

Université de Montréal

**Droit et discrimination, norme et violence normative:
Une analyse féministe intersectionnelle de l'effet préjudiciable des
codes sexuels sur les droits des femmes**

Par
Sarah Kisitu

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la faculté des études supérieures
En vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)
Option : droit international

Avril 2023

©Sarah Kisitu, 2023

Université de Montréal
Faculté de Droit

Ce mémoire intitulé

**Droit et discrimination, norme et violence normative:
Une analyse féministe intersectionnelle de l'effet préjudiciable des codes sexuels sur les
droits des femmes**

Présenté par

Sarah Kisitu

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Me Annick Provencher
Directrice de recherche

Me Isabelle Duplessis
Membre du jury

Me Miriam Cohen
Membre du jury

Résumé

Le Canada et le Québec, à l'image de la communauté internationale, ont à cœur le respect, la protection et la promotion des droits des femmes. Toutefois, les normes en matière d'apparence physique et de beauté qui pèsent uniquement sur les femmes, particulièrement sur les femmes et les filles noires, menacent le projet d'égalité réelle. Ces normes sont ce qu'on appelle les codes sexuels. Les codes sexuels cherchent à universaliser, naturaliser et normaliser un modèle unique de féminité, qui respecte un équilibre précaire entre beauté et professionnalisme, entre chasteté et attractivité. Dans ce mémoire de recherche, nous nous intéresserons au rapport entre le droit et la norme, qu'elle soit juridique, sociale ou culturelle, afin de comprendre l'effet préjudiciable des codes sexuels sur les femmes, et de comprendre comment et pourquoi le droit permet, renforce ou lutte contre les codes sexuels. Notre cadre théorique intersectionnel étudiera le principe de discrimination en droit international, canadien et québécois et présentera différentes théories de la norme, à l'intérieur et en dehors d'un contexte purement juridique. Cela permettra d'analyser de façon intersectionnelle la violence normative des deux codes sexuels à l'étude, soit les codes vestimentaires à l'école et les codes sur l'apparence au travail, puis de présenter des solutions sur mesure pour remédier à l'effet de ces codes sur les femmes et les filles.

Mots-clés : droits des femmes, norme, violence, discrimination, dignité, stéréotypes, égalité, code vestimentaire, apparence

Abstract

Canada and Quebec, along with the international community, consider the respect, protection and promotion of women's rights of utmost importance. However, beauty norms and physical appearance standards that only burden women, especially black women and girls, threaten the project of substantive equality. These norms are called sexual codes. Sexual codes seek to universalize, naturalize and normalize a unique model of femininity, which observes a precarious balance between beauty and professionalism, between chastity and attractiveness. In this research paper, we will focus on the relationship between the law and the norm, whether legal, social or cultural, in order to understand the harmful effect of sexual codes on women, and to understand how and why the law allows, reinforces or fights against sexual codes. Our intersectional theoretical framework will study the principle of discrimination in international, Canadian and Quebec law and will present different theories of the norm, inside and outside a strictly legal context. This will allow us to analyze, using intersectionality, the normative violence of the two sexual codes under study, namely dress codes in schools and codes on appearance at work, and then present tailor-made solutions to remedy the effect of these codes on women and girls.

Key words: women's rights, norm, violence, discrimination, dignity, stereotypes, equality, dress code, appearance

Table des matières

Composition du jury	i
Résumé	ii
Abstract	ii
Table des matières	iii
Liste des sigles	vi
Remerciements	vii
INTRODUCTION	1
PARTIE I : CADRE THÉORIQUE	5
1. La discrimination à l'égard des femmes en droit	5
1.1. La discrimination à l'égard des femmes en droit international	5
1.1.1. Les avancés du droit des femmes grâce à la CEDEF	5
1.1.1.1. Le respect de la CEDEF par le Canada : le rôle essentiel du Comité pour la CEDEF	6
1.1.1.2. Les articles de la CEDEF comme guides de l'application du droit des femmes.....	10
1.1.1.2.1. Le préambule et la recherche d'égalité.....	10
1.1.1.2.2. Article 1 définissant la discrimination à l'égard des femmes.....	11
1.1.1.2.3. Article 2 et le rôle des États.....	12
1.1.1.2.4. Article 5 illustrant le potentiel de la CEDEF.....	14
1.1.2. La CIEFDR : précurseur en matière de droits des personnes de couleur	16
1.1.3. Les limites du droit international des droits des femmes.....	18
1.1.3.1. L'intersectionnalité en droit international : un dessein inachevé.....	19
1.1.3.2. L'absence de contrainte du droit international: l'exemple de la CEDEF.....	21
1.2 La discrimination et l'égalité des femmes en droit canadien.....	23
1.2.1 L'article 15 : garant de l'égalité et protecteur contre la discrimination	24
1.2.1.1. Première étape du test de discrimination de la Charte canadienne: est-ce qu'il y a une distinction ?	25
1.2.1.2. Deuxième étape du test de discrimination de la Charte canadienne : est-ce que la distinction est discriminatoire?	26
1.2.1.3. Le paragraphe 15 (2)	27
1.2.2. L'évolution jurisprudentielle de l'interprétation de l'article 15 traduisant l'ampleur et la fragilité du projet d'égalité.....	28
1.2.2.1. <i>Andrews c. Law Society of British Columbia</i> : les débuts de l'égalité réelle.....	28
1.2.2.2. <i>Law c. Canada</i> : la dignité, solution éphémère aux réclamations d'égalité.....	30

1.2.2.3. <i>Fraser c. Canada</i> : l'amélioration du droit à la non-discrimination.....	32
1.2.2.4. <i>Fraser c. Canada</i> : ratant une opportunité de perfectionner davantage le droit à la non-discrimination.....	36
1.2.2.4.1. Les juges face à l'intersectionnalité : un engagement réticent.....	36
1.2.2.4.2. Les motifs analogues et énumérés : une simplification récusable de l'identité	39
1.3. La discrimination à l'égard des femmes en droit québécois.....	42
1.3.1. Reconnaître la discrimination prima facie en vertu de la Charte québécoise	43
1.3.2. Protéger l'égalité des femmes: choisir la Charte canadienne ou la Charte québécoise? ...	45
1.3.3. Les femmes noires, dans l'angle mort de la protection de la Charte québécoise face aux codes sexuels.....	53
2. Les théories de la norme	57
2.1. Les normes.....	58
2.2. Les normes du droit : de la modernité à la postmodernité	59
2.2.1. Les normes du droit moderne : l'exemple classique du droit.....	59
2.2.2. Les normes du droit souple bousculant l'idée de norme juridique	62
2.3. Les normes selon la sociologie juridique.....	64
2.3.1. Les normes dans le pluralisme juridique.....	65
2.3.2. Le droit, la culture et les normes culturelles : une relation délicate.....	66
2.4. Les normes selon une typologie sociologique : l'importance de l'origine historique et normative	68
2.5. Les schémas de discipline et l'intériorisation d'une sanction subtile	72
2.6. Comprendre l'effet préjudiciable des normes grâce à la violence normative	75
2.6.1. Le pouvoir des normes de créer et altérer la réalité.....	75
2.6.2. Les discours minoritaires et le pouvoir exorbitant du droit.....	77
2.6.3. La féminité sous contrôle et la violence normative	80
3. Méthodologie	84
3.1. Le choix des codes sexuels à l'étude	84
3.2. L'analyse des codes sexuels.....	86
PARTIE II : ANALYSE	87
4. Les codes vestimentaires dans les écoles.....	87
4.1. Les particularités normative et institutionnelle des codes vestimentaires scolaires	88
4.2. Le droit face aux codes vestimentaires scolaires: une nouveauté.....	91
4.2.1. <i>Peltier v. Charter Day School, Inc.</i> : un code vestimentaire scolaire analysé par les tribunaux ⁹¹	

4.2.2. Les codes vestimentaires et l'imputabilité incertaine de la Charte canadienne aux écoles	93
4.3. La discrimination et la violence normative des codes vestimentaires	96
4.3.1. Les codes vestimentaires créent-ils une distinction?	96
4.3.2. Les codes vestimentaires créent-ils une distinction discriminatoire?	99
4.3.2.1. Codes vestimentaires : entre protection et punition des corps féminins	100
4.3.2.2. La violence des codes vestimentaires dans l'espace public	102
4.3.2.3. La violence intersectionnelle des codes vestimentaires	104
4.3.3. L'appréhension des codes vestimentaires par le droit : prendre garde aux stéréotypes pour protéger la dignité des filles	106
4.3.3.1. Les stéréotypes inhibant le droit à l'éducation des filles	107
4.3.3.2. Les codes vestimentaires brimant la dignité des filles	110
4.4. L'inaction du droit expliquée par l'adéquation aux mêmes normes que les codes vestimentaires	112
4.5. Neutraliser les codes vestimentaires : pistes de solution sur mesure	114
4.5.1. Négociation centrée autour des élèves	115
4.5.2. Uniformité de codes vestimentaires respectueux des droits de la personne	116
5. Les codes sur l'apparence au travail	118
5.1. La qualification normative des codes sur l'apparence : entre norme sociale et culturelle	121
5.2. La violence des codes sur l'apparence : les cheveux afro face au droit	124
5.2.1. <i>Rogers v. American Airlines, Inc.</i> : les faits et le raisonnement des juges derrière le refus de reconnaître la discrimination	125
5.2.2. Le problème de l'absence d'une analyse intersectionnelle	126
5.2.3. Les conséquences de la déshistoricisation et la déculturation des cheveux afro	128
5.2.4. Qualification normative et discrimination : absence de corrélation	129
5.2.5. Analyse de la discrimination des codes sur l'apparence à l'aune de la jurisprudence québécoise	133
5.3. La violence économique et psychologique des codes sur l'apparence	139
5.4. Le <i>CROWN Act</i> : couronner la lutte contre la violence des codes sur les cheveux afro	143
5.5. S'inspirer du <i>CROWN Act</i> pour enrayer les codes sexuels au Canada et au Québec	147
CONCLUSION	149
BIBLIOGRAPHIE	154

Liste des sigles

2SLGBTQIAP (LGBTQ+) : Bi-spirituel.le, Lesbienne, Gay, Bisexuel.le, Transgenre, Queer, *Questionning*, Intersexe, Asexuel.le, Pansexuel.le

CDPDJ : Commission des Droits de la Personne et des Droits de la Jeunesse du Québec

CEDEF : Convention sur l'Élimination de toutes les Formes de Discriminations Envers les Femmes

CIEFDR: Convention Internationale sur l'Élimination de toutes les Formes de Discrimination Raciale

CODP : Commission Ontarienne des Droits de la Personne

C.R.O.W.N. Act: Create a Respectful and Open World for Natural Hair Act

ONU : Organisation des Nations Unies

PIDCP : Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques

TDP: Tribunal des Droits de la Personne

Remerciements

C'est à ma maman adorée, mon modèle sur terre, que je tiens à envoyer mes premiers remerciements. Merci de toujours être à l'écoute, merci de t'intéresser à tout ce qui m'est cher et merci d'avoir les câlins les plus réconfortants. Merci de ta confiance inébranlable, de ta férocité et de ton amour inconditionnel. Tu as raison ; nous sommes des reines et nous sommes impeccables.

