génétique. Nous présentons en premier lieu une illustration du système, de ses composantes principales et de ses rapports avec la société.

Comme on peut le voir, le centre de recherche constitue un système à la fois complet par lui-même, dans les limites de ses opérations de production et de traitement de l'information génétique, et dépendant de la société pour l'approvisionnement en données de base et en ressources financières. De plus, il est partenaire du monde scientifique et du monde médical pour la diffusion et l'utilisation des résultats de recherche et fournisseur,

Figure 14



parfois involontaire, de données à l'usage des tiers qui peuvent trouver, dans l'information produite, une matière utile, nécessaire ou requise pour les services qu'ils offrent ou le travail qu'ils exécutent.

Les rapports du centre avec la société seront d'autant plus grands que l'objet de recherche tend vers un éventail de données large et diversifié, ce qui est le cas des centres de recherche en épidémiologie génétique. Les objectifs de ce champ de recherche sont de découvrir les incidences des désordres génétiques dans des populations déterminées et de recueillir des prélèvements afin de permettre l'étude de la diversité et de la variabilité d'expression des maladies génétiques ou de leurs traits dans ces mêmes populations¹⁰. Le rôle des centres de recherche est de procéder à des mesures d'incidence et de prévalence à partir de populations ciblées, de groupes ethniques, communautaires ou familiaux importants¹¹ afin de planifier les services de santé appropriés, incluant les interventions médicales, le dépistage et le conseil génétique, auprès des populations concernées.

Tel que mentionné à la section précédente, la perspective dans laquelle il nous faut considérer le centre, quant aux effets discriminatoires éventuels, relève dans un premier temps de l'objet de sa production: à partir du dépistage, le centre produit une information génétique qui sépare et classe les sujets de recherche en fonction des mesures mentionnées plus haut¹². Théoriquement, une telle démarche devrait être entreprise pour

¹⁰ KNOPPERS, B.M., LABERGE, C.M., *The social Geography of Human Genome Mapping*, dans BANKOWSKI, Z., CAPRON, A.M., *Genetics, ethics and human values*, Genève, CIOMS, 1991, 39 - 55, p.46.

¹¹ C'est notamment le cas au Saguenay-Lac St-Jean; ces territoires ayant été ouverts par un nombre limité de familles qui se sont multipliées au fil des générations pour former une population locale nombreuse et apparentée. L'étude généalogique réalisée par G. Bouchard et ses collaborateurs permet de retracer les membres d'une même famille de même que les apparentés. D'un point de vue de l'épidémiologie génétique, ce bassin de population répond donc indifféremment aux paramètres de population ciblée, de groupe ethnique ou de groupes familiaux. BOUCHARD, G., BRAEKELEER, M. de, *Pourquoi des maladies héréditaires? : population et génétique au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Sillery, Septentrion, 1992

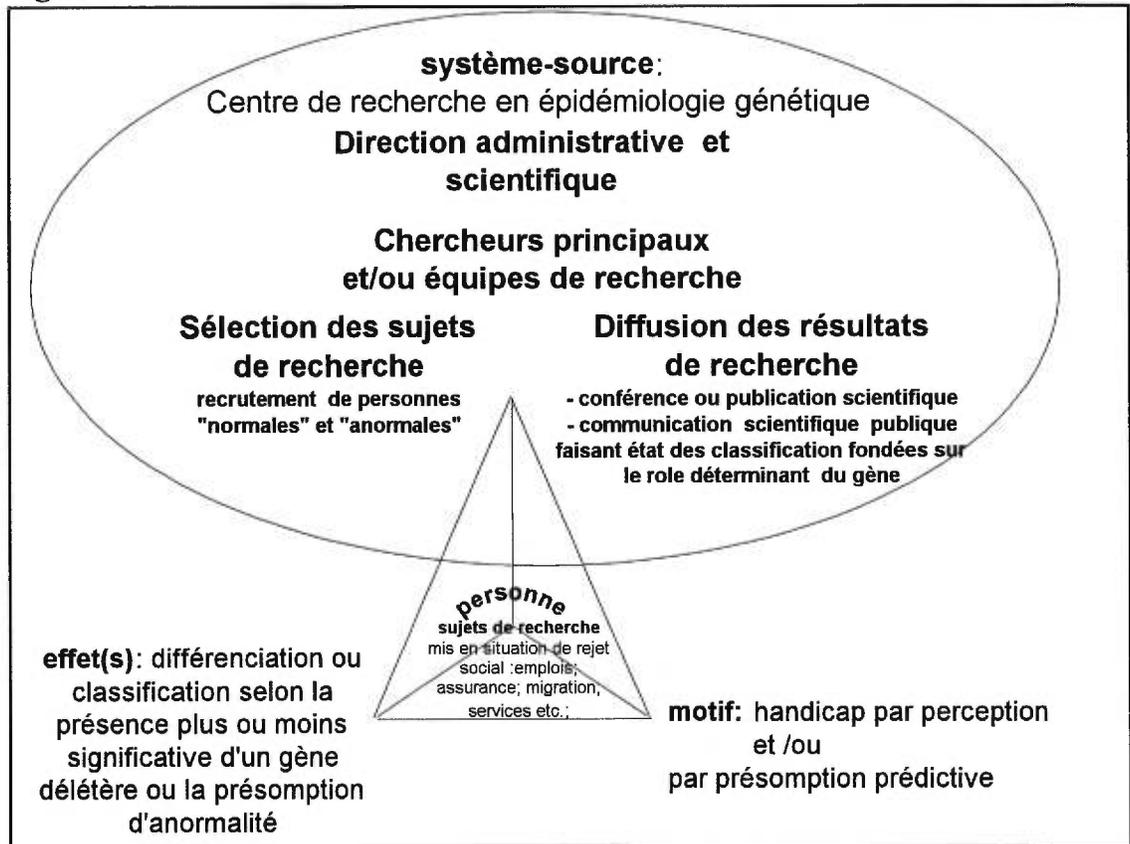
¹² KNOPPERS, B.M., précité note 9, p. 46.

l'ensemble de la population ou de la société ce qui tendrait à faire disparaître la perception d'anormalité qui se dégage de l'exercice actuel¹³; cependant, en pratique, une investigation d'une telle envergure semble très loin d'être réalisable et même si on y parvenait, la classification individuelle et familiale fondée sur l'appréciation d'un risque génétique demeure toujours présente; elle constitue une caractéristique inhérente de ce type de recherche et le résultat essentiel de l'analyse des données recueillies ou, en d'autres termes, de l'information génétique produite. En somme, les éléments-clés du sous-système que forme l'épidémiologie génétique sont ses modalités de constitution de sa base opérationnelle, c'est-à-dire celles qui entourent le recrutement des sujets nécessaires à la recherche en fonction des finalités mentionnées ainsi que ses procédés de diffusion des résultats obtenus dans la mesure des classifications biologiques qu'ils sous-tendent.

Compte tenu de ce qui précède et conformément à la démarche de modélisation suivie jusqu'à maintenant, nous limiterons la description schématique du système-source à ces seuls éléments. Quant aux autres entités (effet, motif et personne) du phénomène discriminatoire, nous ne présentons, en première ébauche, que les propriétés générales qui peuvent être associées à la problématique de la discrimination génétique. Nous élaborerons davantage sur ces propriétés dans les ébauches subséquentes. ?

¹³ Dans cette hypothèse, nous allons beaucoup plus loin que les auteurs l'énoncent dans cet extrait qui a alimenté notre réflexion: "On the one hand, it is possible that instead of all the population being considered at risk, the act of naming the mutations in the population could eventually make the notion of "abnormalcy" disappear. On the other hand, until research can name a great number of mutations, the widespread ignorance of genetics may result in an increase of social discrimination. It is a potential source for the stigmatization and ostracism of populations. There is the danger that target populations will be perceived as diseased and that "at risk" populations will be correlated with "defective" populations". *Idem*, p. 46.

Figure 15

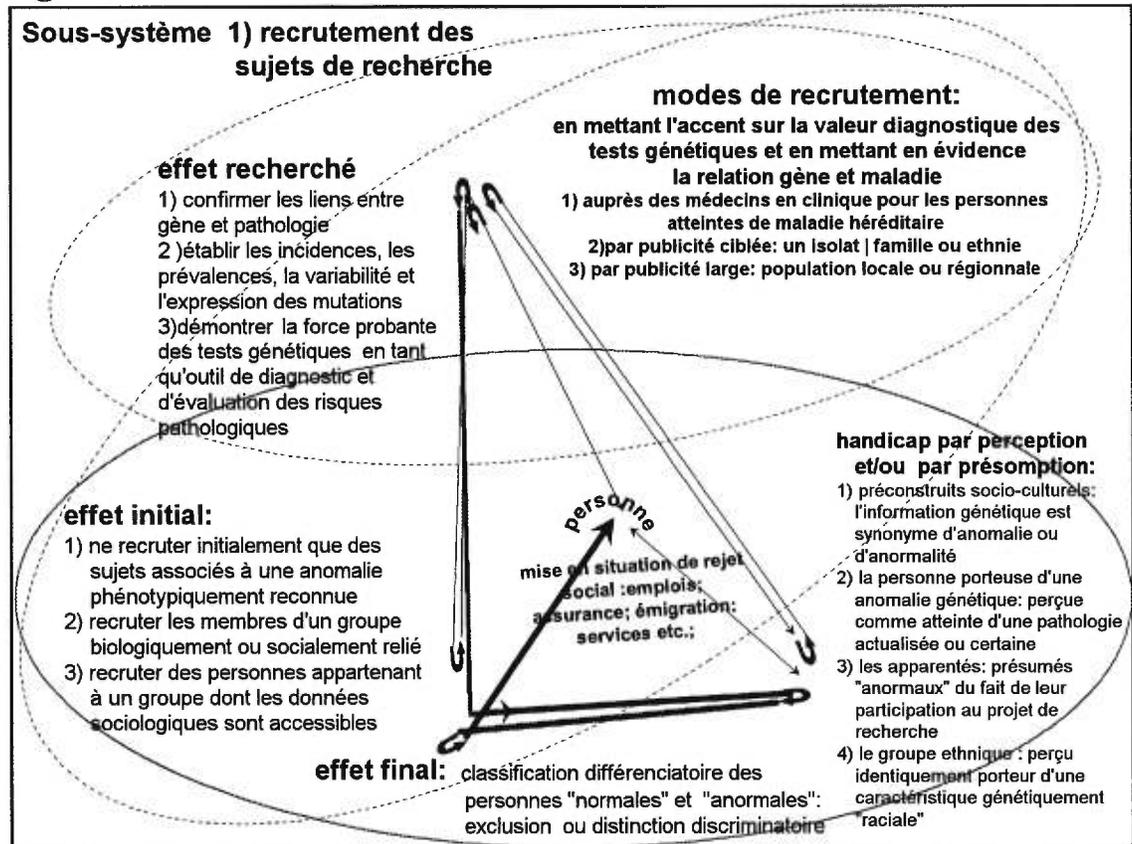


La deuxième ébauche (figure 15) présente plus en détails les interactions survenant au moment du recrutement des sujets de recherche. Sont alors identifiés les modes de recrutement et leurs effets recherchés afin de mettre en lumière l'effet initial obtenu. Dans ce processus, il faut noter que les interactions des modes de recrutement avec l'effet recherché apparaissent scientifiquement neutres, puisque fondées sur la substance même d'une telle recherche; il semble donc possible de conclure qu'elles produisent un effet initial exempt de discrimination.

C'est plutôt à travers la boucle entre l'effet initial et le motif, c'est-à-dire la perception qu'il engendre dans la société à l'effet qu'il s'agit de personnes déficientes ou handicapées, que naît l'effet discriminatoire pour les sujets de recherche. Cet effet en est d'abord un de

classification biologique des personnes qui concourt aux situations d'exclusion ou de distinction fondées sur le déficit génétique réel ou présumé.

Figure 16



Il est possible, à partir de cette figure, de comprendre une partie du débat américain qui met de l'avant la confidentialité de l'information¹⁴ résultant des tests génétiques comme solution à la discrimination qui affecte les personnes participant à des programmes de dépistage. La lecture qui se dégage du schéma montre que la sélection des sujets de

¹⁴ Voir le compte-rendu de la table ronde sur "The Genetic Privacy Act" dans *The Journal of Law, Medicine & Ethics* (1995) 23:4, 360-388; également les articles suivants du même numéro: **ROTHENBERG, K. H.**, *Genetic Information and Health Insurance: State Legislative Approaches* (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 312; **GOSTIN, L.O.**, *Genetic Privacy*, (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 320.

recherche s'inscrit dans une démarche scientifiquement valide et, par conséquent, neutre en apparence; selon la logique des raisonnements juridiques applicables aux effets discriminatoires prohibés, la solution passe alors par un accommodement individuel, en l'occurrence la confidentialité de l'information individuelle provenant de la recherche. Cependant, plusieurs commentateurs signalent que cette solution ne mettra pas fin au phénomène en émergence de l'étiquetage génétique ou de la pseudo-crédation de "sous-classes" biologiques d'individus fondée sur les perceptions d'inégalités génétiques ou de déficiences plus ou moins significatives révélées par les tests génétiques¹⁵. Nous soumettons que cet autre aspect du phénomène discriminatoire résulte d'un raisonnement logique distinct soit celui de l'effet direct découlant de la diffusion de l'information génétique par communication scientifique. La figure 16 présente la schématisation du processus discriminatoire en résultant.

Dans le cadre de ce processus, les chercheurs sortent ponctuellement de leur centre pour communiquer les résultats de leurs travaux de recherche; il s'agit souvent d'une première percée, d'un résultat significatif mais fragmentaire dont l'importance peut être mesurée par les pairs mais très peu par le grand public¹⁶ à qui ils s'adressent par l'entremise des médias¹⁷.

¹⁵ Voir notamment: **WOLF, S.**, *Beyond "Genetic Discrimination: Toward the Broader Harm of Geneticism"*, (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 345; **BILLINGS, P.R.**, *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, *Am. J. Human Genetics*, 50 (1992) 476 ; **NELKIN, D.**, **LINDEE, M.S.**, *The DNA Mystique: The Gene as a Cultural Icon*, New York, W.H. Freeman, 1995; **HUBBARD, R.**, **WALD, E.**, *Exploding the Gene Myth*, Boston, Beacon Press, 1993; **NELKIN, D.**, *The Social Power of Genetic Information* dans **KEVLES, D. J.**, **HOOD, L.**, (ed.) *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992.

¹⁶ Plusieurs auteurs font état du très faible niveau de connaissances en génétique humaine de la population en général. Mentionnons à titre d'exemple, Nancy Wexler, qui relate les difficultés rencontrées dans la transmission de résultats de tests génétiques et ce même au niveau des médecins qui "*have minimal training in genetics and often fundamentally misunderstand its principles*."

¹⁷ D'ailleurs ceux-ci ne sont souvent pas plus formés ou informés que leur public. De plus comme l'écrit Daniel Kevles, ils traitent la nouvelle en primeur lorsqu'il s'agit de résultats potentiellement intéressants mais relèguent aux pages moins parcourues, les communiqués qui désavouent ou contredisent les informations véhiculées antérieurement; **KEVLES, D. J.**, **HOOD, L.**, *Reflections*, dans **KEVLES, D. J.**, **HOOD, L.** (ed.), *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human*

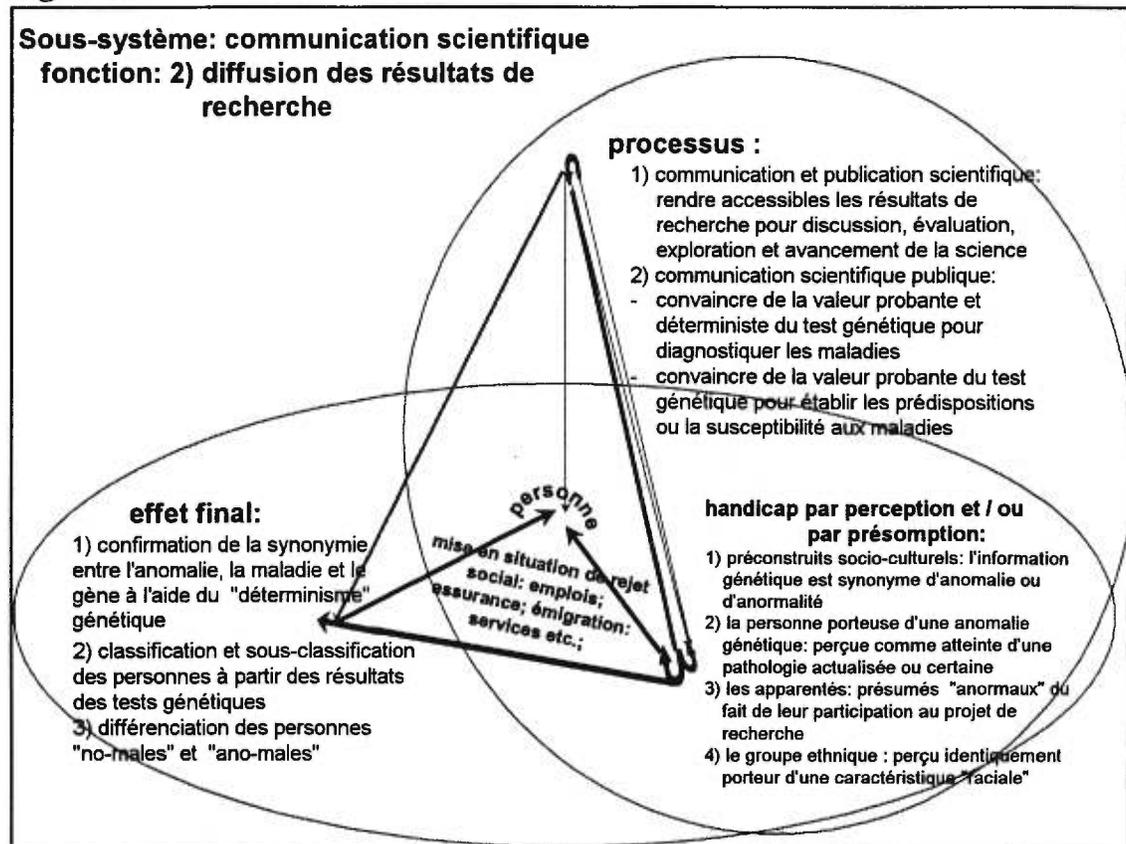
L'ébauche présente indistinctement, en tant que sources du phénomène discriminatoire, les deux processus de diffusion des résultats soit la communication scientifique proprement dite et la communication scientifique publique. Bien qu'intimement reliés, il s'agit de deux modes de diffusion fort différents quant à l'influence qu'ils exercent sur le grand public. En termes d'effets discriminatoires le premier y contribue par le support qu'il apporte à la crédibilité accordée par le public aux sciences en général¹⁸ et plus particulièrement à la génétique humaine depuis l'avènement de la biologie moléculaire et des biotechnologies; en fait, il constitue un point d'appui incontournable aux énoncés de la communication scientifique publique qui traitent plus directement du déterminisme diagnostique des tests génétiques pour les maladies, les prédispositions et les susceptibilités.

Nous ne développons pas davantage sur ce qui distingue ces deux modes de communication ni sur leur impact respectif dans le phénomène discriminatoire puisque nous y reviendrons dans la section suivante. Pour le moment, il importe d'illustrer graphiquement le raisonnement logique qui relie ces modes de communication et le phénomène de discrimination. Comme le montre la figure 16, il s'agit de multiples interactions avec les sujets de recherche et la définition même du motif; la personne cesse d'exister pour céder la place à la caractérisation génétique qui est intimement reliée au déficit génétique réel ou présumé des sujets de recherche. Les chercheurs plaident la force probante des outils bio-moléculaires de diagnostic génétique ce qui les conduit à discourir sur le mérite d'une classification fondée sur la présence, l'absence ou la diversité des gènes dans la résolution ou dans la prévisibilité des problèmes de santé. Nous soumettons qu'ils produisent ainsi un premier effet discriminatoire qui concourt par ailleurs à d'autres effets qui ne relèvent plus des chercheurs mais plutôt des utilisateurs.

Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 300-328, p. 327.

¹⁸ Lawrence O. Gostin parle même d'un public "*enamored with the power of science.*" GOSTIN, L.O., *Genetic Privacy*, (1995) 23:4 *The J. L. Med. & Ethics* 320, p. 327.

Figure 17

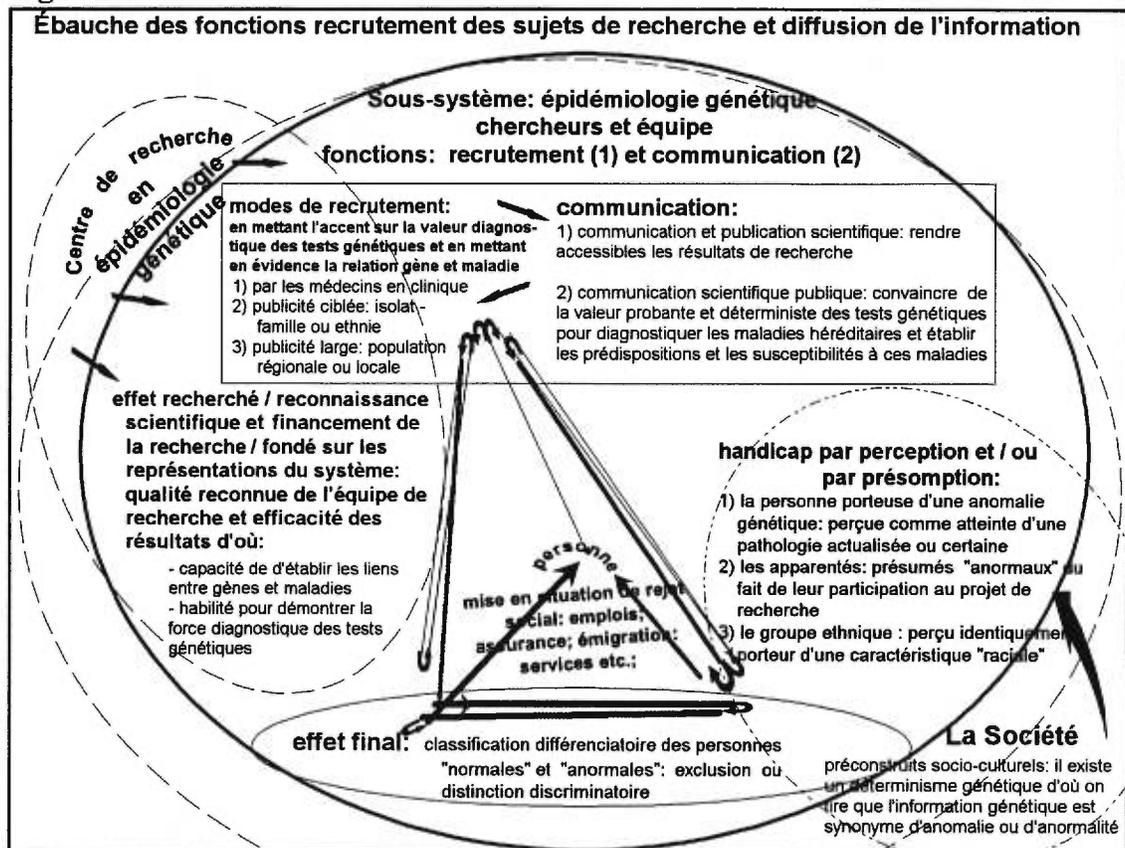


Ainsi, il est possible de constater que le contenu des communications interagit directement avec les notions de déficiences génétiques que partagent la société pour, d'une part, conforter la classification des individus selon leurs statuts génétiques et, jusqu'à un certain point, le statut social qui en découle. D'autre part, l'effet discriminatoire ne se limite pas à cette seule classification mais se prolonge dans la société où les utilisateurs de l'information génétique s'en servent pour exclure ou moduler les services offerts. Cette particularité d'un effet interne au système nous amène à parler d'effet systémique.

Nous soumettons qu'il n'est pas toujours possible de scinder les conséquences d'un effet systémique pour nier la responsabilité du système-source ou, à l'opposé, de l'agent externe. Dans le cas présent, l'effet discriminatoire de classification génétique provenant du discours des chercheurs est étroitement lié à l'utilisation de l'information génétique qui

est faite par des tiers; s'il est possible de dire que les chercheurs n'ont aucun pouvoir de décisions quant à l'accès, par leurs sujets de recherche, à des services ou aux modulations de ces services offerts par divers agents ou encore à l'embauche par un employeur déterminé, il n'est pas possible de nier qu'ils concourent à ces décisions par le truchement des communications scientifiques qu'ils livrent. Dans le cas qui nous occupe, la causalité nécessaire à la production de l'ensemble des effets décrits apparaît de plus en plus circulaire comme on peut le constater dans l'ébauche suivante.

Figure 18



L'examen de cette ébauche permet de constater que le sous-système de l'épidémiologie génétique constitue, par ses deux sous-systèmes, un maillon indispensable entre le centre de recherche, ses objectifs, ses représentations et les résultats de recherche en génétique,

et la société, ses notions de déterminisme et de déficience génétique; au coeur de ses relations et de ses interactions se retrouvent les sujets de recherche qui sont l'objet d'une classification réelle ou présumée concourant à leur mise en situation de rejet social ou de traitement différenciatrice par les utilisateurs de l'information génétique.

Afin de compléter la démarche de modélisation du phénomène discriminatoire, associé à l'épidémiologie génétique, nous proposons de passer maintenant à l'opérationnalisation du modèle illustré précédemment sous forme graphique. Cette opération consiste à développer en langage naturel l'explication du phénomène; elle comprend tant un exposé sommaire de ce qu'est l'information génétique qu'un développement structuré des fonctions et du rôle des deux sous-systèmes plus directement impliqués dans la dynamique de la discrimination; ce développement s'appuie sur des analyses spécialisées en matière de communication scientifique permettant de mettre en lumière les attitudes et les comportements tant des diffuseurs de l'information que de la société à qui ils s'adressent. Rappelons, à l'instar de la Cour Suprême, qu'en matière de discrimination et plus particulièrement de discrimination systémique, il s'agit là d'éléments déterminants:

[la] discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emploi, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel¹⁹. (Définition provenant du rapport **Abella**²⁰)

[la] discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces naturelles, par exemple que les femmes ne peuvent tout simplement pas faire le travail.²¹

¹⁹ *Janzen c. Platy Entreprises Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1252, juge Dickson..

²⁰ **ABELLA R.S., *Egalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête***, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p .2

²¹ *Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114., p.1139, juge Dickson.

Section II La discrimination systémique et l'épidémiologie génétique

*(ou l'opérationnalisation du modèle de discrimination systémique
appliqué à l'épidémiologie génétique)*

Introduction

Retracer les fondements ou les sources d'un phénomène social de discrimination systémique n'est pas simple. À cet effet, nous proposons d'examiner les interactions de la composante essentielle de l'épidémiologie génétique ou de la génétique des populations, soit «l'information» génétique, avec le système qui la produit. Nous tenterons d'identifier par quels mécanismes ces interactions participent à l'émergence d'un phénomène social de discrimination affectant les sujets de recherche à travers les décisions de ceux qui utilisent, à tort ou à raison, cette information.

Nous présentons l'information génétique et ses caractéristiques et discutons du système qui la gère et la diffuse; plus particulièrement nous traitons des processeurs informationnels reliés à la communication scientifique publique de cette information ainsi que des conséquences qui en découlent sur l'utilisation qui est faite de l'information.

Nous ignorons volontairement le débat entourant le traitement de cette information par les médias non pas que nous ne soyons pas consciente de l'impact de cet aspect sur la forme de l'information diffusée mais plutôt parce que nous nous intéressons plus spécifiquement à l'interaction impliquant les systèmes producteurs de l'information génétique et les effets discriminatoires; nous postulons que les effets de classification en fonction d'un déficit génétique entraînent des effets d'exclusion ou des distinctions affectant les personnes, sujets de recherche ou membres des familles apparentées, face à l'obtention d'un emploi, à l'accès à des services ou à la conclusion de contrats tels les contrats d'assurance.

Ainsi, il nous apparaît qu'une lecture attentive doit être faite de l'étape de diffusion de l'information génétique pour bien comprendre les interactions résultant notamment des

finalités réelles, bien que sous-jacentes et parfois inconscientes, de la communication scientifique publique dans la production du phénomène de discrimination. Nous essaierons par le rappel des fonctions sociales de ce type de communication de mettre en lumière le rôle des chercheurs et l'interaction de ce rôle dans la production de l'effet discriminatoire.

L'hypothèse que nous posons est que le traitement trop souvent réducteur et même réductionniste de l'information génétique dans la communication scientifique publique des résultats de recherche participe à l'utilisation déterministe qui en résulte. Il y a donc lieu de s'interroger sur le rôle des scientifiques à cette étape tout autant que sur l'influence des pratiques en matière de subventions ou de financement de la recherche sur l'approche privilégiée par les communicateurs.

La discrimination prohibée par les Chartes des droits et libertés de la personne repose sur le fait que le discriminateur substitue, comme fondement de sa position, une caractéristique spécifique aux capacités, aptitudes, compétences ou qualifications propres à la personne; la personne est occultée du fait de cette caractéristique. Il en est ainsi lorsqu'un utilisateur, par exemple, un assureur, un employeur ou un fonctionnaire, prend la décision d'exclure un candidat du seul fait de la présence d'un gène associé à une maladie ou anomalie comme si cette présence attestait de l'état de santé général réel de cette personne. ?

Nous allons tenter dans les pages qui suivent de voir quel rôle jouent les chercheurs dans ce phénomène qui affecte ou risque d'affecter leurs sujets de recherche.

Avant-propos: Le phénomène social de la discrimination prohibée

Rappelons que c'est dans le contexte du droit à l'égalité, reconnu à toute personne par les Charte canadienne ou québécoise, que nous devons d'abord situer la discrimination interdite. Elle peut se définir comme une atteinte prohibée au droit à l'égalité en regard

de certaines caractéristiques personnelles. Elle constitue une situation dans laquelle une personne se voit exclue, distinguée ou préférée à cause d'une caractéristique qui lui est propre et que l'on utilise comme critère distinctif en en généralisant les attributs, particularités ou conséquences, réels ou imaginaires.

Pour les participants dans la situation de discrimination, cette généralisation repose sur un raisonnement réductionniste et déterministe, rarement sinon jamais conscient, qui se fonde sur deux prémisses: la première consiste à présumer une synonymie entre la caractéristique et ses attributs, particularités et conséquences potentielles alors que la deuxième intègre, face à la méconnaissance ou même à l'absence de connaissances relatives à ces éléments, un raisonnement par analogie à partir de données inappropriées telles la présumée homogénéité du groupe «caractérisé» par rapport à l'hétérogénéité de la société ou du groupe social chez qui on ne retrouve pas ou on n'a pas encore identifié cette caractéristique. En somme, la discrimination, au sens juridique de ce terme, est le fait d'une construction virtuelle d'un «groupe ou sous-groupe caractérisé» dont tous les individus seraient identiques; cette construction repose sur une généralisation à partir de l'état des connaissances ou des perceptions relatives à la caractéristique considérée.

Ajoutons que l'information est au coeur d'un phénomène de discrimination dans la mesure où «l'information est un processus» dynamique et utilitaire qui permet de «s'informer» et d'«informer»¹ et donc contribue à la fois à l'émergence du phénomène, lorsque l'information est mal transmise ou mal comprise, ainsi qu'à sa solution en permettant de mettre un terme à la méconnaissance ou à l'absence de connaissances souvent à l'origine de l'effet social discriminatoire. L'information participe de la connaissance de celui qui la transmet mais également de celui qui la reçoit; elle est

¹ **GUINIER, D.**, *Sécurité et qualité des systèmes d'information - approche systémique*, Paris, Masson, 1992. p.5.

fonction des filtres disciplinaires tout autant que socio-culturels des émetteurs et des récepteurs.²

Ce processus est éminemment présent dans les situations de discrimination découlant de l'utilisation de l'information génétique. Il s'agit de situations fort complexes, qui mettent en présence de multiples intervenants tant chercheurs qu'utilisateurs. Il importe de souligner que si l'on peut penser que les chercheurs ne font pas de discrimination prohibée lorsqu'ils sélectionnent leurs sujets de recherche en regard de leurs caractéristiques médicales particulières, comme nous le verrons plus loin, ils peuvent cependant contribuer à l'émergence du phénomène social de la discrimination qui affectera ces sujets d'étude dans la mesure de la diffusion de l'information tant au moment du recrutement des sujets de recherche qu'à la fin du processus au moment de diffuser les résultats de recherche. C'est ce que nous proposons d'examiner ici.

Sous-section 2.1 L'épidémiologie génétique et la production de l'information génétique

2.1.1 Du test génétique à l'information génétique

Dans un premier temps, rappelons certaines caractéristiques de l'information génétique. Cette information, d'abord rattachée au domaine de la santé, constitue une catégorie à part dans ce secteur notamment du fait que le matériel génétique d'une personne peut révéler tant son identité qu'à certains égards des informations relatives à son état de santé. On peut dire qu'elle constitue, avant tout, une information personnelle.

² D. Guinier écrit également que: « Le **contenu informationnel** de l'ensemble des données sera l'information extraite par un groupe ou une personne concernant ces données. ... Le passage de la simple donnée à l'information n'est pas simple. Il est le résultat d'une relation triangulaire: émetteur, donnée et récepteur dans laquelle interviennent des facteurs tels que la perception et la reconnaissance de la donnée, la représentation réciproque des deux acteurs et leurs motivations.» *ibid.* p. 6

A) d'une donnée médicale à une information personnelle

Contrairement aux données biochimiques, il ne s'agit pas de données que l'on doit interpréter selon des paramètres établis en fonction de valeurs standard pour une population déterminée ou établies dans le cadre de techniques spécifiques, mais plutôt de données primaires qui sont susceptibles de déterminer ou d'interagir dans l'expression de certaines caractéristiques propres d'une personne, d'un individu. Les techniques qui permettent de dévoiler ces données ont été mises au point dans le secteur de la génétique humaine, ou les secteurs connexes, originalement dans le but de résoudre des questions d'étiologie des maladies.

L'évolution fulgurante des techniques scientifiques au cours des quatre dernières décennies a contribué à l'augmentation exponentielle des connaissances et suscite un intérêt et un apport scientifique multidisciplinaire pour décoder les cellules humaines. Le matériel génétique constitue un produit complexe pour lequel les finalités de recherche se sont élargies au rythme de l'intérêt des chercheurs de toutes disciplines. Ces finalités couvrent non seulement l'intervention médicale proprement dite mais également et peut-être davantage le potentiel prédictif de ce matériel. Ainsi, la recherche d'information n'a plus uniquement pour objectif de résoudre les questions médicales relatives au service requis par l'individu lui-même, dans le moment présent, mais plutôt de déterminer son type, catégorie ou groupe d'appartenance selon ce qu'il est possible d'identifier et de calculer sur le plan de l'évolution de son état général, de son développement ou dépérissement futur. On ne parle plus uniquement en terme de moment présent, de pronostic en regard d'une symptomatologie avérée ou conséquente mais davantage d'éventualité, de potentialité face à la présence d'un gène associé à des situations cliniques connues.

Avant d'aborder le rôle de l'information génétique dans le phénomène de la discrimination, il importe de mentionner également que l'information génétique est distincte du matériel génétique. L'information génétique n'existe qu'à partir du moment

où une analyse du matériel génétique a été entreprise; elle est le produit d'un processus de décodage et consiste en un amalgame de données et d'analyses consignées sur un support matériel. Elle naît dès qu'une personne, directement ou par l'entremise d'une machine, peut traiter les données et leur conférer un caractère informatif propre au *propositus*; elle est directement et essentiellement dépendante de la sélection des données recueillies, des grilles d'analyse utilisées et des événements jugés pertinents.

Le matériel génétique contient une quantité prodigieuse de données sous forme non révélée. Ces données sont uniques ou exclusives à la personne et solidaires ou interdépendantes de la famille ou parentèle et plus largement du groupe ethnique ou de l'espèce humaine. Cette deuxième caractéristique interviendra dans l'émergence de l'effet discriminatoire dans la mesure où l'information tirée du matériel génétique aura non seulement un impact sur le *propositus* lui-même mais également sur les membres de la parentèle, de l'isolat ou de l'ethnie.

B) d'une information personnelle à un système d'informations

L'information génétique doit donc être appréhendée sous l'angle des finalités de recherche ou d'utilisation pour en déterminer les conséquences pour la personne et ses apparentés. L'information génétique est un concept polysémique par comparaison au matériel génétique qui constitue une source unique; l'information qu'on en tire n'est spécifique que dans la mesure des relations établies avec d'autres données et ce, en regard des objectifs des intervenants. Les effets, résultant du traitement de ce type d'information, ne peuvent être analysés sur la seule base des caractéristiques de la source unique.

Il importe également de rappeler ici ce que nous écrivions concernant ce champ d'étude ou de recherche qui porte sur l'information génétique:

Nous sommes, à plusieurs égards, en présence d'un système d'informations puisque les données révélées par le matériel génétique doivent être traitées à la lumière de données de

sources et de nature diverses, par des intervenants qui en tireront un contenu informationnel selon leurs besoins et pour des finalités différentes et différenciées. *La logistique complexe, nécessaire et indispensable au processus d'information* est tout à fait présente ici; il s'agit d'un ensemble dynamiquement interdépendant de méthodes et de moyens destinés à l'acquisition, la mémorisation, la communication et au traitement des informations³. Il existe une interaction entre données elles-mêmes et entre données et objectifs ou finalités qui est susceptible d'influencer les processus décisionnels dans des domaines fort variés et d'avoir des effets considérables sur la vie des gens.⁴

La typologie de l'information génétique, proposée dans le cadre d'un travail sur la confidentialité de cette information⁵ et reproduite ici sous forme de tableau, nous justifie d'exclure du débat d'aujourd'hui une partie de cette information.

Tableau IV

Typologie de l'information «génétique»							
Catégorie selon la nature de l'information	Type selon le mode d'obtention de l'information			Sous-types selon les finalités d'utilisation			
Le séquençage génétique de l'ADN (non codant)	empreintes génétiques			«information nominatrice» ou propre à l'identité	«information apparitrice» ou relative à la criminalistique	«information apparentrice» ou relative à l'identité à la parentèle	
Les mutations génétiques acquises	information phénotypique	information génotypique	information factorielle	information clinique		information environnementale	
Le patrimoine génétique héréditaire	information phénotypique	information génotypique	information généalogique	information relative à l'hérédité	information épidémiologique	information clinique	information prédictive

Légende : De par sa nature, l'information génétique peut se diviser en trois grandes catégories et se subdiviser par la suite en différents types selon les modes d'obtention de l'information et en sous-types selon leurs finalités premières.

Elle permet, en classifiant l'information selon le système des finalités, fondées sur trois champs d'intérêt particuliers auxquelles elles se rattachent, d'ignorer dans la problématique qui nous concerne l'information génétique propre à deux de ces champs puisqu'elle est peu susceptible d'interagir dans l'émergence d'un phénomène social

³ *id.*, p.6.

⁴ DEMERS, D., *L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne*, dans CÔTÉ R. ET R. LAPERRIÈRE (dir.) *Vie privée sous surveillance: La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 1994

⁵ P. MACKAY, D. DEMERS et N. GIRARD, *La problématique de l'accessibilité et de la protection des données génétiques dans les fichiers génétiques en droit canadien et québécois* dans B.M. KNOPPERS, L. CADIET et C.M. LABERGE (dir.), *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation*, Paris, Litec, 1992, 101; DEMERS, D., précité note 4

discriminatoire; ce sont les informations relatives au **séquençage de l'ADN** non codant (empreintes génétiques) et aux **mutations génétiques acquises**. Dans ces deux catégories, les données en causes sont purement individuelles; elles permettent de révéler soit l'identité de la personne sans associations phénotypiques ou encore l'effet des facteurs exogènes, provenant du milieu de travail, de l'environnement ou d'un traitement médical, sur les gènes de la personne impliquée.

La troisième catégorie intéresse l'épidémiologie génétique et la génétique des populations; nous l'avons nommée **patrimoine génétique héréditaire**. Elle constitue une catégorie complexe du point de vue interactions et interrelations puisqu'elle comprend toutes les données, individuelles ou familiales, permettant d'établir des liens entre gène(s) et maladie(s), anomalie(s), malformations, prédisposition et susceptibilité. Ces données de nature et de provenance diverses peuvent être regroupées sous trois types principaux d'information soit **l'information phénotypique**⁶, **l'information génotypique** et **l'information généalogique**; cette dernière source de données permet d'établir les probabilités et les modes de transmission⁸.

Tableau V

Le patrimoine génétique héréditaire	les sources de données informationnelles	
	information phénotypique	l'ensemble des données médicales traditionnelles
	information génotypique	le résultat de l'analyse du matériel génétique à l'égard du locus, du gène ou du chromosome impliqué
	information généalogique	l'ensemble des données se rapportant à la parentèle

⁶ Ce sont notamment les résultats des analyses bio-physico-chimiques et les observations cliniques caractéristiques d'une pathologie ou d'une anomalie. Elles résultent de l'intervention médicale auprès de la personne concernée.

⁷ Elle est le résultat de l'analyse du matériel génétique proprement dit.

⁸ Elle provient donc de la communication directe ou indirecte d'informations par des tiers.

Retenons aux fins de notre étude, premièrement, que c'est en associant le premier et le troisième type d'informations que les chercheurs vont sélectionner leurs sujets de recherche et, deuxièmement, que la diffusion de l'information génétique repose sur une analyse préalable qui associe les trois types d'informations.

La catégorie du **patrimoine génétique héréditaire** se subdivise, par ailleurs, en quatre sous-types en fonction des finalités de l'information produite; ces finalités se rattachent pour l'essentiel à la diffusion de l'information, tant dans le cadre de rapports de recherche individualisé que collectif. Il en est ainsi dans la mesure où la raison d'être de la recherche est d'ajouter aux connaissances des intervenants en santé, qu'ils soient conseiller génétique ou médecin, ainsi qu'aux connaissances des chercheurs et, même à la limite, des utilisateurs de l'information.