Je suis également pleine de gratitude envers mon papa, qui n'a jamais douté de mon potentiel, qui m'a donné le goût de l'aventure et qui continue de nous gâter comme quand on était enfant.

À mes grands frères, mes personnes préférées au monde : Merci d'avoir toujours pris soin de moi et merci de me faire rire chaque jour. Notre trio est une ressource infinie de force et de bonheur. Les plus beaux moments de ce processus de rédaction, de ma vie d'enfant, d'adolescente et d'adulte, sont ceux passés ensemble, dans la verrière ou aux quatre coins du monde. À mes deux petits ours, Pirlou et Toulouse, merci pour ces belles années de *rourouning*. Nous avons grandi ensemble et vous serez toujours mes petits bébés.

À ma tantine Zou, merci pour tes prières, ta force tranquille, ton humour tranchant et tes « ah bassi » indispensables à ma réussite lors de mes 3 ans d'études à Paris. Tu as donné des ailes à ce rêve de droit et je suis heureuse de partager ce moment avec toi.

Je tiens également à remercier ma sœur, Vanessa. On a commencé le secondaire ensemble et c'est également ensemble que nous terminons nos études. Quelques 15 ans plus tard, les rêves murmurés dans nos chambres pleines de posters se réalisent et je ne saurais être plus fière de nous.

À l'amour de ma vie, qui est arrivé à la fin de mon parcours académique mais à l'aube d'un nouveau chapitre, te rencontrer fut telle une sérendipité et la vie avec toi est une bénédiction. *This is our love and I'll always be your baby*. Je t'aime, Andrew, et merci pour tout.

J'envoie ma gratitude aux gardiens ancestraux du territoire non cédé de Tioitià :ke (Montréal).

À Me Annick Provencher, je vous remercie pour vos encouragements dans les moments difficiles et pour votre patience dans ce long processus.

Enfin, je tiens à remercier toutes celles qui m'ont inspirée à être la femme que je suis aujourd'hui. Un merci bien spécial à Emma Watson, dont le discours aux Nations Unis sur le féminisme en 2014 a changé ma vie, à AOC et Ilhan Omar, qui allient intelligence, éloquence, passion et style avec une grâce remarquable, et enfin à l'équipe de soccer canadienne féminine, qui me rend fière d'être Canadienne et qui, à travers les hauts et les bas, me rappelle l'importance de toujours persévérer.

*À ma mère et mes grands-mères,
à tantine Rochane,
à toutes celles avant nous et
à notre terre l'Afrique,*

INTRODUCTION

Il appert que parler de la beauté, de l'apparence physique et des vêtements des femmes comme obstacles dirimants à la réalisation de leurs droits pourrait sembler hyperbolique, surtout à une époque où des vents liberticides menacent de façon concrète les droits des femmes. Au Québec, l'adoption de la *Loi sur la laïcité de l'État*¹ du 16 juin 2019 a sonné le glas du droit des personnes religieuses, particulièrement des femmes musulmanes voilées², à occuper certaines professions dans le secteur public. Au Canada, les violences faites aux femmes, filles et personnes 2SLGBTQIA autochtones s'insèrent dans un contexte de discrimination systémique³, qui semble ne susciter qu'un opprobre parcimonieux⁴. Aux États-Unis, les femmes sont restées sans voix face au revirement en juin 2022 de l'arrêt *Roe v. Wade*⁵, qui protégeait le droit constitutionnel à l'avortement depuis 1973. De façon globale, le mouvement social #MeToo propulsé en 2017 a mené à l'exhumation de myriades d'actes de violence sexuelle commis sur des femmes dans l'impunité. Cependant, plusieurs normes comminatoires pour les droits des femmes existent dans une réalité qui semble étrangère au droit.

En 1999, l'actrice Julia Roberts, déjà détentrice d'un Golden Globe Award, s'était présentée pour la sortie de son film *Notting Hill* sans s'être rasée les aisselles. Sans le vouloir, elle relança le débat autour de la pilosité féminine et des standards de beauté⁶. En 2018, l'actrice Kristen Stewart, récipiendaire d'un prix César, avait enlevé ses stiletos pour marcher pieds-nus sur le tapis rouge du festival de Cannes, allant à l'encontre de la règle qui interdit les souliers plats pour les femmes. Elle affirma que si les hommes n'étaient pas forcés de porter des talons, elle ne pouvait y être contrainte non plus⁷. Toujours en 2018, une jeune fille noire américaine de 11 ans fut renvoyée de l'école, car elle arborait des extensions capillaires et cela violait le code règlementaire interdisant aux filles et aux garçons de porter des perruques, des extensions ou des pièces de cheveux de toute sorte, ne leur permettant de porter que leurs cheveux naturels⁸. Enfin, à la même époque, une

¹ *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3

² *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 CanLII 1466, (QCCS), par. 807 : Dans cette décision, Ichrak Nourel Hak, une femme musulmane portant un hijab qui désire être enseignante, conteste la constitutionnalité de la loi devant la Cour supérieure du Québec. Au paragraphe 807, la Cour dit : *Le Tribunal souligne que la preuve révèle indubitablement que les effets de la Loi 21 se répercuteront de façon négative sur les femmes musulmanes d'abord et avant tout. D'une part, en violant leur liberté de religion et d'autre part, en faisant de même à l'égard de leur liberté d'expression puisque la tenue vestimentaire constitue à la fois une expression pure et simple, mais elle peut également constituer la manifestation d'une croyance religieuse.*

³ ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, *Réclamer Notre Pouvoir Et Notre Place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2019 p. 2

⁴ *Id.*, p. 54

⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

⁶ Lauren VALENTI, « Julia Roberts' Infamous Armpit Hair Reveal Was a Statement—But Not the One You Think », *Vogue*, 5 novembre 2018

⁷ Janelle OKWODU, « Kristen Stewart Goes Barefoot on the Cannes Red Carpet—And Wins », *Vogue*, 14 mai 2018

⁸ Julia JACOBS et Dan LEVIN, « Black girl sent home from school over hair extensions », *The New York Times*, 21 août 2018

adolescente londonienne de 14 ans fut répétitivement renvoyée à la maison pour avoir arboré ses cheveux naturels en forme d'afro, celui-ci étant qualifié de trop gros et distrayant. Après 4 ans et une certaine couverture médiatique, le conflit se régla à l'amiable et elle reçut £8,500 en gain de cause⁹.

En effet, en matière de travail et d'éducation, les vêtements¹⁰, le maquillage¹¹, les cheveux afro¹², l'attractivité physique et les courbes du corps¹³, le poids¹⁴, les rides et les cheveux gris¹⁵, sont des éléments qui furent et continuent d'être utilisés pour punir les femmes de leur apparence. Les normes qui se créent autour de ces exigences sont ce que nous appelons les codes sexuels. Ces normes dictent aux femmes l'apparence qu'elles devraient avoir afin d'atteindre le juste milieu entre désirabilité et professionnalisme, afin d'être traitées avec respect, de bénéficier des mêmes opportunités que les hommes et de jouir des droits qui leur sont formellement garantis. Les femmes protestent, négocient ou obéissent à ces codes, qui servent à universaliser et naturaliser l'idée de ce qu'une femme devrait être. Nous nous questionnons sur les raisons qui expliquent le maintien des codes sexuels dans un État comme le Canada, qui semble déterminé à récuser les inégalités de genre et les inégalités raciales.

Dans ce mémoire de recherche, nous nous attèlerons donc à analyser la dynamique entre le droit et les normes afin de comprendre l'effet préjudiciable des codes sexuels sur les femmes, particulièrement sur les filles et les femmes noires, au Québec. Quel lien existe-t-il entre le droit, les normes et les codes sexuels? Le droit est une mécanique sociale en constante mutation. Simultanément, les normes qui existent en société évoluent, régressent ou maintiennent un statu quo. Le droit et les normes sont-ils dans une relation de coexistence et de dépendance mutuelle¹⁶? Quant aux codes sexuels, il s'agit de normes qui existent dans l'orbite du droit, car ils ont un impact sur les droits des femmes. De quelle manière le droit appréhende-t-il les normes? Quel rôle jouent

⁹ Eleanor BUSBY, « Pupil repeatedly sent home from school over afro hair wins £8,500 payout », *Independent*, 7 février 2020

¹⁰ *Loi sur la laïcité de l'État*, préc., note 1, art. 6

¹¹ *R v. Rhodes*, [2011] M.J. No 67, en ligne: < <https://feministlegalforum.files.wordpress.com/2011/11/rhodes-transcript-sentencing.pdf> > : Le maquillage de deux jeunes filles fut mentionné comme élément contextuel dans le cadre de leur agression sexuelle.

¹² *Rogers v. American Airlines, Inc.*, 527 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981) (ci-après «Rogers») : Une employée afro-américaine trouvait que la politique capillaire d'American Airlines était discriminatoire pour les femmes noires, car elle exigeait de porter un chignon et interdisait les cornrows.

¹³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, N° AZ-50066521, dossier n° 500-53-000097-988, [9 juin 1999], T.D.P.Q., en ligne : < [Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.](#) > (ci-après « Beaublanc ») : Une serveuse fut renvoyée à cause de sa petite poitrine.

¹⁴ *Maddox c. Vogue Shoes*, décision n° 91-004, 8 avril 1991 (Human Rights Tribunal of Ontario), en ligne: <https://archive.org/stream/boi91_004/boi91_004_djvu.txt> : Une vendeuse qualifiée et ayant un bon rendement se fit demander de perdre du poids pour garder son emploi.

¹⁵ John PLUNKETT, «Countryfile's Miriam O'Reilly wins BBC ageism claim », *The Guardian*, 11 janvier 2011: Une présentatrice télé à BBC fut victime de discrimination sur le fondement de l'âge et du genre, mais le tribunal de l'emploi qui trancha le litige ne reconnut que la discrimination liée à l'âge, notamment à cause des remarques du directeur de la plaignante, qui l'avait avertie de cacher ses rides.

¹⁶ Nikolas ROSE et Mariana VALVEDERE, « Governed by law? », (2017) 7 *Social and legal studies* 541, p. 542

les normes sociales, culturelles et religieuses en droit? Comment cela influence-t-il l'appréhension des codes sexuels par le droit? On remarque que ces codes semblent émerger de l'anecdotique, mais présentent rapidement un caractère discriminatoire, sans qu'on y décèle forcément une violation des droits des femmes. De quels instruments le droit canadien et québécois disposent-ils afin de remédier à la problématique des codes sexuels? Comment les utilisent-ils ou comment pourraient-ils les utiliser? Comment faillent-ils à s'en servir? Pourquoi le droit entérine ou permet-il certains codes et rompt avec d'autres?