Tableau VI

Le patrimoine génétique héréditaire	les finalités d'utilisation	
	information relative à l'hérédité	l'information propre au conseil génétique en matière de reproduction humaine
	information épidémiologique	- les données de dépistages nécessaires aux programmes de santé publique - les données statistiques pertinentes aux populations observées (génétique des populations) - l'ensemble des données personnelles et généalogiques utiles à l'identification étiologique des maladies héréditaires ou mutations malformatives; (épidémiologie génétique)
	information clinique	l'ensemble des informations fondamentales au diagnostic, au suivi et au traitement des pathologies
	information prédictive	le résultat du traitement de l'ensemble des données relatives aux prédispositions ou susceptibilités à certaines maladies en regard de l'identification d'un gène,

À ce chapitre, le premier sous-type est l'**information relative à l'hérédité** dont le traitement ou la communication se situe essentiellement dans un rapport professionnel-client, personnalisé et individualisé; au même titre, l'**information clinique** (troisième sous-type) appartient à l'intervention médicale proprement dite et s'inscrit dans un rapport généralement privé entre une personne et son médecin. L'**information épidémiologique**

constitue le deuxième sous-type de finalités; elle s'inscrit dans une démarche évolutive du développement des connaissances par cumul d'informations et, pour ce qui est de la diffusion, dans le rapport de la communication scientifique disciplinaire ou publique.

Enfin, l'**information prédictive** constitue une classe à part en ce qui concerne la communication; elle est susceptible d'intéresser tant le *propositus* et sa parentèle qu'un éventail très large d'intervenants qui n'appartiennent pas ou ne sont pas nécessairement reliés au domaine de la santé⁹; de ce fait, la diffusion appartient aux rapports de communication tant publique que privée.

Par ailleurs, les deux sous-types de finalités relevant traditionnellement de l'intervention ou du conseil médical individuel ou privé n'auront normalement que peu d'impact dans la production d'un effet discriminatoire; cependant, ils sont tout de même susceptibles de participer à l'émergence de la dimension perceptuelle¹⁰ de la discrimination et, en ce sens, ils constituent des maillons importants dans le réseau du système d'informations relevant du **patrimoine génétique héréditaire**.

Nous n'avons discuté jusqu'à maintenant que de l'objet de recherche, c'est-à-dire du produit autour duquel sont réunis les participants et les intervenants ou en d'autres termes

⁹ COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992, pp.76-79.

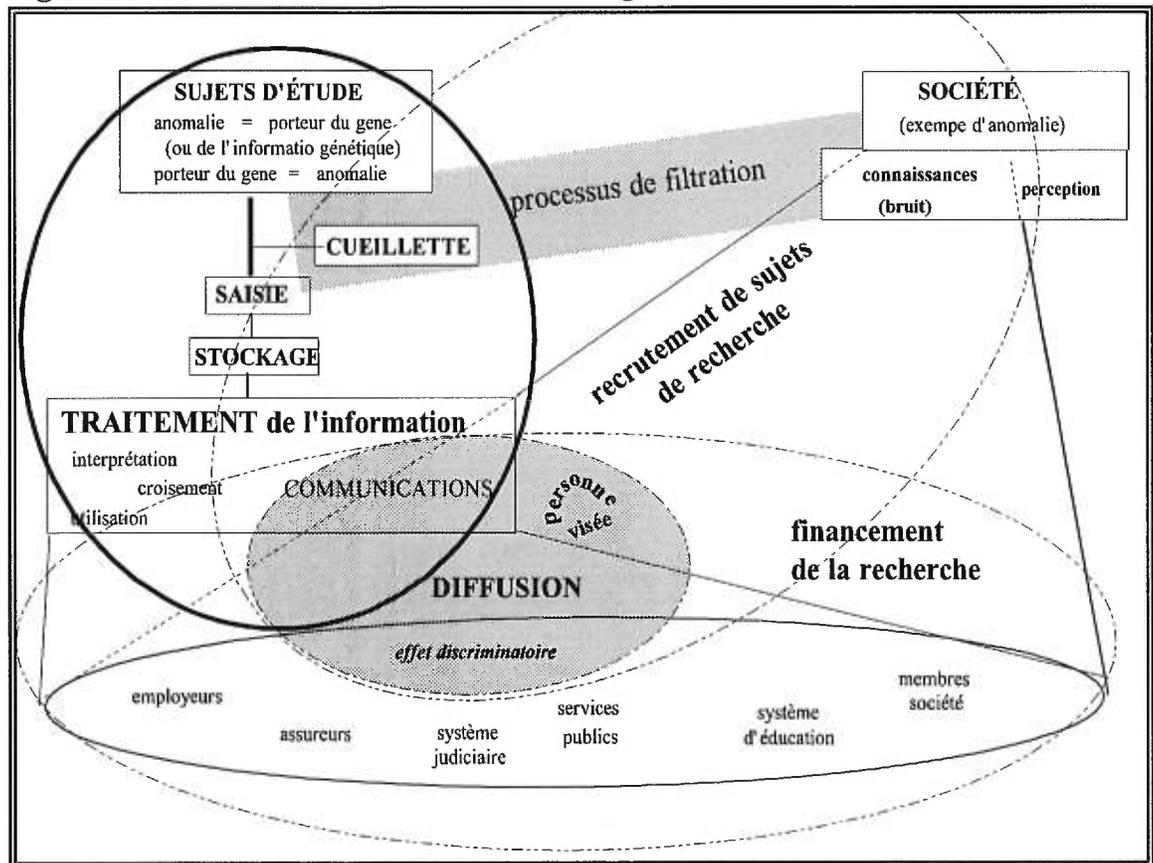
¹⁰ DEMERS, D. *La discrimination systémique - variation sur un concept unique*, Revue canadienne de droit et société, 1993 vol 8 N° 2, 83, p. 91. La dimension perceptuelle de la discrimination repose " sur des réalités ou vérités culturelles, ou encore sur des points de vue, des croyances, des représentations ou des imaginaires sociaux. Cette dimension comporte également deux aspects importants, le premier réfère au **fondement des perceptions**; la méconnaissance, l'ignorance de la réalité ou l'absence de données suffisantes est remplacée par la présomption de différence par rapport à la «norme»; cette présomption se traduit généralement négativement pour les personnes visées, on présume leur incapacité, leur inaptitude, leur déficience. Le deuxième aspect concerne l'**effet des perceptions** qui est de deux ordres, d'une part, le rejet par les membres de la société du pluralisme des valeurs ou le refus de la diversité à l'égard des personnes visées; ceci découle de la substitution de la caractéristique à la personne; d'autre part, cet aspect inclut le renforcement de l'effet bloquant (*chilling effect*) et du repli sur soi (*internalization*) pour les personnes visées. "

les sujets de recherche et les chercheurs et utilisateurs de l'information. Nous proposons maintenant d'examiner la nature des interactions reliant l'objet, le sujet de recherche et les intervenants à travers le modèle du système d'informations que constitue l'épidémiologie génétique.

2.1.2 «La cueillette d'une information marginalisante»

Le schéma qui suit illustre la dynamique de ce système et ses rapports avec le monde non scientifique.

Figure 19 Centre de recherche en GÉNÉTIQUE



L'hypothèse que nous posons est à l'effet que les centres de recherche en épidémiologie génétique concourent aux phénomènes discriminatoires touchant les sujets

de recherche. Les deux étapes les plus susceptibles d'interagir dans la production éventuelle d'effets discriminatoires sont celle du processus de cueillette de données et celle de la diffusion de l'information. Dans le premier cas, le phénomène résulte de l'application de ce que l'on peut appeler les filtres de connaissances ou de représentations dans la procédure de sélection des sujets de recherche.

A) le processus de filtration selon les connaissances

La démarche scientifique intégrée dans le processus de cueillette de données repose sur une sélection des sujets à partir de la connaissance d'un certain nombre d'informations phénotypiques et familiales qui forment la trame de fond du filtre des connaissances scientifiques.

Les objectifs premiers de la recherche visent la reconnaissance étiologique et les incidences/prévalences des maladies, des malformations et des anomalies par la cueillette et l'analyse d'une grande quantité de données à caractère médical (phénotypique), scientifique (génomique), individuel (nominatrice) ou familial (apparentrice ou généalogique). Ce sont ces objectifs qui conduisent les chercheurs dans une démarche sélective des sujets d'étude dans le but de «valider les hypothèses d'homogénéité génique»¹¹.

Dans cette visée particulière, l'étude ne porte initialement que sur les membres d'une famille où la maladie a été décelée afin de localiser un gène commun et distinct du génotype de base qui soit susceptible d'avoir une incidence étiologique sur cette maladie. Deux raisons principales motivent cette façon de faire; d'une part, cette approche est

¹¹ C.M. LABERGE et B.M. KNOPPERS, *Réflexion sur les enjeux scientifiques et normatifs des registres/fichiers comme instruments d'épidémiologie génétique*, dans C.M. LABERGE et B.M. KNOPPERS (éd.), *Registres et fichiers génétiques: enjeux scientifiques et normatifs*, 1991, A.C.F.A.S. Les cahiers scientifiques # 77, p.145.

scientifiquement justifiée parce qu'en définitive elle est la seule susceptible de fournir des réponses validement acceptables sur le caractère héréditaire d'une maladie; d'autre part, elle est également justifiée par le fait qu'il serait économiquement impossible, et ce malgré l'évolution phénoménale des progrès techniques, de pratiquer une investigation aveugle sur une population indéterminée dans la recherche d'une corrélation statistique éventuelle entre gène et maladie.

Par ailleurs, depuis l'avènement de la biologie moléculaire, les études en épidémiologie génétique se sont étendues et portent sur la localisation, l'identification et la fonction de gènes ou de loci impliqués non seulement dans des maladies monogéniques mais également dans les maladies multigéniques et multifactorielles. L'épidémiologie génétique s'intéresse en outre aux rapports entre les maladies et les facteurs d'influence intervenant dans leur fréquence, leur distribution et leur évolution.

La finalité de l'épidémiologie génétique n'est «pas seulement la mesure des incidences et prévalences, mais surtout la mise en place des études permettant de mesurer les facteurs de pronostic des différentes maladies héréditaires qui affectent *toute* une population plus ou moins sédentaire.»¹²

Malgré l'essor considérable des connaissances dû à la biologie moléculaire, la démarche épidémiologique demeure essentiellement la même en termes de sélection ou d'échantillonnage des sujets d'étude, de cueillette et de gestion des données scientifiques; c'est plutôt le modèle génétique qui est de plus en plus complexe et l'interprétation des résultats d'autant plus précaire, du fait de cette complexité.

Nous postulons qu'une conséquence indirecte résulte de cette complexité en interaction avec l'approche épidémiologique; la démarche d'application du filtre des

¹² C. Laberge, note 11, p. 150.

connaissances scientifiques qui consiste, en quelque sorte, à «désigne(r) du doigt¹³» un groupe de personnes auxquelles on associe une maladie héréditaire, ouvre la porte à une *pseudo-classification* des populations humaines ou catégorisation selon la caractéristique de la *maladie*, de l'*anomalie*, de l'*anormalité*. Cet effet découle également d'une interaction avec le filtre des représentations de la société qui repose "sur le concept empirique du sens commun, qui est un concept de classification (substance, attribut) et qui n'a rien à voir avec le concept rationnel (et relationnel) scientifique"¹⁴. Fait à noter, le tout est directement relié au processus de diffusion de l'information au stade du recrutement des sujets de recherche et à la communication scientifique publique des résultats comme nous le verrons plus loin.

B) le processus de filtration selon la représentation

C'est dans la recherche des rapports entre «maladie» (phénotype ou expression du gène) et génotype (révélation du gène), qu'est susceptible de se créer l'association entre «anomalie», «maladie» ou «handicap» et, par voie de conséquences, la perception dommageable à l'égard des individus concernés. Il se crée à travers la démarche épidémiologique de gestion de l'information génétique un effet d'assimilation entre «intérêt des chercheurs» et «maladie génétique» et entre «maladie génétique» et «handicap» et, d'autre part pour les utilisateurs, une association analogique entre «sujet d'étude» et «personne handicapée». La sélection des sujets d'étude provoque notamment une focalisation sur les membres d'une famille, d'une parentèle, qui sont alors caractérisés par cette maladie, qu'ils en soient atteints ou non.

¹³ FEINGOLD, J., *Communication 3, Table ronde: Problèmes de droit et d'éthique dans* BOUCHARD G. (dir.) *De la dynamique de la population à l'épidémiologie génétique*, Chicoutimi, SOREP, 1987.

¹⁴ SCHIELE, B. et G., LAROCQUE, *Le message vulgarisateur*, (1981) *Communication #33* p.173.

Il s'agit d'un effet de substitution de filtre; on passe du filtre des connaissances scientifiques au filtre des représentations publiques. Dans le premier cas, on peut dire que la sélection s'opère à partir d'un ensemble de faits connus ou reconnus scientifiquement, de données phénotypiques ou de données cliniques avérées; seule l'existence de ces faits justifie le chercheur dans sa démarche; en d'autres mots, le chercheur n'agit que dans la mesure de ses connaissances et des hypothèses relationnelles qui en découlent.

Dans le second cas, on assiste à une interprétation du processus de sélection par le public. Celui-ci, ne possédant comme fait connu que l'objet de la recherche, c'est-à-dire l'identification d'un gène associé à une maladie donnée, classe les personnes en deux catégories selon qu'elles sont sujets de recherche ou non. En vertu de l'application de ce filtre de représentation, les sujets de recherche seront quasi automatiquement associés à la présence du gène déterminant pour telle ou telle condition.

Ainsi, dans la mesure où il est scientifiquement nécessaire de procéder à une sélection des sujets de recherche lors de la cueillette des données, il est vraisemblable qu'ils soient victimes d'effets discriminatoires du seul fait de leur participation à l'identification génétique dans le cadre d'un programme de dépistage relié à l'une ou l'autre des maladies ou anomalies sous étude. Cet effet constitue une conséquence directe de la permutation des filtres (de celui des connaissances scientifiques à celui des représentations) à cette première étape de la production de l'information génétique. En d'autres mots, le processus de sélection de ces personnes est directement relié à la diffusion, par les chercheurs, de l'information scientifique dans le grand public, c'est-à-dire à la communication scientifique publique des connaissances nécessaires à la mise à jour des représentations ou des préconstruits socio-culturels.

Sous-section 2.2 L'épidémiologie génétique: un système d'informations génétiques

En somme, il est possible de dire que les interactions et les interrelations participatives dans l'émergence du phénomène discriminatoire sont présentes dans les processeurs d'informations que gèrent les centres d'épidémiologie génétique notamment lors du processus de sélection des sujets d'étude au stade de la cueillette des données. De plus, ils sont directement reliés à la diffusion de l'information découlant des résultats de recherche et plus particulièrement à la communication publique de cette information.

Fait à noter, le traitement ou la communication de l'information se distingue de la réalité sous-jacente, c'est-à-dire de l'étude scientifique des données. Ce sont plutôt les finalités et les objectifs des intervenants, qui interagissent au moment de la communication scientifique publique, qui nous préoccupent face aux effets discriminatoires découlant de l'utilisation des connaissances génétiques au sein des populations et/ou des isolats. Il existe un certain nombre d'études¹⁵ qui démontrent que l'information génétique peut conduire à des situations de distinction, d'exclusion ou de préférence à l'égard des personnes visées, et ce, dans des domaines variés tels l'emploi, l'assurance, l'éducation ou encore les services publics. Ces effets discriminatoires n'ont souvent rien à voir avec l'interprétation scientifique individualisée du test génétique mais se réfèrent plutôt au fait d'appartenir à une classification déterminée ainsi qu'à un groupe investigué, que ce soit la famille, la parentèle ou l'isolat; ils se fondent également sur

¹⁵ HUBBARD, R. et E. WALD, *Exploding the Gene Myth*, Boston, Beacon Press, 1993; BILLINGS, P.R., *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, Am. J. Human Genetics, 50 (1992) 476; BILLINGS P.R., *Genetic Discrimination: An Ongoing Survey*, Genewatch, 1991, v. 6, nos 4-5, 7; McEWEN J.E., K. McCARTY et P.R. REILLY, *A Survey of Medical Directors of Life Insurance Companies Concerning Use of Genetic Information*, (1993) 53 Am. J. Hum. Gen. 33; BAIRD P.A., *Opportunity and Danger: Medical, Ethical and Social*, dans B.M. KNOPPERS et C.M. LABERGE (éd), *Genetic Screening: From Newborns to DNA Typing*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1990, p. 282; GOSTIN L.O., *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic Tests by Employers and Insurers*, (1991) 109; TANCREDI N., *Classify and Control: Genetic Information in the Schools*, (1991) 27 Am. J. L. & Med. 15; DRAPER E., *Risky Business*, New York, Cambridge University Press, 1991; GUAY H., B.M. KNOPPERS et I. PANISSET, *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi*, (1992) 52 R. du B. 185; GUAY H. et B.M. KNOPPERS, *Information génétique : qualification et communication en droit québécois*, (1990) 21 R.G.D. 545.

la «caractéristique», c'est-à-dire à la présence d'un gène perçu unique et homogène dans son expression phénotypique pour tous les individus de ce groupe¹⁶, leur conférant, en quelque sorte, un handicap par rapport aux autres membres de la société qui, eux, ne révèlent pas la présence de ce gène. Nous postulons qu'il s'agit là d'un effet discriminatoire prohibé par les chartes des droits de la personne résultant notamment des centres de recherche en épidémiologie génétique et plus particulièrement des interventions des chercheurs au stade de la diffusion de l'information.

2.2.1 Le traitement d'une information «scientifique»

Dans l'état actuel des choses, l'une des caractéristiques particulières de l'information génétique est que son contenu informationnel demeure limité ponctuellement à l'objet spécifique de la recherche en cours; ainsi et contrairement au matériel génétique qui interagit dans la totalité et la globalité de la personne lui conférant un ensemble d'attributs, de particularités, de traits qui lui sont propres, l'information génétique (résultat de recherche) ne traite généralement que d'un aspect de l'état de cette personne.

Il importe, de plus, de rappeler que le principe même d'une recherche épidémiologique repose sur le procédé des études empiriques dans la détermination des fréquences, de la distribution ou de l'évolution des facteurs pertinents à l'objet de recherche afin d'élaborer, de confirmer ou d'infirmier des hypothèses relationnelles entre des éléments déterminés. La démarche suppose une cueillette importante de données classifiées initialement pour des fins de commodités analytiques et fonctionnelles; ces classifications sont donc appelées à changer au fur et à mesure du cumul de données mais

¹⁶

C'est le cas notamment dans la décision *Audet c. L'Industrielle-Alliance, compagnie d'assurances sur la vie*, [1990] R.R.A. 500. Face à un assuré, porteur du gène de la maladie de Steinert, diagnostiquée à l'âge de 12 ans, sans que pour autant il n'ait été, d'aucune façon, limité ou affecté dans sa vie courante ou ses activités quotidiennes jusqu'à son décès accidentel à l'âge de 27 ans, la compagnie d'assurance affirme que, si elle avait connu ce diagnostic, elle n'aurait jamais émis la police puisque telle est sa politique et ce nonobstant le niveau ou le degré d'atteinte; elle réclame en conséquences et obtient l'annulation de la police pour défaut de divulgation d'une information essentielle.

également suivant les rapports établis entre elles et selon les résultats des observations de confirmation/infirmation ou de validation des hypothèses. L'information qui en résulte est, en substance, évolutive et ne saurait constituer autre chose que le résultat actuel de l'analyse des données, aussi soignée et précise soit-elle.

L'épidémiologie génétique s'intéresse, quant à elle, à un champ précis de données soit celles relatives à l'information génétique; dans ce champ précis, les chercheurs tentent de démontrer les relations entre le matériel génétique ou plus spécifiquement un ou des gène(s) et la présence ou le déclenchement d'un état de santé particulier. En d'autres termes, ils effectuent la cueillette et le croisement de données afin d'identifier le(s) gène(s) associé(s) à une anomalie, pathologique ou non.

Bien que le temps nécessaire à de telles études ait été considérablement réduit par l'évolution remarquable des moyens tant techniques qu'informatiques, il n'en demeure pas moins que le déroulement de la recherche comporte toujours des étapes pendant lesquelles l'état des connaissances est hypothétique ou fragmentaire et, somme toute, en constante évolution¹⁷. Le rôle de la diffusion de l'information dans un tel contexte est particulièrement complexe.

A) les étapes de diffusion de l'information

A ce chapitre, nous limiterons la discussion aux trois temps principaux de l'organisation du système d'informations, soit la diffusion nécessaire à la cueillette des données, la diffusion ou le partage de l'information en cours de traitement et la communication scientifique disciplinaire ou publique.

¹⁷ **ANDREWS, L.B., FULLARTON, J.E., HOLTZMAN, N.A., MOTULSKY, A.G.,(Ed.)** *Assessing Genetic Risks: Implications for Health and Social Policy*, Washington, National Academy Press, 1994, p. 127 et ss.

- La cueillette des données

À l'étape de la cueillette des données, la diffusion de l'information vise un objectif majeur de recherche soit le recrutement des sujets de recherche aux fins des études épidémiologiques. La diffusion peut se faire en s'adressant aux professionnels de la santé, à leur clientèle spécifique, individus ou regroupements, ou au grand public. Au coeur de cette information, on peut identifier un but premier qui est celui de proposer une nouvelle approche diagnostique, un «nouveau système de référence» fondé sur l'information génétique moléculaire et structurale, indépendante de l'expression clinique¹⁸, pour déterminer l'état sanitaire actuel ou potentiel de la personne. L'information diffusée vise à convaincre de la supériorité de ce nouveau schème de référence, compte tenu de la spécificité et de l'objectivité des résultats par opposition à la démarche fondée sur l'interprétation de la phénotypie clinique et biochimique.

Paradoxalement, à ce stade de la recherche, l'information n'est que promesse de résultats éventuels puisque, pour découvrir l'information génétique pertinente, il faut d'abord identifier les sujets intéressants et, pour ce faire, il faut sélectionner et recueillir les données en fonction des résultats de la phénotypie clinique et biochimique traditionnelle. Il s'agit donc pour le chercheur de repérer sa clientèle-cible et de proposer un message convaincant pour atteindre son objectif de recrutement. Dans la mesure où l'objectif et la clientèle sont relativement circonscrits, c'est-à-dire lorsque la recherche ne vise qu'une maladie précise et rare, le message ne s'adresse qu'à un petit groupe de personnes et sa diffusion demeure limitée, favorisant la discussion et l'appropriation de son contenu par les intervenants professionnels et les participants éventuels à la recherche; on peut penser alors que les effets discriminatoires seront davantage sous contrôle, en autant bien sûr qu'il y ait discussion et remise en perspective du message.

¹⁸ **LABERGE, C.M.**, *L'information génétique: aspects scientifiques et médicaux*, dans B.M. KNOPPERS, L. CADIET et C.M. LABERGE (dir.), La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Paris, Litec, 1992, p.11-12.

Un problème se pose lorsque le message vise toujours à convaincre de la supériorité de la nouvelle approche en terme de diagnostic immédiat ou préventif alors que la clientèle visée ou le groupe de participants s'élargit. C'est le cas notamment lorsqu'on propose d'investiguer non plus une famille mais un isolat ou la population d'un territoire donné dans le but de recruter le plus grand nombre possible de sujets de recherche. Le cadre de recrutement ne permet plus, ou si peu, de discuter de la teneur réelle du message et de ses limites. Il ne permet pas non plus de sensibiliser, tant les personnes qui décident de participer que celles qui ne font qu'observer, au fait que l'étude ne vise pas à "tester la positivité" de ces participants; qu'elle cherche plutôt à cumuler des données pour confirmer ou infirmer des hypothèses relatives à l'association d'un ou plusieurs gènes avec une anomalie donnée; ou encore que l'étude tend à déterminer la fréquence, la distribution ou l'évolution génétique qui s'y rattache dans le cadre de cette population nécessairement diversifiée.

L'objectif sous-jacent du discours, c'est-à-dire celui qui vise à convaincre de la force probante de l'information de nature structurale, appelle un commentaire. D'abord, la teneur du discours résulte d'une conviction profonde pour les chercheurs de cette information à l'effet qu'il s'agit d'un "état de fait" scientifique; à ce titre, l'objectif colore nécessairement le message diffusé, souvent au-delà de l'état de conscience de ce phénomène par le diffuseur. Il faut noter également qu'il affaiblit le rapport entre les chercheurs et les professionnels de la santé qui normalement interviennent comme répondants et interprètes des informations de santé. Cet objectif transcende la diffusion de l'information et contribue à notre avis, au stade du recrutement élargi, à créer des attentes, d'une part, et à favoriser l'émergence d'effets socialement discriminatoires, d'autre part, par la substitution d'un message incorporant la notion d'objectivité et de

niveau de certitude scientifique, au discours mesuré, nuancé et surtout individualisé des professionnels de la santé¹⁹.

A ce stade, on peut penser que l'interaction entre la diffusion d'information et l'émergence d'effets discriminatoires est une résultante indirecte du mode de recrutement et s'avère inversement proportionnelle à l'implication des professionnels de la santé dans l'interprétation de l'information et de ses limites. Par ailleurs, en ce qui concerne les tiers, c'est-à-dire les observateurs et vraisemblablement les utilisateurs éventuels, la diffusion intervient au niveau du filtre des représentations; plus le message sous-jacent sera fort, plus grand sera le niveau de confiance dans la quasi certitude des résultats de relation déterministe du gène en regard de l'anomalie et moins la phénotypie clinique et biochimique sera considérée, étant perçue comme secondaire et non indispensable au diagnostic de même qu'à l'évaluation de l'état de santé réel de la personne.

- Le traitement des données

La diffusion ou le partage de l'information en cours de traitement des résultats de recherche répond à une toute autre logique; elle met principalement en présence les chercheurs ou les producteurs, d'un centre de recherche à un autre, d'un milieu scientifique à un autre. Elle vise plus particulièrement le partage de données, d'informations, dans le but d'ajouter au corpus sur lequel porte l'analyse, le contrôle des variables, la vérification des hypothèses relationnelles entre gène et anomalie. Le cadre dans lequel s'opère la diffusion de l'information est nettement restreint pour ne pas dire fermé; les échanges se font entre scientifiques qui partagent un même filtre de connaissances, qui travaillent déjà sur le même champ de recherche ou dans des champs connexes et donc sans nécessité de véhiculer la valeur ou l'importance du nouveau

¹⁹

SKROTZK, Y N. *Science et communication - L'homme multidimensionnel*, Paris, Belfond Sciences, 1989 p. 70-73

système de référence. Dans ce cadre, l'information constitue une clé d'accès à de nouvelles connaissances et non une fin en soi. Idéalement à cette étape de la production de l'information, la diffusion ne saurait être limitée et devrait au contraire être favorisée puisque cela pourrait permettre d'accélérer les processus d'analyse pour confirmer ou infirmer les hypothèses relationnelles entre gène et état pathologique.²⁰

- La communication scientifique

En fin de parcours dans la production de l'information génétique, on retrouve l'étape de communication scientifique de cette information. Il s'agit d'une étape cruciale puisqu'elle vise la diffusion des résultats de recherche. L'information sera communiquée selon trois forums possibles: la communication privée au demandeur ou requérant, la communication scientifique disciplinaire et la communication scientifique publique. D'un point de vue épidémiologique, la communication est généralement disciplinaire ou publique puisque ce type même de recherche ne répond habituellement pas au traitement individualisé ou particularisé de l'information; cependant en épidémiologie génétique, on est confronté à la nature propre de l'information qui, pour être significative, exige le croisement de données individuelles et personnelles; cette situation particulière pose donc la possibilité d'une communication privée ou diffusion de l'information au requérant.

Cette communication au requérant peut constituer la cause immédiate d'un effet discriminatoire dans la mesure où le requérant serait un utilisateur et que l'utilisation serait reliée à un processus de sélection ou de classification de la personne-sujet de

²⁰

Clore ainsi cette partie de l'exposé serait ignorer la réalité de la compétitivité qui pose un frein même à la diffusion disciplinaire des données ou de l'information primaire; à titre d'exemple, qu'il nous suffise de mentionner ici les débats entourant les tentatives de mise sous brevet de l'identification de "nouvelles" brides du génome humain qui lorsque rapportés dans le grand public influencent certainement les représentations ou les imaginaires sociaux. Cependant, sans études publiées à ce sujet, il ne nous est pas possible d'en mesurer l'importance et donc d'en traiter sensément.

recherche²¹; cependant nous ne souhaitons pas discuter ici des effets discriminatoires comme tels mais plutôt de leurs sources et de leurs modes d'émergence; plus particulièrement, nous voulons illustrer l'apport systémique de l'épidémiologie génétique dans la production de ces effets. A ce sujet, il nous apparaît que l'effet discriminatoire, engendré par l'utilisation de l'information dans le cadre de cette diffusion privée, relève des perceptions ou des représentations découlant de la communication scientifique.

Tel que mentionné plus haut, la communication scientifique s'adresse à deux types de forums distincts, soit le forum disciplinaire ou le forum grand public, qui conditionneront tant la teneur ou la substance que le langage et le ton du discours. On peut identifier trois catégories d'intervenants qui sont susceptibles d'agir dans cette activité: les scientifiques et les institutions auxquelles ils se rattachent, le public caractérisé par une très large diversité en termes de connaissance et d'intérêt et les médiateurs dont la tâche d'interprétation ou d'adaptation du message scientifique constitue un paramètre non négligeable dans l'émergence des effets discriminatoires. Cependant, c'est davantage le rôle des chercheurs dans cette communication qui nous intéresse et auquel nous allons limiter la discussion.

B) le rôle des chercheurs dans la communication scientifique

En matière de communication scientifique, on peut dire que le chercheur se fait porte-parole de son projet de recherche; il utilise les divers moyens mis à sa disposition pour faire parler l'objet de recherche. Son rôle n'est pas et ne peut être neutre en termes d'objectifs de communication; il va de soi pour le chercheur que son projet "*est supposé, admis, reconnu et non contesté, qu'il va dans le sens des «intérêts - bien - compris» de chacun d'entre eux [protagonistes - financiers - commanditaire - personne-sujet -*

²¹ ANDREWS, L.B., précité note 17.

utilisateurs - communauté scientifique et population”²². Par ailleurs, il importe de retenir également que le *fait "scientifique*, objet de la communication, - *défini ici comme un énoncé contestable, largement diffusé et que personne ne conteste plus - ne résulte pas d'une évidence naturelle, d'une observation naïve.*”²³

En fait, c'est le produit du travail du chercheur qui, dans son rôle de porte-parole, ne peut que véhiculer la force probante de cet objet en y mettant la forme nécessaire pour atteindre ce but. Selon le public auquel il s'adresse, il abordera la complexité de l'objet dans sa plénitude ou en la simplifiant de telle sorte que la transformation demeure fidèle aux éléments de départ afin que l'un ou l'autre public puisse interagir dans la mesure de ses capacités ou de ses intérêts. Cependant, encore ici, il faut noter que l'intervention se situe dans le cadre défini par le chercheur, c'est-à-dire qu'il est le présentateur de l'objet aux fins des discussions, qu'il en contrôle les paramètres et en détermine les objectifs. En somme le chercheur, qu'il en soit conscient ou non, demeure le maître d'oeuvre de la communication scientifique et ce sont les finalités qu'il poursuit qui détermineront le lieu privilégié pour sa communication de même que le contenu et la forme qu'elle prendra.

On peut, par ailleurs, identifier un certain nombre de caractéristiques incitatives pour le chercheur dans le choix du forum, selon ses objectifs ou finalités générales. Ainsi le cadre de la communication disciplinaire favorisant le partage des données et la diffusion des résultats à des stades variés dans la production de recherche permet des échanges critiques tant sur les aspects techniques que sur la validité des hypothèses et des résultats. Cette communication remplit également un autre objectif soit celui des exigences de publication qui sont posées par les organismes de financement ou centres de recherche

²² CALLON, M., *La science et ses réseaux*, Paris, Éditions La Découverte, Conseil de l'Europe/Unesco, 1989. p. 81

²³ *idem*, p. 9

qui peuvent, à travers les commentaires et l'intérêt des pairs, apprécier la pertinence, la qualité et la valeur des travaux et de l'équipe de recherche²⁴.

A l'instar de P. Fayard nous pensons que

Du renom de leurs travaux, de leurs membres et de leurs productions dépend leur avenir et en partie leur financement. Leur présence dans le champ de la communication scientifique publique (...) sera souvent déterminante pour elle [les équipes]. Les enjeux et les coûts de fonctionnement des grands centres publics de recherche les incitent à s'assurer de plus en plus une visibilité médiatique.²⁵

Le dénominateur commun de la composition de ce forum est la formation scientifique de ses membres; cette formation est garante du partage d'un même langage spécialisé, en marge du vocabulaire commun dont il s'inspire, mais pour lequel le sens des termes est spécifique, généralement adopté par consensus, et qui n'a pas besoin d'être explicité tant et aussi longtemps que l'on ne propose pas d'y apporter de modification.

Ceci est d'autant plus important, en matière de génétique, que l'on retrouve dans la terminologie générale des expressions qui connaissent une portée totalement différente selon que la personne qui les utilise appartient au monde scientifique / médical ou à la population générale. À titre d'exemple, on peut penser aux expressions mutant-mutation ou encore anormal-anormalité; dans le cas des scientifiques, il s'agit de termes exprimant l'écart dans les résultats obtenus ou des distinctions spécifiques entre les sujets de recherche alors que dans la population, lorsqu'on les rattache à une personne, elles ont une connotation de difformité, malformation ou, encore pire, de monstruosité.

²⁴ **FAYARD, P.** *La communication scientifique publique - De la vulgarisation à la médiatisation*, Lyon, Chronique sociale, 1988, chapitre 1.

²⁵ *id.*, p. 14

Le partage d'un même langage permet d'exposer les "*concepts mis en oeuvre et codifiés à l'intérieur des théories*²⁶" et de passer outre aux explications sémantiques pour pouvoir concentrer l'attention sur la rigueur de la recherche; dans ce cadre, le chercheur présentera les limites de l'étude, nuancera ses propos à la lumière de l'hypothèse et des variables analysées; bref il traitera de la complexité de la recherche avec ses pairs. Ceux-ci pourront vérifier, reproduire, discuter, critiquer ou mettre en oeuvre les propositions soumises.

La communication publique répond à une dynamique totalement différente; il ne s'agit plus d'un dialogue de pairs mais d'une communication unidirectionnelle et ce particulièrement en regard de l'aspect «complexité» d'une étude scientifique. Le rapport qui s'établit entre le chercheur, dans son rôle de porte-parole, et le public passe par la simplification du contenu et par la mise en forme de l'objet de recherche dans un vocabulaire qui appartient, cette fois, au langage commun; le chercheur doit faire "*émigrer des concepts hors de leur cadre de référence*"²⁷ tout en tentant de ne pas les dénaturer. Dans ce rapport, le vocabulaire utilisé peut poser un problème considérable si le chercheur ne clarifie pas dès le départ le sens d'expressions ou de termes partagés ou communs aux deux langages scientifique et ordinaire. Contrairement à la communication scientifique disciplinaire, il lui faut expliquer les concepts et, encore plus important, faire les distinctions qui s'imposent entre le langage disciplinaire et le langage ordinaire.

La difficulté du chercheur est de simplifier sans réduire, de transformer sans affecter les entités essentielles tout en proposant une présentation suffisamment fidèle et claire pour engager l'intérêt et la discussion. Cette démarche s'inscrit généralement dans des activités de formation, d'éducation générale qui visent plus largement à favoriser le

²⁶ *id.*, p. 14

²⁷ *id.*, p. 17

passage de la science dans l'économie, le social, le politique et le culturel, cependant que le message véhiculé demeure toujours sous le contrôle du chercheur.

Le traitement de l'information est directement relié au message qu'il priorise; contrairement à la communication disciplinaire, le contenu informationnel peut aussi bien couvrir les résultats actuels que potentiels, ou même anticipés si le chercheur-communicateur est à la recherche de financement ou de sujets de recherche, de même qu'il est possible que les limites de l'étude ou des variables analysées ne soient pas communiquées s'il s'avère qu'il s'agit là d'éléments trop complexes ou contraires aux objectifs de la communication.

De plus, ce type de communication se caractérise par l'absence de moyens de vérification de cohérence dans la réception du discours; les concepts sont reçus et perçus par le public, selon ses cadres de références à lui, qui varient presque à l'infini en regard des connaissances scientifiques pertinentes, sous réserve que *"la vérité scientifique, toute relative et acceptée comme telle dans ses sphères de production, se transforme pourtant lorsqu'elle quitte ces espaces, en certitudes incontestables"*²⁸. Cet effet résulte du fait que l'apprentissage des sciences au cours des études primaire et secondaire se fait principalement par la mémorisation de formules ou de principes établis depuis nombre d'années et qui ne laissent aucune place à la discussion ou à la critique de l'étudiant²⁹. La science devient un dogme et l'information scientifique est reçue et intégrée globalement sans que le récepteur n'en questionne les tenants et aboutissants; l'effectivité de transmission du discours, savoir et message inclus, est directement fonction de la compréhension du receveur et de l'attention que le chercheur y porte.

²⁸ *id.*, p. 15

²⁹ ANDREWS, L.B. précité note 17, chap. 5; FAYARD, P., précité note 23, chap.1.

A l'égard de la génétique, certains organismes³⁰ ont déjà reconnu ou même recommandé que l'enseignement en cette matière débute dès le cycle du primaire afin de constituer pour la population une base minimale de savoir opérationnel qui pourrait s'accroître tant au cours de la poursuite des études que par la suite à travers les communications scientifiques publiques.

Cette sensibilité au public-cible doit être éminemment présente dans la préparation d'une communication scientifique publique. Celle-ci constitue l'interface par excellence des relations avec le public et indirectement avec les pouvoirs publics³¹. On lui reconnaît cinq fonctions sociales selon la forme qu'elle prend et les finalités qu'elle vise; ce sont la célébration, la gestion de l'information, l'actualisation des connaissances, l'intégration et l'information.

Dans sa première forme, la communication recherche l'adhésion inconditionnelle de son public-cible; en conséquence, elle expose les prouesses ou les réussites scientifiques ou technologiques, elle ne démontre rien, elle dévoile des résultats et s'adresse à l'émotivité face aux effets que l'on peut en anticiper. "*Informer n'est point l'objet*"³² de ce type de communication qui:

"(...) franchit le fossé (entre les scientifiques et le public) en transformant les sciences en un système de représentations sociales, dont l'ensemble constitue précisément la "réalité" que chacun se construit." ³³

La célébration se caractérise par l'absence de points de vue diversifiés qui, de ce fait, estompe le caractère partisan du message et qui plonge dans l'ombre et dévalorise les autres formes de pratiques du milieu. On peut penser, par exemple, au discours entourant

³⁰ ANDREWS, L.B., précité note 17, pp.52 et 186-187; COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, précité note 9.

³¹ FAYARD, P. précité note 23, p. 98.

³² *id.*, p. 116

³³ ROQUEPLO, P., *Le partage du savoir, Science, culture, vulgarisation*, Paris, Seuil, 1974, p. 126.

le projet du génome humain qui fait miroiter l'apport extraordinaire de ce type d'informations dans la solution de la quasi totalité des maladies³⁴; ce discours, sans discuter les procédés traditionnels de la pratique médicale ni s'y attaquer, laisse entrevoir leur impuissance voire même leur inefficacité.

La gestion de l'information, deuxième fonction de la communication scientifique publique, compose avec un objectif principal qui est également d'emporter l'adhésion mais encore plus de générer des attitudes favorables à l'égard de son objet. Le discours s'articule de telle sorte que le public se forme une opinion sur l'objet, les postulats, sans qu'on les lui explique mais plutôt à partir des critères de valeur qui lui sont proposés, c'est-à-dire, généralement, le bien-fondé de la recherche, les compétences des chercheurs et les bienfaits qu'il est susceptible d'en tirer; on s'abstient de mettre en contexte, de traiter d'autres solutions ou encore d'exposer les limites ou les conséquences défavorables du projet. *"L'appropriation du savoir ne constitue pas un horizon recherché. Il s'agit de générer des attitudes"*³⁵.

Par définition la troisième fonction, appelée l'actualisation des connaissances, s'adresse à un public averti, c'est-à-dire restreint cependant que volontaire et élitiste dans la mesure des connaissances qu'il possède sur le sujet. Dans ce cadre particulier, la communication emprunte à la démarche pédagogique; elle expose les concepts, explique les postulats et précise la terminologie, le tout en utilisant les moyens attrayants de la communication publique médiatisée. Son objectif est d'articuler les informations nouvelles aux acquis antérieurs. C'est cette formule qui serait privilégiée par les organismes qui parlent d'éduquer le public à l'information génétique; les acquis antérieurs proviendraient de l'enseignement de la génétique aux cycles primaire et

³⁴ ANNAS, G. J. et E. SHERMAN, (éd.) *Gene Mapping - Using Law and Ethics as Guides*, New York, Oxford University Press, 1992.

³⁵ *id.*, p. 120

secondaire auxquels viendrait se greffer l'actualisation des connaissances élargissant d'autant le "public averti".

La quatrième fonction de la communication est l'intégration qui consiste à rendre opérationnels les concepts dans le public. L'objectif n'est pas tant le contenu informationnel disciplinaire mais plutôt un contenu globalisant adapté au niveau du public afin "*d'inciter l'arbitrage social à travers la discussion, le débat, l'argumentation contradictoire.*" ³⁶ Cette forme de vulgarisation de sens procède par juxtaposition argumentée et discutée de l'aspect environnemental ou contextuel des connaissances; elle s'adresse à un large public et recherche la diversité des opinions sur le sens et les finalités de l'objet plutôt que la transmission des connaissances.