Afin de tenter de répondre à ces interrogations, notre cadre théorique commencera par exposer le droit relatif à la discrimination afin de comprendre l'étendue et le fonctionnement des instruments juridiques dont les femmes disposent face au caractère discriminatoire des codes sexuels au Québec. Pour ce faire, nous étudierons la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations envers les femmes*¹⁷ (ci-après «CEDEF») et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹⁸ (ci-après «CIEFDR»), plus particulièrement leurs mécanismes d'application permettant aux garanties conventionnelles d'être respectées par les États et leur contenu servant à titre d'inspiration et d'aspiration pour le droit interne. Puis, nous exposerons brièvement quelques limites du droit international de la non-discrimination, expliquant le pouvoir restreint de ce-dernier à entraîner de manière directe des changements substantiels dans la vie des femmes, particulièrement des femmes noires. Nous étudierons également la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹ et la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*²⁰ en ce qu'elles sont les deux documents ayant le plus grand potentiel de protéger et promouvoir les droits des femmes contre la discrimination intersectionnelle des codes sexuels. Dans un premier temps, en retraçant l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de discrimination en droit canadien, et grâce à une analyse doctrinale critique en la matière, nous discuterons du progrès accompli, mais également des obstacles qui s'érigent devant la promesse d'égalité réelle²¹, notamment la réticence des juges à adopter une analyse intersectionnelle de la discrimination à cause de la manière dont est comprise l'identité en droit. Dans un second temps, après avoir présenté la façon dont le droit à l'égalité est protégé par

¹⁷ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, R.T.N.U. 1249, (ratifiée par le Canada le 10 décembre 1981) [CEDEF], en ligne : < <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> >

¹⁸ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966 [1969], R.T. Can. n°24 (ratifiée par le Canada le 14 octobre 1970) [CIEFDR], en ligne : < <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> >

¹⁹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], (ci-après « Charte canadienne »)

²⁰ *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, (ci-après « Charte québécoise »)

²¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143 (ci-après « Andrews »)

la Charte québécoise, nous parlerons de la dualité du test applicable aux recours en discrimination de la Charte canadienne et de la Charte québécoise et des effets que cela emporte, notamment dans le cadre scolaire et professionnel, puis nous aborderons les difficultés menaçant la reconnaissance de la discrimination des codes sexuels vécue par les femmes noires en droit québécois.

Ensuite, la seconde section de notre cadre théorique sera dédiée à comprendre les phénomènes normatifs qui interviennent dans la discrimination des codes sexuels. Ainsi, nous mobiliserons la théorie de la norme, non seulement pour passer outre l’ambiguïté normative des codes sexuels et pouvoir les qualifier de façon juridique, mais pour réexaminer l’incontestabilité des préceptes de la norme de droit, tels que la raisonnable ou la neutralité. Cela nous permettra d’intégrer d’autres facteurs, comme l’origine historique ou le contexte social et culturel, dans notre étude des normes juridiques et de leur relation avec les autres normes avec lesquelles elles coexistent et interagissent. Nous traiterons également de la sanction comme pendant de la norme, puis nous présenterons diverses théories normatives féministes intersectionnelle afin de saisir les difficultés du droit à reconnaître et sanctionner l’effet préjudiciable des codes sexuels.

Enfin, notre analyse se concentrera sur deux catégories de codes sexuels : les codes vestimentaires dans les écoles primaires et secondaires et les codes sur l’apparence dans le milieu du travail. L’analyse replacera les codes sexuels dans leur contexte social, qualifiera de façon juridique le type de norme dont il s’agit, présentera la façon dont le droit conçoit et traite cette norme, démontrera les raisons qui expliquent la dynamique entre le code sexuel et le droit et suggérera des potentielles avenues pour remédier à la problématique. Dans le cadre de notre analyse des codes vestimentaires à l’école, sachant qu’il n’existe pas de jurisprudence québécoise en la matière et pour éviter une analyse purement hypothétique, nous nous servirons d’une décision de justice américaine qui aborde la question des codes vestimentaires scolaires discriminatoires²². Pour les codes sur l’apparence au travail, nous nous concentrerons sur le cas précis des codes capillaires interdisant les cheveux et les coiffures afro. Encore une fois, en l’absence de jurisprudence en la matière, nous examinerons l’analyse juridique d’un arrêt américain qui traita de discrimination capillaire envers les femmes noires au travail²³, mais en parallèle avec un jugement québécois portant sur la discrimination liée au corps et à la beauté²⁴. Pour les deux codes, notre objectif sera de démontrer les raisons sociales et culturelles derrière la pensée des juges, d’expliquer comment elles se transposent dans leurs arguments juridiques et d’intégrer nos apprentissages en matière de droit

²² *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, 37 F.4th 104 (4th Cir. 2022) (ci-après «Peltier»)

²³ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12

²⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13

canadien et québécois à la non-discrimination aux situations présentées devant les tribunaux américains, afin de garder les cas étudiés pertinents à notre contexte juridique, social et culturel.

PARTIE I : CADRE THÉORIQUE

L'éventail des codes sexuels est très large. Ils ont une normativité et un niveau de coercition qui varient. Ils se manifestent dans différentes sphères de la société. Ils affectent différentes femmes de multiples façons, certaines étant vulnérables à l'intersection de plus d'un code sexuel. En réduisant les codes sexuels à leur plus petit commun dénominateur, nous arrivons à les appréhender de la sorte : Des normes discriminatoires envers les femmes. Cette première partie présentera la théorie nécessaire à notre analyse. Le premier axe portera sur la compréhension de la discrimination à l'égard des femmes en droit et le second axe portera sur l'appréhension des normes par le droit.

1. La discrimination à l'égard des femmes en droit

La protection juridique des femmes contre la discrimination fondée sur le genre et sur la race existe simultanément à différents niveaux afin d'optimiser les chances de réduire les inégalités qui persistent et affectent leurs droits. Le droit international, le droit canadien et le droit québécois, tout en ayant chacun un raisonnement propre, tout en présentant des avantages et des limites, tendent vers le même objectif d'éradication de la discrimination à l'égard des femmes.

1.1. La discrimination à l'égard des femmes en droit international

Eu égard au pouvoir discriminatoire des codes sexuels, il semble que la CEDEF et la CIEFDR détiennent le potentiel d'agir à titre de boussole juridique pour le droit canadien en l'incitant à changer sa façon de respecter, protéger et promouvoir les droits des femmes. Toutefois, au Canada, à moins qu'elles n'aient été introduites dans l'ordonnement juridique par une loi rendant leurs dispositions applicables, les conventions internationales ratifiées n'ont aucun effet en droit interne²⁵. Ainsi, leur pouvoir de contrainte sur les États est très limité. De plus, l'intégration partielle d'une approche intersectionnelle dans leur analyse des violations au droit à l'égalité des femmes freine l'idée d'un droit international à la non-discrimination servant de modèle pour les États.

1.1.1. Les avancés du droit des femmes grâce à la CEDEF

²⁵ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, par. 79

Au début des années 70, la Commission de la condition de la femme, principal organe intergouvernemental mondial dédié à la promotion de l'égalité des genres et l'autonomisation des femmes²⁶, désirait un document international exhaustif et contraignant afin d'éliminer la discrimination envers les femmes²⁷. Succédant à la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*²⁸, au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁹ et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁰, qui se contentaient de prôner l'égalité formelle entre les hommes et les femmes en affirmant la non-discrimination entre les sexes³¹, la CEDEF est la cristallisation du droit international des droits des femmes et elle fut rédigée en gardant la réalité sociale, culturelle et économique des femmes en tête³². Le 18 décembre 1979, elle fut adoptée avec 130 votes en sa faveur, 10 abstentions et 0 vote en sa défaveur³³. Le 3 septembre 1981, 20 États l'avaient ratifiée et elle devint la Convention la plus rapide à entrer en force en matière de droits de la personne³⁴.

1.1.1.1. Le respect de la CEDEF par le Canada : le rôle essentiel du Comité pour la CEDEF

Le Canada a ratifié la CEDEF le 10 décembre 1981³⁵ et est devenu partie au *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*³⁶ (ci-après « Protocole ») le 18 octobre 2002³⁷. En ratifiant la CEDEF et son Protocole, le Canada est lié par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui est indispensable au respect de la CEDEF.

En vertu de l'article 2 du Protocole facultatif à la CEDEF, des personnes ou des groupes de personnes relevant de la juridiction d'un État partie peuvent présenter une communication au

²⁶ ONU-FEMMES, *Commission de la condition de la femme*, en ligne : <<https://www.unwomen.org/fr/csw>>

²⁷ ONU-FEMMES, *Short History of CEDAW Convention*, en ligne : <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm>>

²⁸ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G.N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948)

²⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966 [1976] R.T. Can. n° 47 (entré en vigueur au Canada le 19 mai 1976), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>

³⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 46, (entré en vigueur au Canada le 19 août 1976), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>

³¹ Harold HONGJU KOH, «Why America Should Ratify the Women's Rights Treaty (CEDAW)» (2002) 34 *Case Western Reserve Journal of International Law* 263, p. 265

³² *Id.*, p. 266

³³ ONU-Femmes, préc., note 27

³⁴ H. HONGJU KOH, préc., note 31

³⁵ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, en ligne : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=fr>

³⁶ *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 6 octobre 1999, R.T.N.U. 2131, (ratifié par le Canada le 18 octobre 2002) [PFCEDEF] en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/default-title>>

³⁷ *Id.*, en ligne : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&clang=fr>

Comité lorsqu'ils considèrent qu'un de leurs droits garantis par la Convention a été violé par ledit État³⁸. Il faut cependant avoir épuisé tous les recours internes pour que la communication soit recevable³⁹. Le Comité examine à huis clos les communications⁴⁰, puis il transmet ses constatations et ses recommandations aux parties⁴¹. L'État partie a alors 6 mois afin de soumettre au Comité une réponse écrite l'informant de toutes les actions prises afin d'aborder les constatations et recommandations émises par le Comité⁴². Le pouvoir de coercition que ce dernier détient en vertu de l'article 2 du Protocole est cependant limité et ses décisions n'ont pas le même statut que les décisions judiciaires. En effet, le Comité n'est formellement pas désigné comme une cour ou un tribunal, il est composé d'experts et non de juges, sa procédure d'examen de communications est confidentielle et non publique et elle est entièrement écrite sans possibilité de présenter ses réclamations oralement, et ses décisions sont des constatations et non des jugements⁴³. Cela nous empêche d'établir un parallèle entre la fonction des tribunaux et des cours canadiennes dans leur analyse de litiges et la fonction du Comité dans sa réception de communications. Les décisions du Comité ne sont donc pas contraignantes pour les États parties⁴⁴, car les constatations et les recommandations ne sont pas des décisions ayant l'autorité de la chose jugée. Ce sont plutôt des moyens pour aider les États à remédier à la problématique soulevée par la personne ou le groupe de personnes à l'origine de la communication et pour inciter les États à modifier les lois qui ne sont pas compatibles avec la CEDEF⁴⁵. Toutefois, malgré le caractère non-contraignant des constatations et des recommandations du Comité, les États ont quand même l'obligation de les examiner⁴⁶.