En dernier lieu, on retrouve la fonction qui a pour finalité première d'informer. L'information vise à fournir les éléments indispensables à la réflexion tout autant qu'à l'augmentation des connaissances; elle "*inclut dans ces énoncés les enjeux et alternatives en présence*"³⁷. Elle intègre, en plus de la mise à jour des connaissances, les questions pertinentes du public et engage les chercheurs dans l'exposé des éléments à prendre en compte pour énoncer une réponse. En fait la communication scientifique publique qui

"(...) viserait effectivement à être information devrait d'abord, de toute évidence, être séparée de tout projet gestionnel économique, politique (...) dont elle ne serait que la caution. Sa finalité devrait être authentiquement didactique." ³⁸

En terminant cette partie, il importe de retenir que les choix des chercheurs en matière de communication scientifique publique sont souvent multiples et préconisent rarement sinon jamais le seul aspect didactique.

³⁶ *id.*, p. 126-127.

³⁷ *id.*, p. 187.

³⁸ ALLEMAND, E., *L'information scientifique à la télévision*, Paris, Édition Anthropos, 1983, p. 187.

2.2.2 les lieux de convergence et les effets discriminatoires

Nous avons précédemment souligné un certain nombre de points marquants propres à la communication scientifique disciplinaire ou publique relativement à l'objectif de notre présentation. Nous avons précisé les lieux d'interaction du système d'informations de l'épidémiologie génétique dans la production d'effets discriminatoires. Cependant il existe également une caractéristique majeure relative à la nature de l'information génétique qui intervient dans le débat d'aujourd'hui, selon qu'elle est perçue comme donnée scientifique ou médicale.

Il importe de comprendre que si le langage utilisé dans la communication scientifique disciplinaire se dissocie du langage commun pour remplir les finalités propres à la sphère de la recherche, il en est de même du résultat de la recherche (l'information génétique) en regard du lieu de son utilisation première (l'information médicale); l'information génétique, aussi importante soit-elle, ne constitue qu'une donnée intégrante de l'information médicale concernant une personne. Cette distinction trop facilement ignorée ou occultée contribue également au phénomène discriminatoire en interagissant avec le discours des chercheurs et le filtre de représentation du public.

Cette rupture entre l'information génétique et l'information médicale est au coeur de notre débat. Elle s'ajoute aux conséquences des fonctions privilégiées par les chercheurs pour leurs communications scientifiques publiques dans l'émergence des effets discriminatoires affectant les sujets de recherche.

A) l'information génétique en rupture avec l'information médicale

Tel que mentionné plus tôt, l'information génétique a ceci de particulier qu'elle est le produit du traitement de données, de provenance et de nature diverses, qui permettent au chercheur d'établir les corrélations entre le contenu informationnel de ces données

(cliniques, biochimiques ou généalogiques) et une donnée scientifique, produit des techniques de la biologie moléculaire. Le résultat de ce traitement est que la donnée scientifique devient une donnée informationnelle, le test révèle la présence d'une séquence génique spécifique et identifie chez la personne, son état de porteur d'un gène associé à une maladie ou une anomalie.

A ce titre, **l'information génétique** constitue une donnée appartenant à l'approche scientifique pure, c'est-à-dire qu'elle est spécifique, précise dans les limites de l'expérience ou du test réalisé mais également parcellaire. Le code génétique d'une personne, ou l'ensemble des gènes qu'elle porte, n'est nullement l'objet de l'information génétique telle que nous la connaissons aujourd'hui. Ce que proposent les chercheurs, sous l'appellation d'information génétique, c'est avant tout l'accès à un ou des tests révélateurs d'un fragment ou d'une partie spécifique d'un gène, séquence d'ADN, qui peut servir à confirmer ou établir un diagnostic donné, à informer en cours de traitement sur l'évolution de la mutation génétique acquise ou encore à déterminer la prédisposition ou la susceptibilité de la personne relativement à un état particulier.

L'information médicale, quant à elle, appartient à l'approche globale de la personne, qu'elle soit traitée par un omnipraticien ou par un spécialiste. Elle repose sur un ensemble de données scientifiques autant que cliniques et l'évaluation ou l'interprétation qui en émerge dresse, à un moment déterminé, un portrait tant physique que physiologique de la personne, voire même parfois psychologique. Cette information est plus ou moins précise selon le niveau de l'observation ou de la recherche effectuée; elle est ponctuelle, dans la mesure où son contenu prend en considération les résultats et les observations du moment, ne se prononçant pour l'avenir que sur une base évolutive connue en regard d'une hypothèse de causalité nécessaire³⁹; finalement, elle met à profit tant la panoplie de tests disponibles que l'expertise du médecin.

³⁹

L'expression nous vient de C. Laberge, précité note 17, p. 18.

Sauf exception, pour le médecin comme pour la personne qui le consulte, l'intervention ne se limite pas au seul objet immédiat de la consultation; l'examen, bien qu'orienté en fonction de la raison de la consultation, prendra en considération les données de l'état général de la personne et le médecin se prononcera, même dans le cadre d'une maladie précise, sur cet état général. Ce prononcé du médecin constitue l'information médicale concernant la personne.

Essentiellement, on peut dire que l'information médicale est une information globale attestant de l'état physique ou physiologique général d'une personne à un moment donné. Il s'agit là de la réalité perçue par la population. Cette perception confère à l'information médicale un statut particulier dans le débat d'aujourd'hui puisqu'elle appartient de ce fait à l'univers de référence de cette population. Cela joue un rôle non négligeable dans la représentation que cette même population se fera de l'information génétique selon que le chercheur identifie ou non l'information génétique à "l'information médicale" la plus révélatrice ou la plus significative de la condition d'une personne.

L'information génétique n'est pas un synonyme de l'information médicale; elle se situe même en rupture avec cette dernière puisqu'il s'agit d'une information de nature étiologique, pointue, spécifique et déterminée en ce qui concerne la séquence génétique étudiée mais qui ne fournit à aucun moment quelque information que ce soit sur l'état physiologique ou physique réel de la personne. Bref, il s'agit d'une information scientifique, précieuse dans la constitution de l'information médicale relative à une personne, mais qui ne peut s'y substituer puisqu'elle ne permet pas d'établir l'état de santé général actuel ou futur d'une personne. Le matériel génétique joue un rôle prédéterminant dans cet état de santé mais les nombreux facteurs interactifs qui contribuent à produire ce dernier nous obligent à reconnaître les limites de l'information génétique en tant qu'indicateur réel, effectif ou tangible de l'état de santé d'une personne.

Lorsque dans la communication scientifique publique, le chercheur traite l'information génétique comme "l'information médicale" primordiale ou prépondérante à l'égard d'une maladie, il interagit avec le filtre des représentations du grand public et importe, par association, la perception d'une information globale et concrète sur l'état de santé de la personne visée, en l'occurrence le sujet de recherche. En d'autres termes, cela favorise la perception du caractère non seulement déterministe de cette information mais également de son aspect universel d'une part et global de l'autre; tous les porteurs sont atteints et uniformément et globalement atteints. L'information génétique devient leur condition, leur état de santé, ce qui peut s'avérer critique quant à la discrimination pouvant affecter les personnes visées.

B) le double discours des chercheurs

Tel que mentionné plus haut, l'information génétique a connu et connaît encore une croissance exponentielle depuis le milieu et surtout la fin des années soixante-dix. Parallèlement à cette augmentation des connaissances, on a assisté à un accroissement de communications scientifiques disciplinaires et, plus récemment, à l'émergence d'un large éventail de communications scientifique publiques orientées vers des segments de plus en plus indifférenciés de la population. Cette évolution dans la communication scientifique de l'information génétique dénote l'adaptation de ce secteur de la recherche aux nouvelles formes de compétition entre chercheurs (chercheurs ou équipe de recherche) pour se maintenir dans la course, c'est-à-dire démontrer et faire valoir leur territoire de compétence, et obtenir les ressources financières nécessaires à la poursuite de leurs activités⁴⁰.

⁴⁰ C'est notamment l'opinion émise par le Dr. Alex Kahn (INSERM - CHU Cocchin) dans le cadre de l'émission "Aujourd'hui dimanche" sur les ondes de Radio-Canada, le 2 octobre 1994; il répondait à une interrogation concernant les objectifs de diffusion de l'information relative à l'identification d'un gène associé au cancer du sein alors qu'il n'y a pas de traitement préventif en expliquant que "le financement de la recherche entraîne la compétitivité des équipes de recherche dans le champ de la diffusion de l'information des travaux de recherche".

C'est aussi, en quelque sorte, un indice de la transformation d'un modèle plus traditionnel de recherche médicale fondé sur les conditions physiologiques ou anatomopathologiques, sur leur origine, leur émergence et leur évolution vers un modèle convoitant le statut de recherche scientifique où le point crucial devient la découverte ou la mise en évidence d'une donnée biochimique structurale ou, en d'autres termes, une donnée scientifique qui serait signifiante en elle-même de la condition médicale sous étude. Ce passage d'un modèle de recherche à un autre n'est pas absolu mais, à l'égard de l'information génétique, il est fortement mis de l'avant⁴¹ par les producteurs de cette information qui font valoir que les progrès considérables, et même presque quotidiens, de la biologie moléculaire ouvrent la porte à un ensemble de connaissances nouvelles, décrites comme étant objectives, qui le justifie.

La communication scientifique joue plusieurs rôles dans ce contexte. Elle est à la fois révélatrice, génératrice et inductrice de nouvelles connaissances en assurant dans la sphère disciplinaire les échanges et le partage de données, d'informations tout autant que la discussion sur les postulats et les résultats d'études. Dans le secteur de l'information génétique, les communications disciplinaires se sont multipliées au rythme des avancées reliées aux progrès de la biologie moléculaire mais également au rythme du contexte propre au projet du génome humain. L'aspect technique et scientifique prime dans ces communications et leur niveau de complexité les place généralement hors de portée du public même le plus intéressé ou averti.

Elles répondent, par ailleurs, aux caractéristiques décrites à la section précédente relativement aux finalités, au ton du discours et au langage spécialisé. Elles visent le partage des connaissances dans un objectif d'élargir le potentiel cognitif à l'égard, d'une part, des incidences étiologiques des gènes sur les maladies et, d'autre part, de la compréhension de la structure essentielle de l'être humain. Il s'agit d'un discours nuancé

⁴¹ LABERGE, C.M. précité note 18, p.11-12.

pour ce qui est de l'état de la recherche, de ses limites et de sa portée. Dans ce contexte, le traitement de l'information génétique s'attache à la précision des résultats obtenus, à la validation des corrélations établies, à la confrontation des méthodes employées; bref, le discours est attentif et ne cherche pas à convaincre de l'utilité des résultats mais plutôt de leur pertinence et de leur validité dans l'évolution des connaissances en génétique.

Dans le cas de la communication scientifique publique, plusieurs des objectifs qui gouvernent cette pratique peuvent être rattachés à la nécessité d'occuper une place stratégique dans le monde de l'expertise relativement au champ d'influence et aux enjeux socio-économiques qui en découlent.⁴² Ainsi et compte tenu de la complexité du sujet et du peu de connaissances retracées dans la population⁴³ et même chez les intervenants médicaux non spécialisés en génétique, on assiste à très peu de communications scientifiques publiques ayant une fin didactique ou d'actualisation des connaissances.

Par contre, les enjeux de l'information génétique sur des questions reliées à la reproduction humaine, aux résultats anticipés des projets reliés à l'organisation HUGO ou encore à des questions de manipulation génétique ou de thérapie génique ont donné lieu à un certain nombre de communications ayant pour fonction d'intégrer ces concepts et leurs finalités dans le cadre de forums de discussion ou de conférences multidisciplinaires ou encore dans les pages de revues mensuelles d'actualités scientifiques, aux fins de débattre des enjeux. Rappelons simplement, que la fonction première de ces communications n'est pas d'informer l'auditoire des aspects techniques

⁴² **FAYARD, P.**, précité note 23; **SKROTZKY, N.** précité note 19; **MOSKO, V. et J. WASKO** (dir.), **The Political Economy of Information**, Madison, University of Wisconsin Press, 1988; **CALLON, M.** **La science et ses réseaux, genèse et circulation des faits scientifiques**, Conseil de l'Europe/Unesco, Editions La découverte, 1989; **GOLDSMITH, M.**, **The Science Critic**, London, Routledge & Kegan Paul, 1986; **GIORDAN, A. et J.L. MARTINAND**, (éd.), **Diffusion et appropriation du savoir scientifique - enseignement et vulgarisation**, Chamonix, Centre Jean Franco, 1981; **FRANCA Z.M.**, **Strategies and Mechanisms for the Diffusion of Scientific and Technical Information: A Comparative Study**, Ann Arbor, University Microfilms International, 1983.

⁴³ **ANDREWS, L.B.**, précité note 17.

ou scientifiques de l'information génétique pas plus qu'elle ne vise à discuter des particularités ou encore des limites inhérentes au contenu informationnel de ce type d'information. Les chercheurs, qui interviennent dans ce forum, parlent davantage du contexte général de la recherche et de ses applications que de l'information elle-même; ils ne traitent qu'indirectement de la spécificité de leur projet s'intéressant davantage aux implications sociales générales du domaine; tout au plus, peut-on penser qu'ils insisteront sur l'aspect primordial des recherches en génétique pour l'évolution de la médecine moderne et sur l'importance que l'on doit accorder à ce nouveau schème de référence dans l'intervention médicale. En termes d'interactions dans la production du phénomène social de discrimination, les communications qui découlent de cette fonction apparaissent plutôt secondaires et peu propices, par elle-mêmes, à engendrer le phénomène, d'autant plus que le rôle du chercheur-communicateur est interrelié à ceux des autres intervenants et, qu'ici, il n'exerce pas de contrôle sur la diffusion.

Sans vouloir restreindre la portée de ce type de communication, il faut comprendre que ce sont davantage les communications qui privilégient les fonctions de célébration ou de gestion d'informations qui ont dominé le champ de la diffusion publique de l'information génétique et qui, à notre avis, interagissent le plus dans la production des effets discriminatoires à l'égard des sujets de recherche.

Les articles ou les chroniques qui portent sur l'information génétique se sont multipliés au cours de la dernière décennie tant en Amérique du Nord qu'en Europe. Les publications découlent, pour la plupart, de la volonté des chercheurs de rendre publics leurs plus récents résultats de recherche et de participer à la médiatisation de l'information génétique pour faire de cette information la clé de l'avenir de la médecine moderne. Ce choix s'explique par l'importance réelle du champ de recherche mais également par les coûts qui s'y rattachent et les modes de financement propres à la recherche. En d'autres mots, ce sont d'abord des objectifs de financement des travaux de recherche qui prévalent, compte tenu du peu d'argent disponible et de la concurrence

à cet égard entre les divers laboratoires ou équipes de chercheurs. Que ce soit pour obtenir une subvention ou une commandite ou encore pour établir la crédibilité de l'équipe de recherche, la finalité de la communication devient la nécessité de convaincre que «le» résultat obtenu ou à obtenir, est majeur, essentiel, unique ou encore primordial dans la guerre à la maladie.

C'est généralement par un discours à la fois catégorique, assuré, réducteur et même réductionniste que l'on présente l'information révélée par les tests génétiques et sa relation avec la maladie, confortant alors la lecture déterministe du public, récepteur de l'information. Autrement dit, le discours disciplinaire plus nuancé fait place à un langage simplificateur, affirmatif et faussement explicite qui présente non plus la pertinence mais l'utilité de la recherche à travers le thème de «la découverte» «du gène» de «la maladie» et de la force probante du test développé. Cette façon de faire contribue alors au développement dans le milieu public de la croyance au déterminisme génétique mais également, par association avec l'univers de référence de l'information médicale, à la conviction de l'unicité du groupe d'individus porteurs. La représentation qui en émerge est que l'information génétique *"se transforme en argument d'autorité et représente un redoutable et non moins redouté critère de sélection"*⁴⁴.

Un autre effet, plus important encore, de ce discours est qu'il favorise la conviction que la présence du gène est synonyme de la maladie, de ses effets et conséquences, puisqu'il serait contraire aux objectifs de la présentation d'expliquer que la seule identification d'un gène, ou sa présence chez un individu donné, ne permet pas de déterminer la diversité ou le degré des atteintes ou même selon les cas la probabilité de survenance de la maladie. En effet, la finalité première de ce type de communication scientifique publique n'est pas d'informer mais d'obtenir la plus large adhésion du public-cible au projet ou thèse présenté et cela en vertu des critères proposés et donc

⁴⁴ **FAYARD, P.**, précité note 23 , p. 27.

choisis par le chercheur. Le rôle privilégié et assumé par le chercheur-communicateur constitue le déterminant crucial de cette communication et cela bien au-delà des caractéristiques ou règles imposées par le médium de communication.

Au contraire de la communication scientifique disciplinaire, cette communication amène le chercheur à produire son message à travers le langage ordinaire, plaçant les concepts dans l'univers empirique du sens commun fondé sur le principe de classification plutôt qu'en les expliquant dans leurs rapports de concepts scientifiques "*qui est [sont] un [des] concept[s] d'interconnexion, de relation, un [des] concept[s] opératoire[s], une intersection de relations répétables.*"⁴⁵ Les distinctions sont, ici, importantes dans la mesure où l'information dont on parle est essentiellement l'expression d'une donnée scientifique qui n'a de valeur ou qui ne fait de sens que dans son rapport avec d'autres données médicales ou scientifiques et dans les limites des théories, des postulats ou des variables de la recherche en cours; faire abstraction de tous ces éléments dans le message, c'est choisir de dénaturer l'information en lui retirant son cadre de référence et de courir le risque de perdre le contrôle sur l'information, ses limites et sa portée.

Le ton du discours impose lui aussi un sens à l'information dans la constitution des filtres de représentations. Qu'il suffise de mentionner l'utilisation d'un vocabulaire renvoyant presque systématiquement à une actualité futuriste et inéluctable. On relie «découverte du gène» et «effets» pour l'avenir des porteurs; être en mesure de prédire la survenance des maladies pour mieux guider les personnes concernées dans leur façon de vivre, être en mesure de conseiller les couples dans leur choix de reproduction, sont des objectifs louables et légitimes; cependant il est clair que cela accentue l'effet dramatique de la communication. Cette façon de faire favorise l'association dans les représentations publiques entre le gène et l'inéluctabilité de ses conséquences, c'est-à-dire l'apparition de la maladie ou de la condition à laquelle il est associé.

⁴⁵ SCHIELE, B. , précité note 3. p.173.

quelles est
l'abstraction?
suppression de
niveau de
communication
3

Lorsque le chercheur recourt à la communication scientifique publique dans une fonction qui ne cherche pas prioritairement à informer mais plutôt à sensibiliser la sphère publique ou à obtenir la visibilité nécessaire à la poursuite de ses activités, il interagit directement au niveau du public en provoquant une représentation particulière de l'objet de sa communication exempte de paramètres d'appréciation ou de validation; il est le principal agent des données constitutives de cette représentation et, à ce titre, il lui appartient de procéder de façon telle que le système de référence du public intègre l'information la plus juste sur ce qui constitue la réalité scientifique sous-jacente. Si non, il devient le premier agent dans la production des effets discriminatoires affectant les sujets de recherche par la conviction qu'il engendre dans la population du bien-fondé de la classification des individus selon leur déficit génétique. Ainsi, une attention plus suivie des chercheurs concernant ce type de communication éviterait la dénaturation de l'information qui peut conduire à l'émergence d'un phénomène de discrimination.

Conclusion

En terminant, j'aimerais rappeler ce qu'un éminent chercheur américain, le docteur McKusick, identifiait comme étant les deux sujets d'inquiétude, selon lui, particulièrement insécurisants pour les chercheurs, dans le contexte du projet du génome humain, à savoir que l'accroissement des connaissances va conduire, premièrement, à dénombrer de plus en plus de situations diagnosticables pour lesquelles il n'y aura pas de traitement et deuxièmement - quoique peut-être plus important encore dans le débat d'aujourd'hui - à réaliser que l'écart entre ce que l'on sait et ce que l'on croit savoir ne fera que s'accroître⁴⁶.

⁴⁶

ANNAS, G., précité note 33.

Il y a donc lieu pour les chercheurs de réagir rapidement et de repenser l'approche de la diffusion de l'information génétique destinée au milieu externe pour éviter des conséquences discriminatoires néfastes, tant sociales qu'économiques. Une diffusion dans une approche plus globale de l'information génétique et des composantes multifactorielles et multigéniques de la grande majorité des maladies permettrait de mieux saisir la diversité individuelle et l'importance de traiter l'information génétique de chaque personne comme un élément d'un ensemble ou un facteur parmi d'autres en ce qui la concerne, elle, et non pas le groupe auquel elle appartient.

Section III L'évaluation du modèle appliqué à l'épidémiologie génétique

Nous avons présenté dans les deux sections précédentes une analyse du sous-système de l'épidémiologie génétique à l'aide de la modélisation systémique; la démarche suivie tend à rendre compréhensibles les interactions et les interrelations de ce sous-système dans la production d'effets discriminatoires à l'égard des sujets de recherche.

Comme nous l'avons mentionné dès le début, il s'agit d'une problématique préoccupante qui donne lieu à de nombreux débats, particulièrement aux États-Unis où des effets discriminatoires ont été démontrés. On attribue principalement ces effets aux utilisateurs traditionnels de l'information médicale que sont les assureurs, mais ils sont également le fait d'autres utilisateurs immédiats ou potentiels qui s'intéressent à l'information génétique au titre de moyen ou d'outil de sélection dans le cadre d'évaluation des risques, particulièrement économiques.

L'intérêt premier de la démarche est d'analyser le phénomène discriminatoire en question à partir de son point d'origine soit, les centres de recherche en génétique humaine. Cependant, pour les fins de la présente thèse, notre intérêt est double puisque nous souhaitons mettre en pratique, par la même occasion, les modèles théoriques développés pour rendre intelligible la dynamique de production des phénomènes complexes de discrimination. Cette démarche étant complétée, il s'agit maintenant d'apprécier la valeur probante des modèles logiques utilisés. À cette fin, il est utile de rappeler qu'en ce qui concerne la modélisation systémique, la validité se mesure par la cohérence de la démonstration qui s'appuie sur l'aspect consistant et non contradictoire du raisonnement suivi.

Dans la partie précédente, nous avons élaboré, à partir du modèle idéal de la discrimination et de la jurisprudence en cette matière, trois raisonnements logiques qui peuvent s'appliquer à l'analyse de toutes situations où un effet discriminatoire est constaté.

Dans le cas de la recherche en génétique humaine, bien qu'encore peu nombreux, de tels effets ont été démontrés¹; il ne s'agit pas nécessairement d'un effet unique mais plutôt d'effets variant selon les sources possibles du phénomène. Toutefois, ils nous est apparu qu'un effet, régulièrement identifié par les commentateurs comme point de départ des autres effets, trouvait sa source dans les centres de recherche; nous voulons parler de la classification des sujets de recherche selon leur déficit génétique et d'"étiquetage" des personnes en fonction de cette classification. Il nous a semblé qu'il s'agissait d'une donnée qui émerge à travers le discours des chercheurs eux-mêmes, du moins dans leurs communications avec les intervenants externes.

Ces éléments ont façonné notre hypothèse modélisatrice et ont conduit l'examen du système et son analyse. Compte tenu des objectifs et des limites de la thèse, nous avons choisi d'ignorer la diversité des centres de recherche pour concentrer notre examen et notre analyse sur le sous-système que constitue l'épidémiologie génétique dans un centre de recherche donné². L'examen du système a permis d'identifier les sous-sous-systèmes les plus susceptibles d'interagir dans la production d'effet discriminatoire soit ceux des communications avec l'environnement. Toutefois, nous avons repéré, dans les autres secteurs qui sont plus directement impliqués dans la production de l'information génétique, des points d'appui aux préconstruits situationnels et sociaux.

L'analyse des sous-systèmes, à l'aide des modèles logiques, a permis d'identifier et de comprendre la double dynamique présente dans l'émergence d'effets discriminatoires; la

¹ Nous référons ici aux exemples provenant principalement des États-Unis puisqu'à l'exception de la situation de M. Audet, il existe peu de situations documentées au **Canada**. **COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE**, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1992, pp.76-79. ou des auteurs suivantes **GUAY H., B.M. KNOPPERS et I. PANISSET**, *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi*, (1992) 52 R. du B. 185; **GUAY H. et B.M. KNOPPERS**, *Information génétique : qualification et communication en droit québécois*, (1990) 21 R.G.D. 545.

² En d'autres termes, nous ne prétendons pas que les autres entités ou sous-systèmes d'un centre de recherche ne seraient pas responsables au même titre dans la mesure où ils procèdent de la même manière pour recruter leurs sujets ou pour communiquer leurs résultats de recherche.

modélisation a permis de saisir les interactions et les interrelations présentes tant au sein de ces dynamiques que dans les rapports des entités avec le milieu environnant démontrant ainsi que l'effet discriminatoire, interne au système, s'explique par la causalité circulaire qui relie l'ensemble.

D'une part, le processus de recrutement des sujets de recherche s'inscrit dans une démarche scientifiquement valide et donc apparemment neutre alors même que des effets discriminatoires affectent ceux qui y participent; le modèle logique de la discrimination indirecte permet de comprendre cette dynamique qui survient entre l'effet initial recherché par les chercheurs et l'effet final résultant de l'interaction avec le motif et la personne. Ce modèle permet également de saisir la portée réelle des interventions législatives qui visent à interrompre les effets discriminatoires en assurant la confidentialité de l'information produite au sein du laboratoire de recherche.

D'autre part, le sous-système de traitement de l'information que constitue les communications scientifiques nous est apparu plus immédiatement relié à l'effet produit de classification des personnes selon leurs caractéristiques génétiques et de ce fait, mieux s'expliquer par le raisonnement de la causalité directe et linéaire. Nous avons observé encore là une dynamique complexe selon l'auditoire auquel les chercheurs s'adressent; les divers modes de communication scientifiques auxquels ils recourent contribuent de manière distincte mais interreliés à l'instauration d'une classification des sujets de recherche. Cette classification interagit dans la perception développée autour de la notion de handicap, reformulant par le fait même la définition générale pour y introduire un attribut nouveau, soit la caractéristique génétique; l'interrelation qui s'établit entre les communications et la perception de handicap génétique conduit à rendre discriminatoire la classification par une boucle rétroactive entre source, motif, personne et effet.

Cette dynamique n'est, par ailleurs, pas vraiment détachée de celle du processus de recrutement puisqu'il existe nécessairement une interaction et une interrelation serrée entre

les communications scientifiques portant sur les résultats de recherche et le recrutement des sujets de recherche. De ces premières ébauches, il nous est apparu que seul le modèle du raisonnement causal circulaire pouvait permettre de saisir la globalité du phénomène et la complexité du système et de démontrer que les attitudes et les comportements des chercheurs s'inscrivent dans des objectifs et des finalités qui dépassent, en quelque sorte, la substance de la recherche proprement dite pour contribuer à l'effet discriminatoire. Mentionnons, entre autres, l'aspiration, largement partagée, pour la reconnaissance universelle de la "science génétique", de son potentiel et de sa portée ou encore les tribulations des équipes pour obtenir du financement pour leurs recherches; ces finalités et ces objectifs sont ceux du centre de recherche mais également de tous les chercheurs; ils influencent tant les mentalités que la conduite de ces derniers et conditionnent leurs agissements particulièrement au plan des communications scientifiques.

Bref, l'analyse à l'aide des modèles logiques nous permet de rendre compte graphiquement de la complexité des relations existant entre le système-source et le phénomène discriminatoire. Le schéma global rend intelligible les rapports du système avec l'environnement; à la lumière de ce schéma, il apparaît que toutes solutions qui ne procèdent qu'à ériger une barrière autour de l'information résultant du test génétique individuel sans intervenir dans les attitudes, les comportements et les agissements des chercheurs, et donc dans le système lui-même, ne peut résoudre que très partiellement le problème de la discrimination affectant les sujets de recherche.

Au stade de l'opérationnalisation du modèle, nous nous sommes efforcé de poursuivre la démarche telle que formulée au chapitre précédent. Rappelons que nous avons identifié cette étape à la présentation argumentative du schéma global; elle s'appuie d'abord sur un exposé des éléments factuels en présence pour ensuite procéder, à l'aide d'analyses spécialisées, à une explication des représentations externes, des préconstitués sociaux ou situationnels ou encore à l'identification des fondements plausibles de la situation observée.

Dans le cas sous étude, nous avons décrit, dans un premier temps, en quoi consiste l'information génétique et comment une telle information peut être impliquée dans des phénomènes discriminatoires. Nous nous sommes servi d'études externes aux fins d'expliquer les conséquences d'une information mal traitée. Dans un deuxième temps, l'exposé s'est penché sur le schéma global; encore une fois, des études spécialisées nous ont servi pour montrer comment le rôle des producteurs et des chercheurs s'inscrit dans les finalités propres du système et ce particulièrement dans le cas des processus de recrutement et de diffusion de l'information. Il s'agit d'éléments qui s'avèrent fondamentaux pour comprendre comment opèrent, au sein même du système, les préconstruits sous-jacents aux effets discriminatoires; dans le cas qui nous intéresse, nous avons notamment démontré comment les représentations que le système souhaite livrer de lui-même³ influencent les communications scientifiques publiques auxquelles se livrent les chercheurs.

Après avoir développé assez longuement sur cette question des influences des représentations et des préconstruits sur les attitudes, les comportements et les agissements des chercheurs, la schématisation se termine sur les interactions existant entre la communication scientifique et la définition même du motif. Celui-ci prend forme à travers ces interactions, c'est-à-dire qu'en matière d'effets discriminatoires reliés à l'information génétique, le motif coïncide avec les perceptions de handicap génétique que la société estime être la caractéristique principale du groupe des personnes-sujets de recherche.

Dans le cadre des processus de recrutement ou de diffusion de l'information, les chercheurs articulent leurs discours autour d'une pseudo-classification des sujets selon la présence ou l'absence d'une mutation, tout en tenant compte, pour parler des prédispositions des sujets, de la prévalence ou de l'incidence du gène dans la population.

³ Soit qu'il constitue non seulement une autorité incontournable en matière de santé mais également qu'il dispose du test objectif par excellence pour diagnostiquer bon nombre de maladies ou encore prédire un état de santé éventuel.

L'hypothèse modélisatrice qui dirige la schématisation est à l'effet que cette façon de faire constitue, en soi, un effet discriminatoire dont le système est responsable; et ce, sans parler des autres effets discriminatoires potentiels auxquels le centre de recherche concourt par le biais des utilisateurs de l'information génétique mais pour lesquels il ne peut être appelé à répondre des conséquences ou des solutions.

A notre avis, la schématisation présente le portrait vraisemblable de la situation en cause, rencontre les finalités de l'exercice qui consiste à rendre intelligible la dynamique de cette situation complexe de discrimination et produit une démonstration cohérente, consistante et non contradictoire. Nous soumettons également que la modélisation contribue de manière significative à organiser la réalité autour du raisonnement juridique. Dans le cas des centres de recherche en génétique humaine et plus particulièrement de l'épidémiologie génétique, cette approche constructiviste conduit à une lecture juridique plausible de l'émergence d'effets discriminatoires certains.

Rappelons en terminant, que ce qui ressort de la première partie de cette thèse est éminemment présent dans la problématique de la discrimination génétique; la discrimination avant d'être une réalité juridique constitue un phénomène social dont l'essence doit d'abord être appréhendée afin de permettre au droit de s'imposer. Suite à l'analyse que nous venons de terminer, nous partageons le point de vue de certains juristes américains⁴ qui craignent qu'une solution juridique qui ne vise que les utilisateurs de l'information génétique ne puissent pas mettre un terme aux effets discriminatoires affectant tout(e) participant(e) à un dépistage.

⁴ Voir le compte-rendu de la table ronde sur "The Genetic Privacy Act" dans *The Journal of Law, Medicine & Ethics* (1995) 23:4, 360-388

CONCLUSION

À la fin de cette thèse, quatre lignes directrices nous semblent ressortir de l'ensemble. La première est à l'effet que les phénomènes sociaux complexes demeurent étrangers à l'interprétation juridique traditionnelle et ce, même lorsque le juriste recourt à l'interprétation téléologique. La deuxième pose la nécessité pour les tribunaux, à l'instar de la Cour Suprême, d'intégrer une approche constructiviste afin de passer outre aux limites d'une herméneutique insuffisante pour appliquer les dispositions législatives à de telles situations. Troisièmement, la présente thèse a démontré que la conjonction de l'approche constructiviste et de la modélisation systémique constitue un cadre d'analyse des situations juridiques complexes utile et pertinent; ensemble, elles permettent de construire la réalité juridique, par l'élaboration des modèles idéal et logiques, et la réalité factuelle, par le développement du modèle physique propre à chaque situation. Quatrièmement, l'application de cette méthodologie à une situation concrète permet de saisir que lorsqu'on ignore cette approche, plus globale, des situations complexes cela conduit à rechercher des solutions à la pièce; des solutions qui ne visent qu'à régler, les uns après les autres, les divers aspects du phénomène plutôt que de s'attaquer au fond du problème lui-même.

La discrimination, un phénomène juridico-social complexe

L'étude de la réalité sous-jacente au concept juridique du droit à l'égalité sans discrimination a mis en lumière plusieurs éléments qui expliquent, jusqu'à un certain point, pourquoi, en un demi siècle, on n'est toujours pas parvenu à éradiquer les atteintes aux droits qui s'y rattachent.

D'une part, l'étude a révélé qu'il s'agit d'un phénomène social complexe et non pas, comme on a bien voulu le croire au début des années cinquante, le fait d'un certain nombre d'individus en marge de la société; du moins, c'était la vision que le droit véhiculait alors

et que les sciences sociales sont venues confronter. L'apport de ces dernières a pénétré le droit entraînant des modifications législatives qui ont fait passer les dispositions législatives pertinentes du droit pénal au droit civil public, de la mise en accusation pour infractions déterminées à l'énoncé d'un principe visant l'ensemble des rapports sociaux. Ce passage ne s'est pas fait sans heurt, du moins, au plan théorique; les interprètes du droit parvenaient difficilement à remiser la notion de l'intention coupable de celui ou de celle qui posait des gestes discriminatoires.

Toutefois, au cours des dernières décennies, le système judiciaire s'est graduellement ajusté et les tendances jurisprudentielles actuelles démontrent que ce n'est plus là le fondement de ce droit. Cependant, la jurisprudence des tribunaux canadiens révèle une adaptation inégale à la teneur juridique des dispositions législatives en matière de discrimination prohibée. Nous avons, au cours de la première partie de cette thèse, souligné les difficultés des tribunaux judiciaires, non spécialisés, à interpréter le droit en question comme un droit particulier, distinct du droit de la responsabilité civile; nous avons également signalé leur tendance à réduire la portée du droit à l'égalité à une notion de responsabilité simple, ce qui entraîne, par ailleurs, le recours au raisonnement juridique de la causalité linéaire appliquée à une lecture réductionniste des éléments constituant la situation de fait. En d'autres termes, nous avons signalé que la démarche suivie par les juges consistait à exiger la preuve distincte de chacun des éléments constitutifs, tels qu'ils sont définis dans d'autres champs du droit civil, ainsi que la démonstration d'un lien de causalité direct, précis et immédiat.

Ce n'est qu'avec l'intervention de la Cour Suprême, que la jurisprudence a dépassé cette tendance qui, d'une certaine manière, ignorait l'intention du législateur et ne cadrerait pas du tout avec la lecture du phénomène par les sciences sociales; phénomène, rappelons-le, auquel le droit visait à apporter une solution. En quelques années, la Cour Suprême du Canada a introduit une lecture totalement différente de ce droit; elle a d'abord déclaré que seule l'interprétation téléologique pouvait rendre le véritable sens de ces dispositions

législatives qui tendent à garantir le droit fondamental de tout individu à l'égalité; puis elle a su constater qu'"égalité" n'était pas synonyme d'"identité" en reconnaissant que le concept couvrait tant l'égalité d'accès que l'égalité des chances. Elle a également reconnu que le concept était polysémique et a introduit en droit canadien les notions de discrimination directe, indirecte et systémique.

Nous avons montré que ces trois notions ne reposent pas sur des définitions différentes de l'égalité sans discrimination mais plutôt sur des raisonnements causaux distincts, sans pour autant qu'ils soient exclusifs les uns des autres, comme il appert des situations de discrimination dite systémique. Le rôle de la Cour Suprême s'est révélé essentiel dans le développement théorique de ce champ du droit; non seulement a-t-elle favorisé une interprétation qui s'avère fondamentale pour la perspective énoncée par le droit qui recherche la cessation de l'atteinte au droit à l'égalité sans la discrimination, mais elle a eu recours, pour ce faire, à une approche constructiviste qui rapproche le droit du phénomène social en cause.

Le constructivisme, une approche cognitive raisonnée

Comme le démontre l'étude jurisprudentielle des décisions portant sur l'application du droit à l'égalité sans discrimination, ce champ du droit s'inscrit très mal dans le courant dit «de droit positif»; il s'agit trop souvent de situations où le sens des notions inscrites dans la disposition législative ne peut recevoir de définition universelle, formalisée et préalable à l'examen des faits; dans le cas de l'application des dispositions interdisant la discrimination il est presque impossible de disjoindre la norme de la situation factuelle, c'est-à-dire de la situation en l'espèce. Le rôle du droit est, ici, d'énoncer le principe qui doit trouver son sens dans chaque situation. Plus encore, pour parvenir à couvrir l'étendue potentielle des situations, le législateur ne définit pas le droit en question mais l'inscrit plutôt dans un concept flou qui peut s'adapter au phénomène social et évoluer au rythme de la société.

Ce choix du législateur impose aux interprètes du droit l'obligation de s'adresser à d'autres champs de référence plutôt qu'aux règles traditionnelles d'interprétation juridique. Dans le cas qui nous intéresse, la Cour Suprême a innové en se servant d'une approche constructiviste pour définir la réalité juridique. Cette approche pose que, pour connaître un objet, il faut le construire à partir de ses entités propres, de son environnement mais également de l'univers de référence pertinent, propre au constructeur; en droit, il s'agit de l'expérience et des connaissances juridiques appropriées. Ainsi, lorsque la Cour construit la réalité du droit à l'égalité sans discrimination, elle le fait à partir des sciences sociales qui ont décrit et analysé les diverses manifestations du phénomène, des études qui se sont penché sur l'une ou l'autre facette de situations pertinentes au cas d'espèce, du contexte dans lequel survient la situation et finalement en se référant à l'univers juridique dans lequel s'inscrit la disposition législative. La Cour redéfinit, entre autres, cet univers juridique en spécifiant d'abord que toutes les dispositions portant sur le droit à l'égalité sans discrimination, quel que soit leur point d'origine au Canada, réfèrent aux mêmes valeurs, qu'elles sont constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles selon leur statut propre, mais également en inscrivant ce droit dans le cadre des références internationales.

Plus important encore, la cour, en quelques décisions, construit la définition conceptuelle de la discrimination. Il ne s'agit plus d'une définition binaire à causalité linéaire mais plutôt d'un modèle idéal qui pose l'indissociabilité des entités composant le phénomène juridico-social. Ainsi, chaque entité ne trouve son sens qu'à travers les relations qui l'unit aux autres pour produire le phénomène observé. La disposition législative est dynamique au même titre que la situation visée et elle s'articule en fonction de raisonnements causals variables. Sur cette question, la Cour parlera de causalité efficiente mais, à notre avis, il s'agit de la causalité nécessaire que l'on peut démontrer à l'aide de la modélisation systémique.

La modélisation systémique, un cadre d'analyse incontournable

L'étude des décisions de la Cour Suprême portant sur la définition théorique du concept de discrimination nous a permis de dégager ce que nous appelons le modèle idéal de la discrimination. Il s'agit, dans la démarche de modélisation, de la première étape qui consiste à conceptualiser le cadre d'analyse qui doit conduire l'interprète du droit dans l'examen d'une situation de discrimination. Le modèle idéal énonce quelles sont les entités essentielles et détermine leur rapports fondamentaux pour qu'existe le phénomène. Dans le cas présent, le modèle, qui se dégage des dispositions législatives et de leur interprétation jurisprudentielle par la Cour Suprême, établit que toute situation de discrimination comporte quatre entités indissociables: la source, le motif, la personne et l'effet. Face à une situation concrète, il suffit, au stade du modèle idéal, de constater la présence des éléments indispensables à la confirmation de l'identité du phénomène observé; la description, à ce niveau, n'inclut pas de relations déterminées ni d'ordre d'importance dans la présentation des entités. C'est, en quelque sorte, ce que les juristes appellent la preuve *prima facie*.

La modélisation prévoit que, pour compléter le cadre d'analyse, le concepteur développe les modèles logiques applicables; ces modèles servent à déterminer les organisations possibles des entités en fonction de la causalité nécessaire. Dans le cas de la discrimination, nous avons repéré trois modèles logiques possibles: le premier intègre la causalité efficiente (discrimination directe); le deuxième, la causalité finale et efficiente (la discrimination indirecte); et le troisième, la causalité circulaire (la discrimination systémique). Les modèles logiques forment un cadre d'analyse qui laisse à l'interprète du droit le soin de construire le modèle physique de la situation factuelle; ils permettent de comprendre, à la fois et en même temps, la relation causale nécessaire et les lieux possibles d'intervention.

La modélisation systémique, une démarche cognitive globale

L'exercice d'application de la démarche développée au système de l'épidémiologie génétique a mis en évidence ce qu'intuitivement nous avons énoncé: la discrimination systémique se caractérise par la présence d'un effet discriminatoire relié à un système complexe où les éléments sont nombreux sans qu'aucun de ces éléments ne puisse à lui-seul ou par lui-même produire l'effet discriminatoire constaté; la discrimination systémique émerge dans le système et doit trouver ses solutions dans le système.