Le pouvoir que détient le Comité de dénoncer les actes ayant à l'encontre de la CEDEF s'est également manifesté en 2015, alors qu'il exerça sa compétence, en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif, d'initier une enquête sur les disparitions et les meurtres des femmes et des filles autochtones au Canada⁴⁷. En effet, l'article 8 dispose que si le Comité est informé qu'un État partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits de la Convention, il demande à l'État de participer à l'examen des éléments portés à son attention et de présenter ses observations à leur

³⁸ *Id.*, art. 2

³⁹ *Id.*, art. 4.

⁴⁰ *Id.*, art. 7 (2)

⁴¹ *Id.*, art. 7 (3)

⁴² *Id.*, art. 7 (4)

⁴³ Geir ULFSTEIN, «Individual complaints», dans Helen KELLER et Geir ULFSTEIN (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 73, à la p. 74

⁴⁴ *Id.*, p. 75

⁴⁵ *Id.*, p. 104

⁴⁶ Christian TOMUSCHAT, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2^e éd., Oxford, Academy of European Law, 2008, p. 220

⁴⁷ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Report of the inquiry concerning Canada of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/OP.8/CAN/1 (2015), en ligne: <<file:///C:/Users/user/Downloads/N1509165.pdf>>

sujet⁴⁸. En prenant en considération les observations soumises et d'autres informations fiables venant de tiers parties, le Comité peut demander à quelques-uns de ses membres de mener une enquête et de rédiger un rapport remis au Comité avec célérité⁴⁹. Les faits colligés dans le rapport pourront ensuite être transmis à l'État, en plus d'observations et de recommandations de la part du Comité⁵⁰. L'État aura alors 6 mois pour soumettre ses observations au Comité⁵¹. Ainsi, en juin 2016, le gouvernement du Premier Ministre Justin Trudeau a accepté les recommandations du Comité et il a entamé les procédures afin de mettre sur pied une enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées⁵², finalisée en 2019⁵³.

Le Comité de la CEDEF détient également le pouvoir d'émettre des recommandations d'ordre général⁵⁴, soit des recommandations sur tout sujet susceptible d'avoir un impact sur les droits des femmes et que le Comité juge impératif pour les États d'y vouer une attention particulière⁵⁵. Même si elles ne sont pas contraignantes pour les États⁵⁶, il s'agit d'un corpus interprétatif substantiel des dispositions de la CEDEF qui est censé guider les législations, les politiques étatiques et les politiques privées⁵⁷.

De plus, le Comité est chargé de surveiller l'application de la Convention et d'évaluer les progrès des États parties en matière de droits des femmes⁵⁸, notamment grâce aux rapports que les États parties doivent soumettre au Secrétaire général des Nations Unies pour examen⁵⁹. En 2022, le Canada a soumis au Comité son dixième rapport périodique en application de l'article 18 de la Convention⁶⁰. Les observations les plus récentes du Comité, suite à un rapport périodique⁶¹,

⁴⁸ Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, préc., note 38, art. 8 (1)

⁴⁹ *Id.*, art. 8 (2)

⁵⁰ *Id.*, art. 8 (3)

⁵¹ *Id.*, art. 8 (4)

⁵² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Information reçu du Gouvernement du Canada en réponse au rapport d'enquête concernant le Canada effectué par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes selon l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, CEDAW/C/OP.8/CAN/3 (2016), par. 6, en ligne : < [file:///C:/Users/user/Downloads/N1619538%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/N1619538%20(1).pdf) >

⁵³ ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, préc., note 3

⁵⁴ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 21

⁵⁵ OHCHR, « Recommandations générales, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes », en ligne : < <https://www.ohchr.org/fr/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations> >

⁵⁶ EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *A Lever for Change: Using the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Manchester, Ceri Hayes, 2010, p. 21

⁵⁷ Andrew BYRNES, « The Committee on the Elimination of Discrimination against Women », dans Anne HELLMUM et Henriette SINDING AASEN, *Women's human rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 27, à la p. 34

⁵⁸ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 17

⁵⁹ *Id.*, art. 18

⁶⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Dixième rapport périodique soumis par le Canada en application de l'article 18 de la Convention, attendu en 2020*, CEDAW/C/CAN/10 (2022)

⁶¹ En 2022, le Comité a présenté au Canada ses constatations mais, en vertu du paragraphe 3 de l'article 7 du Protocole facultatif, c'était par rapport à une communication datant de 2014 : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Constatations adoptées par le Comité au titre du paragraphe 3 de l'article 7 du Protocole facultatif, concernant la communication no 68/2014*, 81^e sess., CEDAW/C/81/D/68/2014 (2022)

remontent à 2016 cependant⁶². Quelques remarques méritent d'être présentées par rapport à ces dernières observations.

D'abord, alors que le Comité note les différentes dispositions constitutionnelles, législatives, règlementaires, administratives et politiques cherchant à promouvoir l'égalité des genres et à soulever le caractère illicite de la discrimination fondée sur le genre, il pointe également du doigt la perpétuation de la discrimination envers les femmes autochtones⁶³. Ainsi, malgré les critiques déplorant que les États exagéraient leurs accomplissements et minimisaient ou occultaient leur manque d'action afin de remédier à la situation *de facto* des femmes⁶⁴, le Comité demeure à l'affût de cette tendance et va plus loin que ce que les États révèlent dans leur rapport.

Ensuite, le Comité recommande au Canada la mise au point d'une stratégie, une politique et un plan d'action intégrés pour l'égalité des genres afin de lutter contre les facteurs structurels qui perpétuent les inégalités. Cela comprend les formes convergentes de discrimination qui touchent les femmes et les filles, particulièrement celles appartenant à des groupes défavorisés. Le Comité cite les femmes et les filles handicapées, les mères célibataires, les femmes et les filles autochtones, les Canadiennes d'ascendance africaine, les migrantes, les réfugiées, les demandeurs d'asile, les lesbiennes, les bisexuelles, les femmes transsexuelles et intersexuées⁶⁵. Cet accent sur les femmes vulnérables à plus d'un motif de discrimination semble s'aligner avec la récente reconnaissance par le Comité de l'importance de l'intersectionnalité⁶⁶, notamment par sa Recommandation générale 28 de 2010 qui invite les États à reconnaître, prohiber et sanctionner les formes intersectionnelles de discrimination et leurs conséquences négatives aggravées pour les femmes et les filles⁶⁷. Les États doivent adopter des politiques et des programmes conçus afin d'éliminer ces conséquences, cela incluant des mesures temporaires appropriées⁶⁸. En faisant de l'intersectionnalité une composante essentielle à l'analyse de la discrimination vécue par les femmes, le Comité illustre

⁶² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les huitième et neuvième rapports périodiques (présentés en un seul document) du Canada*, 65^e sess., CEDAW/C/CAN/CO/8-9 (2016)

⁶³ *Id.*, par. 12

⁶⁴ A. BYRNES, préc., note 57, p. 32

⁶⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 62, par. 21b)

⁶⁶ *Infra*, notes 141-144

⁶⁷ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 47^e session, CEDAW/C/GC/28 (2010), par. 18

⁶⁸ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 4; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 25: Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales)*, 30^e sess., par. 15 et 18 : *L'objet des « mesures spéciales » visées au paragraphe 1 de l'article 4 [de la CEDEF] diffère nettement de celui du paragraphe 2 du même article. Le paragraphe 1 a pour but d'accélérer l'amélioration de la condition de la femme pour instaurer l'égalité de fait ou réelle avec les hommes et d'encourager l'évolution structurelle, sociale et culturelle nécessaire pour éliminer les formes et les effets passés et présents de la discrimination à l'égard des femmes et offrir à celles-ci les moyens de la compenser. Il s'agit de mesures temporaires.*

son pouvoir interprétatif afin de maintenir la CEDEF pertinente aux vus des changements politiques, sociaux et juridiques.

Enfin, se préoccupant de la situation des filles et des femmes au-delà du cadre politique ou juridique, le Comité s'inquiète du nombre de filles victimes de discrimination et de harcèlement sexuel dans les écoles⁶⁹. Il suggère également au Canada de renforcer ses stratégies de lutte contre les stéréotypes discriminatoires et les obstacles structurels pouvant décourager les filles de poursuivre leurs études postsecondaires et de s'orienter vers des domaines traditionnellement dominés par une présence masculine⁷⁰.

Cette préoccupation des stéréotypes de genre, de la discrimination dans les murs de l'école et de leur influence sur les choix de carrière professionnelle des filles s'explique par l'objectif de la Convention de garantir le respect, la protection et la promotion des droits des femmes dans tous les pans de la société.

1.1.1.2. Les articles de la CEDEF comme guides de l'application du droit des femmes

Parmi les nombreuses dispositions de la CEDEF, certaines peuvent enrichir notre réflexion sur les codes sexuels. Il s'agit de son préambule et de ses articles premier, deuxième et cinquième.

1.1.1.2.1. Le préambule et la recherche d'égalité

Le paragraphe 7 du préambule de la Convention consolide le revirement opéré par le paragraphe 6, qui passe d'un contexte normatif à un contexte ancré dans la réalité⁷¹. Il établit un lien entre la discrimination, l'égalité et la dignité lorsqu'il affirme que la discrimination envers les femmes est une violation de l'égalité et de la dignité. Le préambule reconnaît l'importance d'aborder l'expérience spécifique féminine face à la discrimination de genre⁷². Une analyse discursive du texte de la CEDEF révèle l'égalité comme étant tripartite. L'esprit de la Convention est abrité par la complémentarité entre l'égalité formelle, substantielle et transformative, cette dernière étant précisée sous la plume du Comité⁷³.

⁶⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 62, par. 36 e)

⁷⁰ *Id.*, par. 37 b)

⁷¹ Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN et Beate RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women : A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 157; *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 6 et 7

⁷² M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 156

⁷³ Simone CUSACK et Lisa PUSEY, « 'Cedaw' and the rights to non-discrimination and equality », (2013) 14 *Melbourne Journal of International Law* 1, p. 10.