La source documentaire principale de la problématique examinée provient des États-Unis où la discrimination génétique se manifeste déjà depuis un certain temps. Cette situation a donné lieu à de nombreuses analyses et à de nombreux commentaires qui ont abouti à la mise en place de solutions juridiques qui, pour l'essentiel, proposent de contrer le phénomène par l'interdiction de l'usage de l'information résultant des tests génétiques.

Or, en appliquant notre cadre d'analyse, nous avons repéré la dynamique discriminatoire à laquelle cette solution répond mais nous avons également démontré qu'il s'agit d'une lecture incomplète du phénomène, celui-ci étant vraisemblablement systémique; à notre avis, la solution ne vise qu'une dimension du phénomène discriminatoire et ne saurait contrer les effets discriminatoires affectant les participants à des tests génétiques. L'origine des effets constatés provient du système même de production de l'information génétique et plus particulièrement des sous-systèmes de traitement de l'information; nous croyons qu'une intervention de type systémique, comme celles qui ont été développées dans le secteur de l'emploi, serait plus efficace pour contrer le phénomène à long terme. Bien entendu, nous parlons ici des interventions de type analyse et révision des politiques générales recherchant la modification des attitudes, des comportements et des agissements plutôt que des programmes imposés d'embauche; sensibiliser les chercheurs aux effets discriminatoires de certaines pratiques scientifiques et aux conséquences de certaines finalités de leurs communications répondrait davantage

à l'objectif législatif en matière de discrimination que le simple fait d'interdire aux tiers d'utiliser l'information provenant des tests génétiques à des fins de sélection ou de modulation de services.

Quoiqu'il en soit, nous croyons avoir démontré l'intérêt certain de la démarche modélisatrice pour l'interprète du droit. Cette démarche permet de rendre compréhensible, c'est-à-dire de construire le sens des situations ou des phénomènes juridico-sociaux et permet également d'appréhender la solution juridique de ces problèmes légaux.

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

LIVRES ET RAPPORTS

ABELLA R. S., *Égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984

ANDREESKY É., *Cognition et langage*, dans Systemique et cognition, Paris, Dunod, 1991, 103-126

BAIRD P.A., *Opportunity and Danger: Medical, Ethical and Social*, dans B.M. KNOPPERS et C.M. LABERGE (éd), Genetic Screening: From Newborns to DNA Typing, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1990, p. 282

DEMERS D.L. *Les concepts flous, l'interprétation constructiviste et la modélisation*, dans THOMASSET C. et D. BOURSIER (dir.) *Interpréter le droit: Le sens, l'interprète, la machine*. Bruxelles, Bruylant, 1997, p.225-246

DRAPER E., *Risky business*, New York, Cambridge University Press, 1991

GRISE J.-B., *Raisonnement formel et cognition*, dans ANDREESKY É, Systemique et cognition, Paris, Dunod, 1991, 159-169

GUINIER D., *Sécurité et qualité des systèmes d'information - Approche systémique « La part de l'homme»*, Paris, Masson, 1992

HUBBARD R., WALD E., *Exploding the Gene Myth*, Boston, Beacon Press, 1993

LABERGE C.M. et KNOPPERS, B.M. *Réflexion sur les enjeux scientifiques et normatifs des registres/fichiers comme instruments d'épidémiologie génétique*, in Registres et fichiers génétiques: enjeux scientifiques et normatifs, Ed. C.M. Laberge et B.M. Knoppers, 1991, A.C.F.A.S. Les cahiers scientifiques # 77, p.145.

MACKAY, P., DEMERS, D., GIRARD, N., "La problématique de l'accessibilité et de la protection des données génétiques dans les fichiers génétiques en droit canadien et québécois" in B.M. KNOPPERS, L. CADIET et C.M. LABERGE (dir.), La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Paris, Litec, 1992, 101.

MAYHEW, L., *Law and Equal Opportunity, A Study of the Massachusetts Commission against Discrimination*, Cambridge, Harvard University Press, 1968

TABARY J.-C., *Cognition, systémique et connaissance*, dans ANDREESKY É., Systemique et cognition, Paris, Dunod, 1991, 51-101

ARTICLES DE REVUE

ALPER J.S., NATOWICZ M. R., *Genetic Discrimination and the Public Entities and Public Accommodations Titles of the Americans with Disabilities Act*, (1993) 53 Am. J. Hum. Gen.

DEMERS D.L., *La discrimination systémique: variation sur un concept unique*, (1993) Revue canadienne de droit et société, vol 8 N° 2, 83

GOSTIN G., *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Pronostic Tests by Employers and Insurers*, (1991) 109

GUAY H. ET B.M. KNOPPERS, *Information génétique : qualification et communication en droit québécois*, (1990) 21 R.G.D. 545.

GUAY H., B.M. KNOPPERS, I. PANISSET, *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi*, (1992) 52 R. du B. 185;

LE MOIGNE J.L., ORILLARD, M. *Des méthodes de pensée qui conviennent... , Présentation de systémique et complexité*, (1990) Revue internationale de systémique. Vol.4 N° 2 119, p. 122.

McEWEN J.E., MCCARTY K., P.R. REILLY, *A survey of Medical Directors of Life Insurance Companies Concerning Use of Genetic Information*, (1993) 53 Am. J. Hum. Gen. 33

ROSE J., *Quelques remarques sur la Théorie générale des systèmes et ses applications*, (1990) Revue internationale de systémique, vol 4, N° 1, 79.

TANCREDI N., *Classify and Control: Genetic Information in the Schools*, (1991) 27 Am. J. L. & Med. 15;

VON FOERSTER H., *Notes pour une épistémologie des objets vivants*, dans Morin E. et M. Piattelli-Palmarini, *L'unité et l'homme, 2: le cerveau humain*, Paris, Ed. du Seuil, 1974, 139-155

ARRÊTS

Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S.1114

Andrews c. Law society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Audet c. L'Industrielle-Alliance, compagnie d'assurances sur la vie, [1990] R.R.A. 500.

Brooks C. Canada Safeway ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219.

Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears ltd, [1985] 2 R.C.S. 536;

Université de Colombie Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353

Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec, [1988] 2 R.C.S. 279.

Ville de Québec c. C.D.P.Q., [1989] R.J.Q. 831 (CAQ)

PARTIE I CHAPITRE I

LIVRES ET RAPPORT

ABELLA, R. S., *Egalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, 426p.
Limitations on the Rights to Equality Before the Law, in *The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, Ed. Y. Blais, 1986

ARACIL, J., *Introduction à la dynamique des systèmes*, Lyon, P.U. Lyon, 1984

AUDY, P., *Elaboration d'un modèle systémique-organique: perspective d'approche globale*, Mtl, U.de M. 1980

BALDUS D., COLE, J., *Proof of Discrimination N.Y.*, McGraw Hill, 1980

BLACK, W., *Employment equality: A systemic approach*, Ottawa, Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne, 1985

BOSSET, P., *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi - Aspects juridiques*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 1989

BUCKLAND, L., *Education and Training: Equal Opportunities or Barriers to Employment?*, in Research Studies of the Commission on Equality in Employment, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, pp. 131-156.

CHAFETZ, J. S., *Gender equity: an Integrated Theory of Stability and Change*, Newbury Park Calif., Sage, 1990

CHICHA-PONTBRIAND, M.-T., *Discrimination systémique -Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 1989

De ROSNAY, J., *Le macrocosme -vers une vision globale-*, Paris, Ed. du Seuil, 1975

DE YOUNG, G., *Quest for Justice: Systemic Discrimination in America*, N.Y., Ed. De Young Pr., 1984

FITZSIMMONS-LECAVALIER, P., *The use of statistics as evidence in individual and systemic human rights cases*, Research and Policy Branch of Canadian Human Rights Commission, 1984.

- FLAGIN, J. R.**, *Discrimination American Style: Institutional Racism and Sexism*, Malabar Florida, R.E. Krieger, 1986
- FRECHETTE, C.**, *La discrimination systémique: la barrière invisible à l'égalité en emploi*, Québec, Office des Affaires Municipale, 1990
- GLAZER, N.**, *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Public Policy*, Cambridge Mass, Harvard U.P., 1987
- GUNDERSON, M.**, *Labour Market Aspects of Inequality in Employment and their Application to Crown Corporations*, in Research Studies of the Commission on Equality in Employment, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985 1- 48
- HENRY, F., GINZBERG, E.**, *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
- HARTMANN, H.**, *Comparable Worth: New Directions for Research*, Washington D.C., National Academy Press, 1985
- INDJESSIOGLOU, N.**, *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, thèse de doctorat, 1980
- KNOPFF, R.** *Human Rights and Social Technology, Systemic Discrimination*, Ottawa, Carleton University Press, 1989
- KNOPFF, R., FLANAGAN, T.**, *Human Rights and Social Technology - The New War on Discrimination*, Ottawa, Carleton U. Press, 1990
- KNOWLES, L., PREWITT K.**, *Institutional Racism in America*, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1969
- LERNER, N.**, *Group Rights and discrimination in International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1991
- MANNING, M.**, *A study on evidence and particularly on proof of non legal data*, in "Causes invoquant la Charte", Ass. du Barreau can. 24/25 oct. 1986
- MAYHEW, L.**, *Law and Equal Oppotunity, A Study of the Massachussetts Commission against Discrimination*, Cambridge, Harvard University Press, 1968
- MARTZLOFF, C.**, *Découvrir les systèmes: une conception dynamique de l'organisation des entreprises*, Paris, Les éditions d'organisations, 1975
- NELKIN, D., TANCREDI, L.**, *Dangerous Diagnostic: The Social Power of Biological Information*, N.Y., Basic Books inc. pub., 1989
- NORDQUIST, J.**, *Comparable Worth*, Sta Cruz U., Reference and Research Serv., 1986

NUGENT, W. J., *Prejudice: Index of Modern Information with bibliography*, Washington D.C., Abbe Pub. Ass., 1989

PETERS, G., *Racismes et races: histoire, science, pseudo-science et politique*, Lausanne, Ed. d'en bas, 1986

PETTIGREW, T. F., *Prejudice*, Cambridge Mass, Belknap Press of Harvard U. Press, 1982

PLANCHE, R., *Maîtriser la modélisation conceptuelle*, Paris, Masson 1988

REJAS, M. Hill, *The Ideological Distinction between Sex and Race Discrimination as found in Selected Supreme Court Cases and Briefs of Counsel*, Ann Arbor, Mich, University Microfilms International, 1985

ROSSUN, R. A., *Reverse Discrimination: the Constitutional Debate*, N.Y., Dekker, 1980

SCHWARZ, E., *La révolution des systèmes une introduction à l'approche systémique*, Cousset, Ed. DelVal, 1988

SIMPSON, G. E. , YINGER, J., *Racial and Cultural Minorities: an Analysis of Prejudice and discrimination*, N.Y., Plenum Press, 1985

SMITH, A., CRAVER, C., LEROY, C., *Employment discrimination Law: Cases and Materials*, Charlottesville Virginia, Michie, 1988

SOVERN, M. I., *Cases and Materials on Law and Poverty*, St-Paul, West Publishing Co., 1969

TARNOPOLSKY, W.S.and PENTNEY, W., *Discrimination and the law*, 2th, Toronto, De Boo, 1985

VAN DIKE, V., *Human Rights, ethnicity and discrimination*, Westport, Greenwood Press, 1985

VIZKELETY, B., *Proving discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987

WROMAN, G., BURNHAM, D., GORDON, S., *Women at Work: Socialization Toward Inequality*, N.Y., Gordian Press, 1988

ARTICLES DE REVUE

BEAUCHAMP, T., *Blackstone and The Problem of Reverse Discrimination*, (1979) Social Theory and Practice, 5,2, 227

BELTON, R., *Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice*, (1981) Vanderbilt Law Review 1205

BLACK, W., *From Intend to effect: New Standards in Human Rights*, (1986) C.H.R.R. v1 c/1

- BLUMROSEN, A.W.**, *Strangers in Paradise: Griggs v Duke Power CO and the concept of employment discrimination*, (1972) 71 Mich. L. Rev., 59
- CRIVENS, T. A.**, *The Continuing Violation Theory and Systemic Discrimination: in search of a Judicial Standard for Timely Filing*, (1988) 41 no6 , Vanderbilt L.R., 1171
- DOERINGER, P. B., PIORE, M.J.**, *Equal Employment Opportunity in Boston*, (1970) 9 Industrial Relations 324
- FISS, O. M.**, *A Theory of Fair Employment Laws*, (1971) U. Chicago L.R., 38, 2, 235
- GARON, M.**, *Pour une approche intégrée de la discrimination systémique: convergences et contributions des sciences sociales et du droit*, (1986) 68 R.D.U.S. 75
- JODOIN, A.**, *La fragilité des assises des droits fondamentaux: les arrêts Bhinder et O'Malley*, (1987) 18 R.G.D. 461
- JOHNSON, J. J.**, *Rebuilding the Barriers: The Trend in Employment Discrimination Class Actions*, (1987) Columbia H.R.L.R. 1
- KNOPFF, R.**, *Prohibiting systemic discrimination: policy developpement or discontinuity?*, (1985) 50 Sask. L. R., 121.
What do Constitutional Equality Rights Protect Canadians Against?, Revue canadienne de science politique, XX:2 (juin 1987) 265
- LAVERGNE, G.**, *La discrimination systémique sous la Charte québécoise: en marge des arrêts O'Malley et Bhinder*, (1986) 27 C.de D. 901
- LEUPRECHT, P.**, *La notion de discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, (1985) R. du B. 45, 811
- MANGAN, B.**, *Comparable worth claims under Title VII: does the evidence support an inference of discriminatory intent*, Wash. L. Rev. (1986) 61, 781
- MCCRUDDEN, C.**, *Institutional Discrimination*, (1982) 2 Oxford Journal of Legal Studies 303
- MENDEZ, M. A.**, *An american legal dilemma - proof of discrimination*, (1949) 17 Univ. Chi. L. Rev. 107
- MOSSOP, D.**, *A Discussion of Systemic Discrimination in a constitutional forum*, (1986) The Advocate 44:3, 369
- NORTON, R. L.**, *The new Disparate Impact Analysis in Employment Discrimination*, (1991) 56 N°2, Missouri L.R., 333
- PROULX, D.**, *Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits*, (1988) 48 R. du B. 633.

Egalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative, (1980) 10 R.D.U.S.381

SAVAGE, I., *Systemic discrimination and Section 15 of the Charter*, (1985) 50 Sask. L. R., 141

SOKOLOW, M. H., *Reverse discrimination as compensation for prior injustice*, (1975) *Philosophical Studies in Education*, 102

SPIEGELMAN, P. J., *Court-ordered Hiring Quotas after Stotts: A Narrative on the Role of the Moralities of the Web and the Ladder in Employment discrimination Doctrine*, (1985) *Harvard C.R.C.L. L.R.*, 339

SULLIVAN, J. F., *Comparable Worth and the Statistical Audit of Pay Programs for Illegal Systemic Discrimination*, (1985) 30 (3) *Personnel Administrator*, 102

WEILER, P., *The Wages of Sex: The Uses and Limits of Comparable Worth*, (1986) *Harvard L. Rev.* 1728

WOLDE-GIORGHIS, H., *Le fardeau de la preuve en matière de discrimination*, (1987) 21 R.J.T. 169

ARRÊTS

Jurisprudence canadienne

Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S.1114

Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool, [1990] 2 R.C.S. 489

Andrews c. Law society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Bliss c. Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 183

Bonnie Robichaud et la Comm. can. des droits de la pers. c. Sa Majesté la Reine, représentée par le Conseil du Trésor, [1987] 2 R.C.S. 84

Brooks C. Canada Safeway ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219

Cashin c. Société Radio-Canada, 1988, 86 N.R. 24 (C.A.F.)

Commission des droits de la personne c Communauté urbaine de Montréal et les agents..., le 9 septembre 1987, C.A. (Q), 500-09-000071-837

Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears ltd, [1985] 2 R.C.S. 536

Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145

Janzen c. Platy Enterprises ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252

K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1985] 2 R.C.S. 561

Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec, [1988] 2 R.C.S. 279

Ville de Québec c. C.D.P.Q., [1989] R.J.Q. 831

Winnipeg School Division No.1 c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 159

Jurisprudence américaine

AFSCME v. Washington 770 F.2d 1401 (9th Cir.1985)

Bazemore v Friday, 478 US 385

Bundy v. Jackson, 641 F. 2d 934 (1981)

Chisholm v U.S. Postal Service, 27 F.E.P. 709

Connecticut v Teal, 457 US 440

Cook v Borstin, 37 F.E.P. Cases 1777

Dimaggio v Postal Service, 40 F.E.P. Cases 1684

E.E.O.C. v. Sears-Roebuck & co., Daily Lab, R.No 11 at D-1 (janv.1988), affirming 628 F. supp. 1264 N.D.O.D.1986

E.E.O.C. v Shell Oil Co., 34 F.E.P. Cases 709

Griggs v Duke Power Co., 401 U.S. 424 N.C.1971; 3 F.E.P.175.

Harris v Marsh, 679 Fed. Supp. 1204

Hill v Metropolitan Rapid Transit Authority, 841 Fed. Reporter 2d 1533

International Brotherhood of Teamster v. United States, 431 U.S.324 (1977)

Martinez v Oakland Scavenger Company, 680 Fed. Supp. 1377

McDonnell Douglas Corp. v Green, 411 U.S.792 (1973)

Residents Advisory Board c. Rizzo, 564 F.2d 126, 3th cir., 1977

Texas Department of Community Affairs v Burdine, 450 US 248

U.S. Postal Service Board of Governors v Aikens, 460 US 711

PARTIE I Introduction au CHAPITRE 2

LIVRES ET RAPPORTS

KANT, I., *La critique de la faculté de juger*, publiée en 1797, traduite et présentée par Alain Renault, Paris, Aubier, 1995

LE MOIGNE, J. L., *Les épistémologies constructivistes*, Paris : P.U.F. 1995 (Que sais-je? 2969)
Sur les fondements épistémologiques de la science de la cognition: contribution de la systématique aux constructivismes, dans ANDREEWSKY E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 11-50
Le constructivisme, t.1 : *Les fondements*, t. 2 : *Les épistémologies* Paris, Ed. ESF, (Communication et complexité) 2 v.: 1994 et 1995

PIAGET, J., *Logique et connaissance scientifique*, Paris, Gallimard, encyclopédie de La Pléiade, 1967

PIATELLI-PAIMARINI, M., *Language and Learning, The Debate Between Jean Piaget and Noam Chomsky*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

SEGAL, L., *The Dream of Reality, Heinz von Foerster's Constructivism*, New York, W.W. Norton, 1986

STECKER, R., *The constructivist's dilemma*, Montréal, Université du Québec à Montréal, Groupe de recherche en épistémologie comparée, 1995, Cahiers d'épistémologie: cahier no 9506

TABARLY, J.-C., *Cognition, systématique et connaissance*, dans ANDREEWSKY E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 51-100

THOM, R. *La querelle du déterminisme, philosophie de la science d'aujourd'hui*, Paris, Gallimard, *Le débat*, 1990

TWOMEY FOSNO, C., (dir.) *Constructivism : Theory, Perspectives, and Practice* , New York : Teachers College Press, 1996

VON FOERSTER, H., *On Constructing a Reality, in Observing Systems*, Seaside, CA, Intersystems Publications, 1981

WATZLAWICK, P. (Ed.) *The Invented Reality. How Do We Know What We Believe We Know?* New York, W.W. Norton, 1984

ARTICLES DE REVUE

TEUBNER G., *How the law thinks : toward a constructivist epistemology of law*, Florence : European University Institute (EUI) working paper, no. 89/393, 1989, 55

ARRÊTS

Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de) (1989) R.J.Q. 831 (C.A.)

Brooks c. Canada Safeway (1989) 1 R.C.S. 1219

Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de) (1990) R.J.Q. 2765

Commission des droits de la personne du Québec c. Magog (Cité de), (1983) 4 C.H.R.R. 1369 (C.S.)

Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor) [1987] 2 R.C.S. 84

Halkett c. Ascofigex Inc., (1986) R.J.Q. 2697 (C.S.)

PARTIE I CHAPITRE 2**LIVRES ET RAPPORTS**

AMSELEK, P., *Méthodes phénoménologiques et théorie du droit*. 1963, Paris, L.G.D.J.

BEETZ, J., *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*, dans **CRÉPEAU, P.A.**, **MACPHERSON, C.B.**,(dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, P.U.M., 1965

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, (2e édition) Cowansville, Yvon Blais, 1990
Interprétation des lois, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1982

IVAINER, T., *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., T. 30, 1988

JEAMMAUD, A., *Norme et règle de droit*, Lyon, Annales Faculté de Droit , 1972-II, 105

LE MOIGNE, J.-L., *La théorie du système général, théorie de la modélisation*,(2e édition) Paris, P.U.F., 1984

MARCIL-LACOSTE, L., *La thématique contemporaine de l'égalité: répertoire, résumés, typologie*, Montréal, PUM, 1984
Égalité des sexes, Actes du colloque international sur la situation de la femme, Cahier de l'ACFAS # 44, Montréal, ACFAS, 1986

Égalité et justice: paramètres d'une dissociation, in Droits, libertés démocratie, J. Lamoureux (dir.), Montréal, ACFAS, 1991, Les cahiers scientifiques no 75, 67.

OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires St-Louis, 1987

PIATELLI-PAIMARINI, M., *Language and Learning, The Debate Between Jean Piaget and Noam Chomsky*, Cambridge, Harvard University Press, 1980

SEGAL, L., *The Dream of Reality, Heinz von Foerster's Constructivism*, New York, W.W. Norton, 1986

VON FOERSTER, H., *On Constructing a Reality*, in Observing Systems, Seaside, CA, Intersystems Publications, 1981

WATZLAWICK, P. (Ed.) *The Invented Reality. How Do We Know What We Believe We Know?* New York, W.W. Norton, 1984

WROBLEWSKY, J., *Interprétation juridique dans Dictionnaire encyclopédique de théorie et de la sociologie du droit*, ARNAUD A.-J. (dir) Paris L.C.D.J. 1988

ARTICLES DE REVUE

BOURCIER, D., *Des faits aux règles. Réflexions à partir du livre: «L'interprétation des faits en droit»*, (1990) Revue Internationale de systémique, vol. 4 N° 2, 225

CARIGNAN, P., *De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles*, (1986) 20 R.J.T. 27

CÔTÉ, P.-A., *L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes*, (1990) 50 R. du B. 329

Groupe stéphanois de recherches, *Les mutations des formes de droit*, Procès - Cahiers d'analyse politique et juridique, Approches critiques du droit, (1982) 9, 5

HÉBERT, J.-C., *Interprétation des lois. La Charte canadienne et l'interprétation des lois*, (1993) 53 R. du B. 407

ARRÊTS

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Hunter c. Southam Inc. [1984] 2 R.C.S. 145

Law Society of Upper Canada c. Skapinker [1984] 1 R.C.S. 357

Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec, [1988] 2 R.C.S. 279

Introduction à la Partie II

BOREL, M.-J., GRIZE J.-B., MIÉVILLE, D., *Essai de logique naturelle*, 2^{ième} éd., Berne, P. Lang, 1992

GRIZE, J.-B., *Logique naturelle et communications*, Paris, P.U.F., 1996

Logique et langage, Paris, Ed. Orphrys, 1990

De la logique à l'argumentation, Genève, Librairie DROZ, 1982

Logique moderne, Paris, Mouton, 1969

GRIZE, J.-B., *Modélisation systémique, raisonnement formel et cognition*. dans ANDREEWSKY, E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991, 159-169

GRIZE, J.-B., collab. de D. Apotheloz, *Sémiologie du raisonnement*, Berne, P. Lang, 1984

GRIZE, J.-B., PIERAUT-LE BONNIEC, G., *La contradiction : essai sur les opérations de la pensée*, Paris, P. U. F., 1983

MIGUELEZ R., *Corps et société ou lorsque la représentation a comme effet net le refoulement*, dans BOULAD AYOUB J., *La représentation: symbolisme et modélisation*, Actes du colloque de la société de philosophie du Québec, 55^e Congrès de l'ACFAS, Ottawa, 19 mai 1987, 155-173

PIAGET J., BETH E.W., *Épistémologie mathématique et psychologie. Essai sur les relations entre la logique formelle et la pensée réelle*, Paris, PUF, 1962

PLANCHE, R., *Maîtriser la modélisation conceptuelle*, Paris, Masson, 1988

ARRÊTS

Central Okanagan School District N° 23 c. Renaud [1992] 2 R.C.S. 970.

Large c. Stratford [1995] 3 R.C.S. 733

Miron c. Trudel [1995] 2 R.S.C. 419.

Université de la Colombie Britannique c Berg [1993] 2 R.C.S. 353

PARTIE II CHAPITRE 1

LIVRES ET RAPPORT

ABELLA R.S., *Egalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984

ARACIL J., *Introduction à la dynamique des systèmes*, Lyon, P.U. Lyon, 1984

- ASHBY, W. R., *An Introduction to Cybernetic*, Londres, Chapman and Hall, 1952
- DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, Paris, Garnier Flammarion, 1966
- GRIZE, J.-B., *De la logique à l'argumentation*, Genève, Librairie DROZ, 1982.
Modélisation systémique, raisonnement formel et cognition dans ANDREEWSKY E. (dir.), *Systémique et cognition*, Paris, Dunod (coll. Afcet Systèmes), 1991, 159-169
- GUINIER, D., *Sécurité et qualité des systèmes d'information Approche systémique*, Paris, Masson 1992
- INDJESSILOGLOU, N., *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, thèse de doctorat, 1980
- LE MOIGNE, J.L., *La théorie du système général, Théorie de la modélisation*, Paris, PUF, 1977; (2e édition) Paris, PUF, 1984; (3e édition) Paris, PUF, 1990; (4e édition) Paris, PUF, 1996
Intelligence des mécanismes, mécanismes de l'intelligence - Intelligence artificielle et sciences de la cognition, Paris, Fayard 1986
Sur les fondements épistémologiques de la science de la cognition: contribution de la systémique aux constructivismes, dans Andreevsky E. (Et coll.) *Systémique et cognition*, Paris, Dunod, 1991
- MORIN, E., *La méthode*, T.1, Paris, Éditions du Seuil, 1977
- MUCCHINELLI, A., *L'analyse phénoménologique et structurale en sciences humaines*, Paris, P.U.F. 1983
- PIAGET, J., *Le structuralisme*, Paris, PUF, 1974
- PIATELLI-PAIMARINI, M., *Language and Learning, The Debate Between Jean Piaget and Noam Chomsky*, Cambridge, Harvard University Press, 1980
- PLANCHE, R., *Maîtriser la modélisation conceptuelle*, Paris, Masson, 1988
- SEGAL, L., *The Dream of Reality, Heinz von Foerster's Constructivism*, New York, W.W. Norton, 1986
- VON BERTALANFFY, L., *General System Theory*, Georges Braziller Inc., New York, 1968.
Théorie générale des systèmes,. traduit par J. B. CHABROL, Paris, Bordas, 1973
- VON FOERSTER ,H., *On Constructing a Reality, in Observing Systems*, Seaside, CA, Intersystems Publications, 1981

WATZLAWICK, P. (Ed.) *The Invented Reality. How Do We Know What We Believe We Know?* New York, W.W. Norton, 1984

WEINER, N., *Cybernetics*, Paris, Hermann, 1948

WILLIAM, R. A., *An Introduction to Cybernetic*, Londres, Chapman and Hall, 1952

WROMAN, G., BURNHAM, D., GORDON, S., *Women at Work: Socialization Toward Inequality*, N.Y., Gordian Press, 1988

ARTICLES DE REVUE

BAILLY, F. *L'anneau des disciplines - Langages disciplinaires et signification*, (1991) Revue internationale de systémique, V.5 n° 3, 349

BATTISTA, J. R., *The Holistic Paradigm and General System Theory*, (1977) XXII General Systems 65

BOURCIER, D., *Des faits aux règles, Réflexions à partir du livre: «L'interprétation des faits en droit»*, (Th. Ivainer, Bibliothèque de philosophie du Droit, T. 30 L.G.D.J., Paris 1988), (1990) Revue Internationale de systémique vol 4 N° 2, 225

LE MOIGNE, J.-L., *Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?*, (1985) Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 155
Conception de la complexité et complexité de la conception, (1990) Revue internationale de systémique Vol. 4 N° 2, 295

LE MOIGNE, J.L., ORILLARD, M., *Des méthodes de pensée qui conviennent...*, *Présentation de systémique et complexité*, (1990) Revue internationale de systémique. Vol.4 N° 2, 119

MORIN, E., *Épistémologie de la complexité* (1984) 1 Revue de la recherche juridique, Droit prospectif 47

SADOWSKY, V.N., *Aspects méthodologiques d'une théorie générale des systèmes*, Revue internationale de philosophie, 1971, V.98 N° 4, 547

ARRÊTS

Andrews c. Law society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool, [1990] 2 R.C.S. 489

K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1985] 2 R.C.S. 561

C.D.P c. Commission scolaire régionale Chauveau, [1993] RJQ 929

Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears ltd, [1985] 2 R.C.S. 536; p.551.

Commission scolaire régionale Chauveau c. C.D.P [1994] RJQ 1196 (CAQ)

Action travail des femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S. 1114

Janzen c. Platy Entreprises ltd, [1989] 1 R.C.S. 1252

PARTIE II Introduction au CHAPITRE 2

LIVRES ET RAPPORTS

APERT, E. [Et autres], *Eugénique et selection*, Paris, F. Alcan, 1922

BAJEMA, C. J. (ed), *Eugenics : Then and Now*, Stroudsburg, Penns., Dowden, Hutchinson & Ross, 1976

BARBEAU, A., *La place d'une technique eugénique en biologie humaine, la sterilisation des inaptes*, 1934, Brochure: 40 p., (disponible à la section des livres rares de la bibliothèque de l'UQAM)

BARKAN, E., *Retreat of Scientific Racism, Changing Concepts of Race in Britain and the United States between the World Wars* / Elazar Barkan, Cambridge, Angleterre, Cambridge University Press, 1992

BELKHIR, J., "*Intelligence*", *société; textes choisis de Jerry Hirsch* ; traduction de l'américain par Elisabeth Callu; texte anglais de Ph. Boys; traduit par Clara Fidel, Paris, L'Harmattan, 1988

BLAIS, H., *Les tendances eugénistes au Canada*, Montréal, L'Institut familial, 1942

BOUCHARD, G. (dir), *De la dynamique de la population à l'épidémiologie génétique*, Chicoutimi, Centre inter universitaire de recherches sur les populations, 1988

BOUCHARD, G., BRAEKELEER, M. de, *Pourquoi des maladies héréditaires? : population et génétique au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Sillery, Septentrion, 1992

CAROL, A., *Histoire de l'eugénisme en France : les médecins et la procréation, XIXe-XXe siècle*, Paris, Editions du Seuil, 1995

CHASE, A., *The Legacy of Malthus : the Social Costs of the New Scientific Racism*, New York, A. A. Knopf, 1977, 1976

DUSTER, T., *Retour à l'eugénisme*; trad. de l'anglais par Colette Estin ; introd. de Pierre Bourdieu, Paris, Kime, 1992

- GROS, F.**, *La civilisation du gène*, Paris, Hachette, 1989
- GROSSMANN, A.**, *Reforming Sex : the German Movement for Birth Control and Abortion Reform, 1920-1950* / Atina Grossmann, New York , Oxford University Press, 1995
- HILLEL, M., CLARISSA H.**, *Au nom de la race*, Paris, Librairie generale française, 1977
- HOLMES, S. J.**, *Human Genetics and its Social Import*, New York, McGraw-Hill, 1936
- International Congress of Eugenics (2e, 1921, American Museum of Natural History), *Eugenics in Race and State : Scientific Papers of the Second International Congress of Eugenics - 1921*, New York, Garland, 1985
- KEVLES, D. J.**, *In the Name of Eugenics : Genetics and the Uses of Human Heredity*, New York, A. A. Knopf, 1985
Au nom de l'eugénisme : génétique et politique dans le monde anglo-saxon; trad. de l'américain par Marcel Blanc, Paris, Presses universitaires de France, 1995
- KEVLES, D. J., HOOD, L.(ed.)**, *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992
- KEVLES, D. J., HOOD, L.**, *Reflections*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.(ed.), *The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, London, Harvard Univ. Press, 1992, 300-328
- LEMAINE, G. , MATALON, B.**, *Hommes supérieurs, hommes inférieurs? : la controverse sur l'hérédité de l'intelligence*, Paris, A. Colin, 1985
- MAZUMDAR, P. M. H.**, *Eugenics, Human Genetics and Human Failings : the Eugenics Society, its Source and its Critics in Britain*, London, Routledge, 1992
- MCLAREN, A.**, *Our Own Master Race : Eugenics in Canada , 1885 -1945*, Toronto, McClelland and Stewart, 1990
- NELKIN, D., TANCREDI, L.**, *Dangerous Diagnostic: The Social Power of Biological Information*, N.Y., Basic Books, 1989
- PETERS, G.**, *Racismes et races: histoire, science, pseudo-science et politique*, Lausanne, Ed. d'en bas, 1986
- PETTIGREW, T. F.**, *Prejudice*, Cambridge Mass, Belknap Press of Harvard U. Press, 1982
- SCHILLER, F. C. S.**, *Social Decay and Eugenic Reform*, New York, Garland, 1984
- SIMPSON, G. E., YINGER, J.**, *Racial and Cultural Minorities: an Analysis of Prejudice and discrimination*, N.Y., Plenum Press, 1985

SMITH, G. P., *Genetics, Ethics and the Law*, Gaithersburg, Md, Associated Faculty Press, 1981

STEPAN, N., *The Hour of Eugenics : Race, Gender and Nation in Latin America*, Ithaca, N. Y., Cornell University Press

SUTTER, J., *L'eugénique, problèmes, méthodes, résultats*, Paris, P.U.F., 1950
Génétique et populations, hommage à Jean Sutter, Paris, P.U.F., 1971

TESTART, J., *Le désir du gène*, Paris, F. Bourin, 1992

THOMAS, J.-P., *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 (Que sais-je? ; 2953)

TUCKER, W. H., *The Science and Politics of Racial Research*, Urbana, University of Illinois Press, 1994

VAN DIKE, V., *Human Rights, ethnicity and discrimination*, Westport, Greenwood Press, 1985

KNOWLES, L., PREWITT, K., *Institutional Racism in America*, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1969

ARTICLES DE REVUE

BILLINGS P.R., *Genetic Discrimination: An Ongoing Survey*, Genewatch, 1991, v. 6, nos 4-5, 7

O'HARA, S., *The Use of Genetic Testing in the Health Insurance Industry: The Creation of a "Biological Underclass"* South-western Univ. L. R. 22 (1993) 1211

ROBERTS, D.E., *The Genetic Tie*, Univ. Chicago L.R., 62 (1995) 209

ROTHENBERG K. H., *Genetic Information and Health Insurance: State Legislative Approaches*, (1995) 23:4 The J. L. Med. & Ethics 312

SMITH, G.P., BURNS T.J., *Genetic Determinism or Genetic Discrimination*, Journal of Contemporary Health Law & Policy, 11 (1994) 23

WOLF, S., *Beyond "Genetic Discrimination: Toward the Broader Harm of Geneticism*, (1995) 23:4 The J. L. Med. & Ethics 345

PARTIE II CHAPITRE 2

LIVRES ET RAPPORTS

ALLEMAND, E., *L'information scientifique à la télévision*, Paris, Édition Anthropos, 1983

ANDREWS, L.B., FULLARTON, J.E., HOLTZMAN, N.A., MOTULSKY, A.G.,(Ed.) *Assessing Genetic Risks: Implications for Health and Social Policy*, Washington, National Academy Press, 1994

ANNAS, G. J., SHERMAN, E. (éd.) *Gene Mapping - Using Law and Ethics as Guides*, New York, Oxford University Press, 1992

BAIRD, P.A., *Opportunity and Danger: Medical, Ethical and Social*, dans B.M. KNOPPERS et C.M. LABERGE (éd), Genetic Screening: From Newborns to DNA Typing, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1990, p. 282

CALLON, M. *La science et ses réseaux, gènèse et circulation des faits scientifiques*, Conseil de l'Europe/Unesco, Editions La découverte, 1989

COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1992

DEMERS, D.L., *L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne*, dans CÔTÉ, R., LAPERRIÈRE, R. (dir.) Vie privée sous surveillance: La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 1994

DRAPER, E., *Risky Business*, New York, Cambridge University Press, 1991

FAYARD, P. *La communication scientifique publique - De la vulgarisation à la médiatisation*, Lyon, Chronique sociale, 1988

FEINGOLD, J., *Communication 3, Table ronde: Problèmes de droit et d'éthique* in BOUCHARD G. (dir.) De la dynamique de la population à l'épidémiologie génétique, Chicoutimi, SOREP, 1987

FRANCA, Z.M., *Strategies and Mechanisms for the Diffusion of Scientific and Technical Information: A Comparative Study*, Ann Arbor, University Microfilms International, 1983

GIORDAN, A., MARTINAND, J.L. (éd.), *Diffusion et appropriation du savoir scientifique - enseignement et vulgarisation*, Chamonix, Centre Jean Franco, 1981

GOLDSMITH, M., *The Science Critic*, London, Routledge & Kegan Paul, 1986

GREELY, H.T., *Health Insurance, Employment Discrimination and the Genetics Revolution*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992

GUINIER, D., *Sécurité et qualité des systèmes d'information - approche systémique*, Paris, Masson, 1992

HOOD, L., *Biology and Medicine in the Twenty-First Century* dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 136-163

HUBBARD, R., WALD, E., *Exploding the Gene Myth*, Boston, Beacon Press, 1993

JUDSON, H. F., *A History of the Science and Technology behind Gene Mapping and Sequencing*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 37 - 80

KEVLES, D. J., *Out of Eugenics: The Historical Politics of the Human Genome*, dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 3 - 36

KNOPPERS, B.M., LABERGE, C.M., *The social Geography of Human Genome Mapping*, dans BANKOWSKI, Z., CAPRON, A.M., Genetics, ethics and human values, Genève, CIOMS, 1991, 39 - 55.

LABERGE, C.M., *L'information génétique: aspects scientifiques et médicaux*, dans KNOPPERS, B.M., CADIET, L., LABERGE C.M. (dir.), La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Paris, Litec, 1992, 11

LABERGE, C.M., KNOPPERS, B.M., *Réflexion sur les enjeux scientifiques et normatifs des registres/fichiers comme instruments d'épidémiologie génétique*, dans C.M. Laberge, Knoppers B.M.(dir.), Registres et fichiers génétiques: enjeux scientifiques et normatifs, 1991, A.C.F.A.S. Les cahiers scientifiques # 77, 145.

MACKAY, P., DEMERS, D., GIRARD, N., *La problématique de l'accessibilité et de la protection des données génétiques dans les fichiers génétiques en droit canadien et québécois* dans B.M. KNOPPERS, L. CADIET, LABERGE C.M. (dir.), La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Paris, Litec, 1992, 101

MOSKO, V., WASKO, J. (dir.), *The Political Economy of Information*, Madison, University of Wisconsin Press, 1988

NELKIN, D., LINDEE, M.S., *The DNA Mystique: The Gene as a Cultural Icon*, New York, W.H. Freeman, 1995

NELKIN, D., *The Social Power of Genetic Information* dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992

ROQUEPLO, P., *Le partage du savoir, Science, culture, vulgarisation*, Paris, Seuil, 1974

SKROTZKY, N. *Science et communication - L'homme multidimensionnel*, Paris, Belfond Sciences, 1989

WEXLER, N., *Clairvoyance and Caution: Repercussions from the Human Genome Project* dans KEVLES, D. J., HOOD, L.,(ed.) The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project, London, Harvard Univ. Press, 1992, 211- 243

ARTICLES DE REVUE

ALPER, J.S., NATOWICZ, M. R., *Genetic Discrimination and the Public Entities and Public Accommodations Titles of the Americans with Disabilities Act*, (1993) 53 Am. J. Hum. Gen.5

BILLINGS, P.R., *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, Am. J. Human Genetics, 50 (1992) 476

EPSTEIN, R.A., *The Legal Regulation of Genetic Discrimination: Old Responses to New Technology*, Boston Univ. L. R. 74(1994) 1

GOSTIN, L.O., *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Pronostic Tests by Employers and Insurers*, (1991) XVII Am. J. L. & Med. 109
Genetic Privacy, (1995) 23:4 The J. L. Med. & Ethics 320

GREELY, H. T., *Conflicts in the Biotechnology Industry*, (1995) 23:4 The J. L. Med. & Ethics 354

GUAY, H., B.M., KNOPPERS, PANISSET, I., *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi*, (1992) R. du B. 52

McEWEN, J.E., MCCARTY, K., REILLY, P.R., *A Survey of Medical Directors of Life Insurance Companies Concerning Use of Genetic Information*, (1993) 53 Am. J. Hum. Gen. 33

O'HARA, S., *The Use of Genetic Testing in the Health Insurance Industry: The Creation of a "Biological Underclass"* South-western Univ. L. R. 22(1993) 1211

McKUSICK, V.A., RUDDLE, F.H., *Status of the Gene Map of the Human Chromosome*, Science 196, (1977) 390

ROBERTS, D.E., *The Genetic Tie*, Univ. Chicago L.R., 62 (1995) 209

ROTHENBERG, K. H., *Genetic Information and Health Insurance: State Legislative Approaches* (1995) 23:4 The J. L. Med. & Ethics 312

SCHIELE, B., LAROCQUE, G., *Le message vulgarisateur*, (1981) Communication #33 173.

TANCREDI, N., *Classify and Control: Genetic Information in the Schools*, (1991) 27 Am. J. L. & Med. 15

ARRÊTS

Audet c. L'Industrielle-Alliance, compagnie d'assurances sur la vie [1990] R.R.A. 500