L'égalité formelle affirme qu'en tant qu'égaux, les hommes et les femmes devraient être traités de la même façon. Cette idée est infusée dans maints instruments juridiques internationaux⁷⁴, et comme nous le verrons dans le prochain chapitre, ce fut une idée prévalente pendant longtemps à l'échelle nationale également.

En plus de l'égalité formelle, la CEDEF demande des États parties qu'ils prennent toutes les mesures appropriées pour garantir une égalité substantielle entre les hommes et les femmes. Le Comité a expliqué que les États ont l'obligation d'assurer que les femmes bénéficient d'une égalité d'opportunité, donc qu'elles soient sur la même ligne de départ que les hommes⁷⁵, mais également qu'elles bénéficient d'une égalité de résultats, donc qu'elles soient habilitées à réussir dans un environnement prompt à enlever les obstacles sur leur chemin⁷⁶. Il est possible que pour cela, l'État doive traiter les femmes et les hommes non pas de manière identique, mais de manière différente pour prendre en compte les divergences sociales et culturelles entre les deux genres⁷⁷.

Enfin, on reconnaît dans plusieurs dispositions de la CEDEF une égalité transformative, particulièrement dans les articles 2 et 5⁷⁸. Le Comité divise en deux les obligations pour atteindre l'égalité transformative. Tout d'abord, il faut la transformation des institutions, systèmes et structures qui causent ou perpétuent la discrimination et les inégalités. Pour ce faire, il revient aux États d'adopter des stratégies pour redistribuer le pouvoir et les ressources et d'adopter des mesures qui modifient les schémas institutionnels actuels qui sont historiquement ancrés dans les paradigmes masculins de pouvoir et qui ne reflètent que la réalité masculine⁷⁹. Ensuite, il faut la transformation de normes, préjugés et stéréotypes dangereux pour les droits des femmes⁸⁰ et la création de conditions nécessaires afin que les femmes puissent exercer leur autonomie, cela passant par leur détention du pouvoir de développer leurs capacités de faire des choix sans limitations fondées dans les stéréotypes, les préjugés et les rôles genrés archaïques⁸¹.

1.1.1.2.2. Article 1 définissant la discrimination à l'égard des femmes

⁷⁴ *Id.*; H. HONGJU KOH, préc., note 31, p. 265

⁷⁵ S. CUSACK et L. PUSEY, préc., note 73, p. 11

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 63, par. 10

⁸⁰ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 2(f), 5 et 10 (c). À l'article 2 (f), les États s'engagent à prendre toutes les mesures pour modifier ou abroger les coutumes et pratiques qui constituent une discrimination à l'égard des femmes. À l'article 5, les États s'engagent à prendre toutes les mesures pour modifier les schémas socio-culturels de genre afin d'éliminer les stéréotypes, préjugés et l'idée de supériorité des hommes par rapport aux femmes. Selon l'article 10 (c), les États doivent prendre toutes les mesures pour éradiquer la discrimination à l'égard des femmes dans le milieu scolaire et académique, entre autres en éliminant les conceptions stéréotypées des rôles de l'homme et de la femme.

⁸¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 67, par. 22

L'article 1 de la CEDEF définit la discrimination contre les femmes comme une distinction, une exclusion ou une restriction fondée sur le genre qui a pour effet ou but de compromettre ou détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, sur la base de l'égalité, des droits de la personne et des libertés fondamentales, dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autre⁸². L'application de la Convention à tous les domaines de la vie des femmes, la liste n'étant pas exhaustive, transcende les dichotomies entre sphère privée et sphère publique, puis entre acteur étatique et non étatique. La Convention veut remédier aux formes de discrimination survenant à huis clos, car elles impactent la capacité des femmes à jouir et exercer pleinement leurs droits⁸³. L'esprit de la Convention veut couvrir même les droits qui ne sont pas explicitement mentionnés dans le texte⁸⁴. Le Comité, dans sa surveillance de l'application de la Convention, opère un examen minutieux de tout type de préjugé pouvant négativement affecter l'expérience des femmes à cause de leur genre, peu importe d'où émergent ces préjugés ou par qui ils sont perpétrés⁸⁵.

1.1.1.2.3. Article 2 et le rôle des États

L'article 2 a été reconnu comme étant l'essence même de la CEDEF et crucial à sa mise en œuvre⁸⁶. Il incarne les trois obligations principales des États par rapport à la Convention : éliminer la discrimination directe et indirecte qui perdurent dans les lois, actes d'autorités publiques et actions de acteurs privées; améliorer la situation de facto des femmes grâce à des programmes et des politiques; et s'attaquer aux stéréotypes et rôles genrés nuisibles dans le droit, mais également dans les structures et attitudes sociales⁸⁷. La Convention exige des États qu'ils s'abstiennent de poser des gestes, de prendre des décisions ou de diriger des actions discriminatoires envers les femmes, qu'ils protègent les femmes contre la discrimination aux mains d'acteurs du secteur privé et qu'ils promeuvent l'égalité de jure et de facto des femmes en prenant les mesures nécessaires pour créer un environnement propice à cette égalité⁸⁸.

Le Comité développe un corpus non exhaustif d'éléments pouvant aider les États à concrétiser leurs obligations sous l'article 2. Ainsi, les politiques de l'État devraient inclure des mesures législatives et non-législatives qui couvrent tous les domaines de la vie. L'État devrait s'assurer que toutes les branches et tous les niveaux du gouvernement soient impliqués dans le processus et dans

⁸² *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 1

⁸³ *Id.*, p. 9

⁸⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 68, par. 25

⁸⁵ S. CUSACK et L. PUSEY, préc., note 73, p. 10

⁸⁶ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 182

⁸⁷ *Id.*, p. 184

⁸⁸ *Id.*, p. 185

l'application des politiques. L'État devrait exiger que les femmes soient identifiées comme détentrices de droits sous la politique, particulièrement les femmes plus vulnérables du fait de leur appartenance à plusieurs groupes marginalisés susceptibles de les placer au cœur d'une discrimination intersectionnelle, et qu'elles soient également en mesure de participer au développement et à la mise en œuvre de la politique⁸⁹. Enfin, il incombe à l'État d'inclure la participation des acteurs du secteur privé comme les entreprises, les médias, les ONG, le milieu académique, les groupes communautaires ou religieux, etc. afin de maximiser les résultats ciblés par la CEDEF et changer les mentalités⁹⁰.

L'article 2 a) de la Convention accorde une grande importance au rôle de la loi, qui a le pouvoir d'inhiber ou de catalyser la discrimination envers les femmes en tant que vecteur normatif prisé pour l'action de l'État. L'objectif de la Convention est que les États parties puissent incorporer ses dispositions en droit national afin qu'elles puissent être invoquées en tant que norme véhiculant des droits légaux⁹¹ et non seulement des droits moraux⁹². L'article 2 b) exhorte les États à prévoir des lois antidiscriminatoires et des sanctions encadrant la transgression desdites lois afin qu'elles ne soient pas qu'une recommandation⁹³. L'article 2 d) vise les institutions publiques, cela incluant les corps gouvernementaux, mais certainement également les hôpitaux ou les écoles. En utilisant le terme « institution » et non « administration », la CEDEF semble accorder davantage d'importance au critère matériel (secteur public/privé) par rapport au critère organique (puissance publique étatique/acteur privé). On note qu'à l'article 2 e), l'obligation de l'État est moins contraignante car il ne doit plus « condamner » mais bien « prendre toutes les mesures appropriées » pour éliminer la discrimination envers les femmes qui provient d'une personne, une organisation ou une entreprise⁹⁴. Toutefois, selon la Recommandation générale 28 du Comité, les législations antidiscriminatoires doivent également viser les entreprises ou organisations du secteur privé⁹⁵. Manquer à son obligation de prendre les mesures appropriées pour prévenir, enquêter et punir les violations des normes antidiscriminatoires par les acteurs privés engendrerait la responsabilité juridique des États parties⁹⁶. Enfin, l'article 2 f) se lit bien en conjonction avec l'article 5. Il anticipe

⁸⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 68, par. 26

⁹⁰ *Id.*, par. 28

⁹¹ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 189

⁹² Andrew FAGAN, *Human rights*, Essex, Internet Encyclopedia of Philosophy, 2023, pp. 8 et 9, en ligne: < <https://iep.utm.edu/hum-rts/> > : *A legal right is a right that enjoys the recognition and protection of the law, it cannot be said to exist prior to its passing into law and the limits of its validity are set by the jurisdiction of the body which passed the relevant legislation. Moral rights are not rights in the strict sense, but are better thought of as moral claims that exist prior to and independently from their legal counterparts [...] Human rights are both moral rights and legal rights. Human rights originate as moral rights and their legitimacy is necessarily dependent upon the legitimacy of the concept of moral rights. A principal aim of human rights is for them to receive universal recognition as legal rights.*

⁹³ *Id.*, p. 191

⁹⁴ *Id.*, p. 200

⁹⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 68, par. 28

⁹⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 67, par. 29

le repli d'États parties sur des politiques non interventionnistes alors que ces dernières permettent la perpétuation de stéréotypes de genre, maintiennent la discrimination envers les femmes et contreviennent à la Convention⁹⁷.

1.1.1.2.4. Article 5 illustrant le potentiel de la CEDEF

L'article 5 symbolise le dynamisme de la Convention en tant qu'instrument sujet à une interprétation progressive par le Comité⁹⁸.

L'article 5 cible les modèles sociaux et culturels de conduite, les stéréotypes, les préjugés, les coutumes et les traditions qui traduisent une croyance en l'infériorité des femmes et qui se manifestent par des attitudes et des gestes discriminatoires qui les empêchent d'être une personne à part entière, d'exercer tout leur potentiel et de mener une vie remplie⁹⁹. La CEDEF fait des normes de l'article 2 une matière hétérogène qui possède le pouvoir de nier aux femmes leur droit d'être traitées avec respect en tant qu'être humain digne et égal, mais également le pouvoir de leur nier leur autonomie de vivre une vie selon leur propre choix et convictions personnelles¹⁰⁰. Alors que le préambule lie l'égalité et la dignité, l'article 5 ajoute à ce lien l'autonomie individuelle comme élément indispensable à la compréhension de la Convention. De plus, on remarque que les stéréotypes sont un élément important dans l'application de la Convention. L'utilisation de stéréotypes fige les identités de genre et les rôles genrés afin de les faire paraître comme étant réels, universels, éternels, naturels, essentiels et impossibles à changer¹⁰¹. Les représentations stéréotypées des femmes et de la féminité participent à la construction sociale, économique, culturelle et juridique de l'inégalité de genre et de la subordination des femmes aux hommes¹⁰².

Le Comité met en garde les États contre les formulations neutres sur le genre, car ces dernières ne sont pas à l'abri de véhiculer des stéréotypes qui ne sont ensuite jamais remis en question et vont favoriser une discrimination indirecte¹⁰³. Contrairement à la discrimination directe qui survient lorsqu'une entité privée ou publique adopte une pratique, commet un acte, fait appliquer une norme ou prononce des propos qui établissent une distinction sur un motif prohibé, la discrimination indirecte survient lorsqu'une loi, ou plus largement une norme, en apparence neutre a une incidence

⁹⁷ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 197

⁹⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 67, par.3

⁹⁹ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 240; Martha C. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The capabilities approach*, New York, The University of Chicago, 2000

¹⁰⁰ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 240

¹⁰¹ *Id.*, p. 242

¹⁰² Kwame Anthony APPIAH, «Stereotypes and the Shaping of Identity» (2000) 88 *California Law Review* 41, p. 43

¹⁰³ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Conclusions du Comité: Slovaquie*, 16^e sess., A/52/38, (1997) par. 89

disproportionnée sur des membres de groupes qui bénéficient d'une protection contre la discrimination fondée sur une caractéristique personnelle comme le genre, la race ou la religion¹⁰⁴. Le Comité reconnaît en outre que changer la culture nécessite un effort politique véhément et une coopération sincère avec la société civile, les leaders religieux et communautaires, les membres de groupes militants de droits des femmes, les enseignants et les médias¹⁰⁵, ces derniers étant les secteurs les plus susceptibles de créer un environnement favorisant l'égalité de genre¹⁰⁶.

Enfin, la suggestion du Comité aux États parties de transposer en droit national les dispositions de la Convention est d'autant plus pertinentes alors que l'article 5 endosse un rôle actif dans l'analyse des cas de discrimination directe ou indirecte envers les femmes¹⁰⁷ et devient du matériel auprès duquel les États peuvent évaluer ou mesurer leurs propres normes et convenir d'une nécessité de changement¹⁰⁸. En effet, l'article 5 a) a été invoqué à plusieurs reprises lors de communications envoyées au Comité en vertu de l'article 2 du Protocole facultatif de la CEDEF¹⁰⁹. En 2008, Cecilia Kell fut la première canadienne à utiliser ce mécanisme¹¹⁰. Elle porta plainte auprès du Comité parce que son droit à jouir de sa propriété dans les mêmes conditions que son mari avait été violé par l'État canadien du fait de son statut autochtone en vertu de l'article 16 h) de la CEDEF. Le Comité déclara que le Canada avait violé les articles 1, 2 et 16 de la Convention et devait accorder des dommages et intérêts à la demanderesse, en plus de lui donner une maison similaire à celle dont elle avait été privée¹¹¹.

Le cas de Cecilia Kell rappelle que d'autres caractéristiques, telle l'identité autochtone ou la race, existent simultanément au genre et livrent certaines femmes à une discrimination intersectionnelle. Dans son dernier rapport périodique, le Canada explique que son nouveau ministère Femmes et Égalité des genres Canada a, entre autres, la responsabilité de favoriser une meilleure compréhension de l'intersectionnalité entre le genre et d'autres facteurs d'identité dont l'âge, la religion, l'origine ethnique ou la race¹¹². En droit international, l'instrument juridique protégeant les personnes de couleur de la discrimination est la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*.

¹⁰⁴ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, (ci-après « *Fraser* »), par. 30

¹⁰⁵ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Nigeria*, 41^e sess., CEDAW/C/NGA/6 (2008), par. 323

¹⁰⁶ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Nicaragua*, 37^e sess., CEDAW/C/NIC/CO/6 (2007) par. 12

¹⁰⁷ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 257

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Communication n° 19/2008. Constatations adoptées par le Comité à sa cinquante et unième session, tenue du 13 février au 2 mars 2012*, 51^e sess., CEDAW/C/51/D/19/2008 (2012)

¹¹¹ *Id.*, par. 11

¹¹² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 61, par. 45

1.1.2. La CIEFDR : précurseur en matière de droits des personnes de couleur

La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* fut adoptée le 4 janvier 1969¹¹³. Elle a été prise en tant que premier instrument international contraignant destiné à combattre la discrimination raciale¹¹⁴ et en tant que première convention de droits de la personne édictée grâce à la participation d'États africains nouvellement indépendants¹¹⁵. Elle traduisait les espoirs de la communauté internationale de trouver un respect mutuel et une harmonie entre les peuples et les nations¹¹⁶.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale fut le premier Comité indépendant d'un traité onusien chargé d'en surveiller l'application par les États parties et il continue à encadrer l'héritage complexe de la Convention¹¹⁷ en donnant un sens à ses dispositions et en guidant les États dans leur application de la Convention. À ce titre, le Comité de la CIEFDR n'a pas des tâches qui diffèrent grandement de celles du Comité de la CEDEF ou des comités des autres conventions internationales onusiennes. L'article 9 de la CIEFDR institue une obligation pour les États parties de soumettre, pour examen par le Comité, un rapport détaillant les mesures prises pour donner effet à la Convention¹¹⁸. De son côté, le Comité a la compétence d'émettre des recommandations d'ordre générale et de présenter des observations finales fondées sur l'examen des rapports périodiques des États parties¹¹⁹. Ces rapports font état de la reconnaissance des accomplissements des États mais aussi des inquiétudes du Comité et de ses recommandations pour le futur¹²⁰. De plus, si la procédure de communication instaurée par l'article 14 de la Convention¹²¹ n'était pas très utilisée au départ, au fil du temps, les personnes et les organisations des États parties commencèrent à se servir de la possibilité qu'elle offre de dénoncer la violation d'un droit garanti par la Convention par leur État¹²². Ainsi, lorsque le Comité informe l'État de la communication, ce dernier dispose de trois mois afin de soumettre au Comité des déclarations et des explications sur la situation et afin

¹¹³ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 18, en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>>

¹¹⁴ Theodor MERON, «The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», (1985) 79-2 *The American Journal of International Law* 283, p. 283

¹¹⁵ David KEANE et Annapurna WAUGHAY, *Fifty years of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 1^{ère} éd., Manchester, Manchester University Press, 2017, p.1,

¹¹⁶ *Id.*, p. xv

¹¹⁷ *Id.*, p. xvi

¹¹⁸ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 18, art. 9 (1)

¹¹⁹ *Id.*, art. 9

¹²⁰ D. KEANE et A. WAUGHAY, préc., note 115, pp. 12 et 13

¹²¹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 18, art. 14

¹²² D. KEANE et A. WAUGHAY, préc., note 115, p. 12

d'indiquer les mesures qui auraient dû être prises pour y remédier¹²³. Après examen, le Comité présente ses suggestions et ses recommandations à l'État partie et au pétitionnaire¹²⁴.

Ce qui est très intéressant avec la CIEFDR est le contexte de son adoption. Plusieurs délégués approuvèrent l'adoption de la Convention avec la conviction que c'était un instrument utile pour signifier l'opprobre international contre le colonialisme occidental et l'apartheid, mais que la discrimination raciale n'était pas un problème sur leur territoire. D'autres sentaient l'ubiquité de cet enjeu, notamment par l'oppression des minorités ethniques et des peuples autochtones¹²⁵. À l'époque, comme cela demeure le cas aujourd'hui, la tâche qui incombait au Comité était de convaincre les États que les pratiques d'apartheid, de ségrégation, de colonialisme étaient des pratiques paradigmatiques des préjugés fondés sur la couleur de la peau, mais qu'il existait d'autres formes de discrimination raciale qui étaient tout autant condamnées par la Convention¹²⁶. À cet effet, en 1972, la seconde Recommandation Générale du Comité sur les obligations des États sous la Convention¹²⁷ était en réponse à maints États qui considéraient qu'ils ne devaient pas soumettre de rapports pour examen par le Comité, car ils n'étaient pas accablés par la discrimination raciale¹²⁸.

La CIEFDR est un instrument dynamique qui doit se lire en tenant compte des facteurs sociaux qui favorisent la conduite raciste de la société contemporaine¹²⁹. La conception de discrimination raciale a évolué et quoiqu'elle ne soit plus systématiquement institutionnalisée comme l'était le colonialisme ou l'apartheid, cela demeure une réalité qui se décline en diverses formes et nuances au sein des États¹³⁰. Sans faire l'exégèse des obligations des États sous la CIEFDR, cela ayant été fait par d'autres avec bien plus de précision¹³¹, nous tenons à noter que pour contrer les formes les plus pernicieuses de la discrimination raciale, la Convention demande aux États d'adopter des mesures dans le domaine de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information¹³².

Ainsi, lors de ses dernières observations finales suite au rapport du Canada valant de 21^e à 23^e rapports périodiques¹³³, en 2016, le Comité déplorait que les élèves et étudiants afro-canadiens

¹²³ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 18, art. 14 (6)

¹²⁴ *Id.*, art. 14 (7)

¹²⁵ D. KEANE et A. WAUGHAY, préc., note 115, p. xvi

¹²⁶ *Id.*, p. 6

¹²⁷ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale II concernant les obligations des États parties*, 5^e sess., U.N. Doc. A/8718 à 38, (1972)

¹²⁸ D. KEANE et A. WAUGHAY, préc., note 115, p. 7-8

¹²⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXXII Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 75^e sess., CERD/C/GC/32 (2009), par. 5

¹³⁰ D. KEANE et A. WAUGHAY, préc., note 115, p. 269

¹³¹ T. MERON, préc., note 114

¹³² *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 18, art. 7

¹³³ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales concernant le rapport du Canada valant vingt et unième à vingt-troisième rapports périodiques*, 93^e sess., CERD/C/CAN/CO/21-23 (2017)

soient traités avec plus de sévérité que les autres¹³⁴. Pour répondre à cette problématique et garantir à tous les enfants l'égalité d'accès et de jouissance d'une éducation de qualité sans discrimination raciale, le Comité proposait entre autres de s'assurer que les écoles répondent aux besoins culturels et linguistiques distincts des minorités ethniques et des élèves autochtones, de mettre au point une stratégie nationale afin de remédier aux taux élevés d'expulsion des enfants afro-canadiens et de recueillir des données ventilées sur les mesures disciplinaires prises à l'encontre des enfants afro-canadiens pour surveiller les effets discriminatoires des procédures disciplinaires¹³⁵.

À l'école comme dans d'autres secteurs, une analyse intersectionnelle est nécessaire afin de comprendre et répondre à la problématique du racisme et du sexisme structurel qui affecte les filles de couleur et qui a des effets sur leur emploi, leur situation économique et leur santé mentale¹³⁶. Sous la plume du Comité, plusieurs recommandations générales ont été rédigées pour couvrir des enjeux pratiques, exégétiques et thématiques, telle la nécessité d'intégrer la composante de genre dans l'analyse de la discrimination raciale¹³⁷. En effet, la *Recommandation générale 25 concernant la dimension sexiste de la discrimination raciale*¹³⁸ marque une volonté d'appréhender la discrimination raciale selon une approche systématique¹³⁹ et les balbutiements des Nations Unies en matière d'intersectionnalité au tournant des années 2000¹⁴⁰.

Pour comprendre la discrimination opérée par les codes sexuels, il est important de ne pas compartimenter l'identité des femmes, mais bien de l'appréhender comme l'interaction continue et simultanée de plusieurs caractéristiques personnelles pouvant placer les femmes à l'intersection de divers motifs de discrimination. La discrimination subie par les femmes doit impérativement s'analyser avec des lunettes intersectionnelles. Malheureusement, malgré ses efforts, l'intersectionnalité se trouve dans l'angle mort de la communauté internationale et elle fait partie des limites du droit international que nous désirons à présent aborder.

1.1.3. Les limites du droit international des droits des femmes

Le droit international présente de grands idéaux pour la réalisation des droits de la personne. Cependant, il semble difficile de transformer ces idéaux en changements concrets. L'intersectionnalité, quoique de plus en plus intégrée dans la réflexion onusienne, semble être

¹³⁴ *Id.*, par. 29

¹³⁵ *Id.*, par. 30

¹³⁶ Johanna BOND, *Global Intersectionality and Contemporary Human Rights*, 1^{ère} éd., New York, Oxford University Press, (2021), p. 45

¹³⁷ Patrick THORNBERRY, «Confronting racial discrimination: A CERD perspective», (2005) 5-2 *Human Rights Law Review* 239, p.246

¹³⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXV concernant la dimension sexiste de la discrimination raciale*, 56^e sess., U.N. Doc. A/55/18, annexe V à 152 (2000)

¹³⁹ D. KEANE et A. WAUGHRAV, préc., note 115, p. 11

¹⁴⁰ J. BOND, préc., note 136, p. 54

difficilement appliquée et applicable dans les faits. De plus, le manque de coercition des instruments de droit international permet aux États de manquer aux obligations auxquelles ils ont souscrit sans qu'ils en sentent des conséquences tangibles.

1.1.3.1. L'intersectionnalité en droit international : un dessein inachevé

Le terme « intersectionnalité » vient de l'avocate, activiste et Professeure de droit de l'Université de Columbia Kimberlé Crenshaw. Elle le définit de la façon suivante : *“Intersectionality is a lens through which you can see where power comes and collides, where it interlocks and intersects”*¹⁴¹. Ces domaines de pouvoir sont structurel, hégémonique, disciplinaire, interpersonnel et psychique¹⁴². Sirma Bilge, Professeure en sociologie de l'Université de Montréal, peint l'intersectionnalité comme une analytique du pouvoir, précisément des entremêlements, des structurations et des organisations du pouvoir à travers une série de vecteurs de pouvoir co-constitutifs, tels le genre, la race, la religion, la classe sociale, la capacité, etc., qui sont en interaction¹⁴³. Enfin, en 2000, la sociologue américaine et pionnière de la pensée féministe noire, Patricia Hill Collins, affirme que l'intersectionnalité est une analyse qui soutient que la race, la classe sociale, la sexualité, l'ethnicité, la nationalité et l'âge forment des éléments d'organisation sociale qui se construisent mutuellement, ce qui détermine l'expérience des femmes noires, et se fait également influencé par les femmes noires¹⁴⁴.

La même année, avec la Recommandation générale 25 précitée, le Comité de la CIEFDR reconnaît que la discrimination raciale peut affecter les femmes d'une façon différente que les hommes et il pose les jalons pour les futures conventions afin qu'elles intègrent une approche intersectionnelle¹⁴⁵. Quelques années plus tard, on retrouve des instruments telle que la *Recommandation générale 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*¹⁴⁶ rédigée par le Comité de la CEDEF, qui spécifie que les États doivent se parer de

¹⁴¹ COLUMBIA LAW SCHOOL, « Kimberlé Crenshaw on Intersectionality, More than Two Decades Later », *Columbia Law School*, 8 juin 2017, en ligne : <<https://www.law.columbia.edu/news/archive/kimberle-crenshaw-intersectionality-more-two-decades-later>>; Kimberlé CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », (1989) 1989-1 *University of Chicago Legal Forum* 139

¹⁴² Sirma BILGE, « Le blanchiment de l'intersectionnalité », (2015), 28-2, *Recherches féministes* 9, p. 16; voir aussi Patricia HILL COLLINS « The Social Construction of Black Feminist Thought », (1989) 14-4 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 745

¹⁴³ S. BILGE, préc., note 142, p. 16

¹⁴⁴ Patricia HILL COLLINS, *Black Feminist Thought, Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, 2^e éd., London, Routledge, 1999, p. 299

¹⁴⁵ J. BOND, préc., note 136, p. 54

¹⁴⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*, CEDAW/C/GC/32 (2014)

législations reconnaissant et interdisant les formes de discrimination superposées et l'effet cumulé de leurs conséquences sur les personnes qui en sont victimes¹⁴⁷.

Toutefois, les différents comités des conventions internationales ont parfois raté l'occasion d'utiliser ce cadre intersectionnel afin de promouvoir les droits de la personne à l'échelle internationale¹⁴⁸. Quoiqu'intervenant avant que l'intersectionnalité fasse partie de l'arsenal analytique des comités, l'affaire *Lovelace c. Canada*¹⁴⁹, administrée par le Comité des droits de l'homme en 1977, illustre les failles de l'étude d'une situation discriminatoire sans se servir de l'intersectionnalité.

La communication de Sandra Lovelace fut admise par le Comité des droits de l'homme, qui surveille l'application du *Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques* selon les règles du mécanisme de communication de plaintes établies aux articles 2, 4 et 5 du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁵⁰. En l'espèce, Lovelace était une femme autochtone Canadienne qui alléguait que la *Loi sur les indiens*¹⁵¹ opérait une discrimination sur le fondement du sexe et violait le PIDCP. En effet, une femme autochtone qui mariait un homme non-autochtone perdait son statut de personne autochtone mais ce n'était pas le cas pour un homme autochtone qui épousait une femme non-autochtone. Lorsqu'elle épousa un homme non autochtone, Lovelace perdit son droit de vivre sur la réserve¹⁵².

Le Comité jugea que le droit de vivre sur la réserve autochtone n'était pas garanti par l'article 27 du PIDCP¹⁵³, car les communautés autochtones devaient pouvoir définir les catégories de personnes autorisées à vivre sur la réserve pour préserver leur identité en tant que peuple¹⁵⁴. Toutefois, Lovelace avait le droit d'avoir accès à sa culture et à sa langue, donc l'interdiction de revenir vivre sur la réserve n'était pas raisonnable¹⁵⁵. Le Comité détermina enfin que son analyse lui permettait d'éviter d'examiner la situation de Lovelace sous le prisme d'autres droits du Pacte¹⁵⁶, cela incluant notamment l'égalité de genre.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 6

¹⁴⁸ J. BOND, préc., note 136, p. 57

¹⁴⁹ Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, 13^e sess., U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à 83, (1984)

¹⁵⁰ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 23 mars 1976, R.T.N.U. 999, (entré en vigueur au Canada le 19 août 1976) [PFPIDCP], en ligne : < <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-civil-and-political> >

¹⁵¹ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5

¹⁵² Human Rights Committee, préc., note 149

¹⁵³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 29, art. 27 : *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.*

¹⁵⁴ Human Rights Committee, préc., note 149, par. 15

¹⁵⁵ *Id.*, par. 18

¹⁵⁶ *Id.*

Dans cette affaire, mettre l'accent sur les droits culturels a occulté la dimension genrée de l'inégalité à laquelle faisait face la plaignante¹⁵⁷. La discrimination qui s'érigait devant elle était à l'intersection du genre et de l'ethnicité ou de la race¹⁵⁸, mais en faisant fi de la particularité de son expérience en tant que femme autochtone, le Comité n'a pas saisi l'étendue du préjudice subi. De plus, sachant qu'autant le Comité des droits de l'homme que le Comité de la CEDEF aurait été compétent pour recevoir sa communication si les faits s'étaient déroulés après la ratification de la CEDEF et son Protocole, la compartimentalisation des secteurs de discrimination illustre une structure qui n'est pas édifée afin de traiter de la discrimination et des violations des droits de la personne de façon holistique¹⁵⁹. Pour que les plaignantes voient leurs réclamations accueillies, il semble qu'elles doivent fracturer leur identité en choisissant devant quel comité présenter leur communication.

Si la CIEFDR et la CEDEF demeurent d'importants symboles de droits de la personne et de démocratie, on remarque que les conventions internationales n'ont pas toujours le pouvoir de changer les relations de pouvoir systémiques en matière de genre et de race et les idéologies de supériorité et d'infériorité qui les alimentent, notamment parce qu'elles n'ont pas le pouvoir de contraindre les États à agir.

1.1.3.2. L'absence de contrainte du droit international: l'exemple de la CEDEF

Ce qu'on peut espérer avec une convention internationale c'est un effet de cascade normatif, donc que les États s'inspirent du contenu des traités internationaux pour l'incorporer dans leur droit interne. L'autre effet espéré est que les États soient tenus responsables des violations des droits de la personne. La CEDEF n'est pas épargnée par les doutes en lien avec l'efficacité du droit international à passer outre la souveraineté des États et à les enjoindre à respecter leurs engagements. Le nombre élevé de réserves¹⁶⁰, soit des déclarations unilatérales faites par un État lorsqu'il ratifie ou adhère à un traité et par lesquelles il entend exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité à son égard¹⁶¹, semblent la vider de son sens, menacer la

¹⁵⁷ Michael K. ADDO, «Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights», (2010) 32-3 *Human Rights Quarterly* 601, p. 639

¹⁵⁸ J. BOND, préc., note 136, p. 137

¹⁵⁹ Johanna BOND, «International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations», (2003) 52 *Emory Law Journal* 71, p. 74

¹⁶⁰ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, en ligne : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr>

¹⁶¹ Commission du droit international, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Doc. Off. A.G. N.U. 63^e sess., Doc. N.U. A/66/10, en ligne : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/1_8_2011.pdf>, p. 24

réalisation de son potentiel¹⁶² et la reléguer à un rang inférieur par rapport aux autres conventions et traités¹⁶³. L'article 16 de la Convention, mentionnant notamment l'égalité dans le mariage et le divorce et le droit de choisir le nombre et le moment des grossesses¹⁶⁴, fut celui qui reçut le plus grand nombre de réserves¹⁶⁵, faisant douter de la capacité et de la volonté des États de permettre à la Convention de garantir aux femmes le droit à l'autonomie corporelle.

Aussi, le manque de pouvoir de coercition du Comité de la CEDEF et son absence de pouvoir d'engendrer des changements structurels dans les États parties freinent une appréciation complètement dithyrambique de la Convention. Lorsque le Comité examine une communication et qu'il transmet à l'État ses recommandations par la suite¹⁶⁶, il s'attend à un suivi de la part de l'État pour confirmer que ce dernier a appliqué les mesures suggérées¹⁶⁷. Admettant que l'État ait remédié à la situation de la personne ou le groupe plaignant, sachant qu'aucune autorité ne peut le contraindre à le faire, le Comité ne peut forcer l'État à s'attaquer à la source du problème ayant mené à la communication.

Par exemple, en 2008, lorsque Cecilia Kell se servit du mécanisme de communication parce que son droit à jouir de sa propriété dans les mêmes conditions que son mari avait été violé par l'État canadien du fait de son statut autochtone¹⁶⁸, le Comité avait recommandé de revoir le système juridique afin de s'assurer que les personnes autochtones, surtout les femmes autochtones victimes de violence conjugale, aient accès au système de justice¹⁶⁹. Plus de 10 ans plus tard, la *Loi sur les Indiens* fait toujours partie du droit canadien, malgré la violence qu'elle engendre dans les communautés autochtones¹⁷⁰ et malgré son caractère discriminatoire selon le Comité de la CEDEF¹⁷¹, ce dernier n'ayant par le pouvoir de contraindre le Canada à la modifier ou à l'abolir.

Enfin, l'application limitée de la CEDEF en droit canadien réitère le constat d'un droit international qui ne peut passer outre la souveraineté des États. De 1989 à 2004, parmi les 60 arrêts où l'article

¹⁶² Rebecca COOK, « Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », (1990) 30 *Virginia Journal of International Law* 643, p. 650

¹⁶³ Belinda CLARK, « The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women », (1991) 85 *American Journal of International Law* 281, p. 286 et 317

¹⁶⁴ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 16

¹⁶⁵ Réunion des États parties à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *Déclarations, réserves, objections et notifications de retrait de réserves relatives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 14^e sess., CEDAW/SP/2006/2 (2006)

¹⁶⁶ *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, préc., note 36, art. 7 (3)

¹⁶⁷ *Id.*, art. 7 (4)

¹⁶⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 110

¹⁶⁹ *Id.*, par. 11 (ii)

¹⁷⁰ ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, préc., note 3, p. 50

¹⁷¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 61, par. 20

15 de la Charte canadienne fut cité devant la Cour suprême, seulement 16 arrêts firent mention du droit international des droits de la personne¹⁷². Souvent, lorsque les parties soulevaient des arguments fondés sur des instruments de droit international, la Cour suprême en faisait fi lors de son argumentaire¹⁷³. Pour ce qui en est de la CEDEF, la Cour suprême n'en a fait mention qu'environ trois fois entre 1982 et 2013¹⁷⁴.

Toutefois, il semble que la Cour suprême ne fasse pas preuve de la même réserve en matière de droit comparé. En appréciant le matériel juridique d'autres États, les juges canadiens font preuve d'un réel intérêt à découvrir comment les tribunaux d'autres traditions juridiques ont réglé des problèmes qui surviennent au Canada, cela permettant d'avoir un droit enrichi et sophistiqué¹⁷⁵. Cela est particulièrement vrai en matière de jurisprudence américaine des droits de la personne qui s'est répandue et s'est imposée à travers le monde, notamment grâce à son introduction du contrôle judiciaire des législations à l'aune des droits constitutionnels de l'État¹⁷⁶ de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, en 1803, *Marbury v. Madison*¹⁷⁷. Le développement d'un corpus jurisprudentiel en matière de droits de la personne se mue en dialogue entre des juges avides d'intégrer dans leur raisonnement, tout en respectant les paramètres du droit domestique, des sources nouvelles qui leur permettent d'interpréter des nouveaux problèmes¹⁷⁸.

In fine, les juges, tout comme les États souverains, gardent le dernier mot dans leur juridiction. En matière de discrimination et de droits des femmes, ce sont eux qui détiennent le pouvoir de faire progresser l'état de droit, de le faire reculer ou de le maintenir.

1.2 La discrimination et l'égalité des femmes en droit canadien

La Charte Canadienne est porteuse des droits et libertés essentiels au maintien d'une société libre et démocratique. L'article qui détient le plus grand potentiel de protéger les femmes contre la discrimination des codes sexuels, celui qui semble le plus à même d'incarner l'esprit de la CEDEF ou de la CIEFDR, est l'article 15. Cependant, similairement au juge Iacobucci qui décrivait l'article

¹⁷² Fay FARADAY, Margaret DENIKE et M. Kate STEPHENSON, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p.448

¹⁷³ *Id.*, pp. 449 et 450

¹⁷⁴ Lucie LAMARCHE, « The Canadian experience with the CEDAW: All women's rights are human rights – a case of treaties synergy », dans Anne HELLUM et Henriette SINDING AASEN, *Women's human rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge, 2013, p. 358, à la p. 366: *R. c. Ewanchuk* [1999] 1 S.C.R. 330, par. 71; *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1995] 3 S.C.R. 593, par. 88 et; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)* [2004] 1 S.C.R. 76 par. 9

¹⁷⁵ Gerard V. LA FOREST, «The Use of American Precedents in Canadian Courts» (1994) 46-2 *Maine Law Review* 211, p. 217

¹⁷⁶ Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », (1998) 34 *Tulsa Law Journal* 15, p. 18

¹⁷⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁷⁸ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 176, p. 21

15 de la Charte canadienne comme la disposition la plus conceptuellement difficile à saisir¹⁷⁹, nous pensons que cet article a une importance aussi grande que les défis qui s'érigent devant lui.

1.2.1 L'article 15 : garant de l'égalité et protecteur contre la discrimination

L'article 15 s'applique à plusieurs types de mesures gouvernementales, incluant des lois, des règlements, des directives, des politiques, des programmes, des activités et des actions de mandataires du gouvernement investis de pouvoirs légitimes, des décisions des décideurs investis d'un pouvoir délégué par le gouvernement et des mesures administratives¹⁸⁰. La Charte canadienne s'applique au Parlement et au gouvernement fédéral pour les matières où il a compétence et aux législatures et aux gouvernements provinciaux pour les matières où ils ont compétence¹⁸¹. La Charte est un outil de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur les particuliers¹⁸². Les activités privées sont exclues de l'application de la Charte, car demeure l'idée que c'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et donc qui peut porter atteinte de façon péremptoire à la liberté individuelle¹⁸³.

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 15 a beaucoup évolué au fil du temps, mais elle garde la constante d'être aiguillonnée par la quête d'égalité réelle. La démarche générale des juges afin de retenir la violation du paragraphe 15 (1) par une action de l'État fut réitérée lors de l'arrêt *Fraser c. Canada*¹⁸⁴. En l'espèce, dans les années 1990, trois femmes retraitées de la GRC arrivaient difficilement à concilier le travail et les obligations familiales après leur retour à temps plein de leur congé de maternité, donc elles adhèrent au programme de partage de poste permettant aux membres de se partager les responsabilités d'un travail à temps plein. La GRC n'autorisait pas le travail à temps partiel. S'attendant à ce que le programme de partage de poste donne droit au rachat des périodes de service à temps plein ouvrant le droit à une pension, puis constatant qu'elles ne pourraient pas racheter de service à temps plein pour la période où elles partageaient un poste, elles déposèrent une plainte dans laquelle elles soutenaient que les conséquences d'un partage de poste sur leur pension étaient discriminatoires envers les femmes et contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte¹⁸⁵.

¹⁷⁹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 (ci-après « *Law* »), par. 2

¹⁸⁰ Gouvernement du Canada, « Article 15 – Droit à l'égalité », en ligne : < <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art15.html> >

¹⁸¹ Charte canadienne, par. 32 (1)

¹⁸² *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 SCR 229, p. 261

¹⁸³ *Id.*, p. 262

¹⁸⁴ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 27

¹⁸⁵ *Id.*, par. 6-24

Ainsi, la démarche judiciaire de l'article 15 se fait en deux temps. Les juges doivent d'abord se demander si la loi établit, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Ils doivent ensuite se demander si la distinction est discriminatoire¹⁸⁶.

1.2.1.1. Première étape du test de discrimination de la Charte canadienne: est-ce qu'il y a une distinction ?

La distinction opérée peut être expressément due à une mesure gouvernementale¹⁸⁷ ou elle peut être due à l'effet défavorable de ladite mesure sur une personne à cause de ses caractéristiques personnelles propres¹⁸⁸. La distinction défavorable peut également résulter de l'omission du gouvernement à prendre en compte la position préalablement désavantageuse d'un groupe dans la société canadienne, qui entraîne à son tour une différence de traitement réelle en raison de ses caractéristiques personnelles¹⁸⁹. La demande pourrait être rejetée si le demandeur ne réussit pas à démontrer que la mesure étatique refuse l'accès à un avantage accordé à d'autres ou que le fardeau qui pèse sur lui ou les membres de son groupe ne pèse pas sur d'autres et ce, sur le fondement d'une différence en raison des motifs énumérés ou analogues¹⁹⁰. Les motifs énumérés sont ceux du paragraphe 15 (1), dont la race, la religion, le sexe ou l'âge¹⁹¹. Les motifs analogues, dont l'état matrimonial¹⁹², l'orientation sexuelle¹⁹³ et l'autochtonie¹⁹⁴, sont déterminés par les tribunaux.

Pour savoir quand il est possible de reconnaître un nouveau motif analogue, il faut se fier à l'arrêt *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*¹⁹⁵, rendu en 1999 par la Cour suprême. En l'espèce, la Cour conclut que le paragraphe 77 (1) de la *Loi sur les Indiens*, qui exigeait que les membres d'une bande résident dans une réserve afin de pouvoir voter à l'élection du conseil de la bande, violait le paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne et créait une discrimination sur le fondement de l'autochtonie-lieu de résidence¹⁹⁶, qui fut reconnue comme un motif analogue¹⁹⁷. Les juges McLachlin et Bastarache avaient décrété qu'un motif analogue est une caractéristique personnelle immuable ou altérable à un coût inacceptable du point de vue de l'identité personnelle et que le gouvernement ne devrait légitimement s'attendre que nous

¹⁸⁶ *Id.*, par. 27

¹⁸⁷ *Id.*, par. 41

¹⁸⁸ *Id.*, par. 52 et 53.

¹⁸⁹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, préc., note 179, par. 39

¹⁹⁰ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79

¹⁹¹ Charte canadienne, art. 15

¹⁹² *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418

¹⁹³ *Egan c. Canada*, [1995] 2 SCR 513

¹⁹⁴ *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Id.*, par. 18

¹⁹⁷ *Id.*, par. 6

changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi¹⁹⁸. La juge L'Heureux-Dubé était d'avis que d'autres facteurs pouvaient être pris en compte pour qualifier un motif d'analogie, soit l'importance que la caractéristique a pour l'identité, la personnalité et le sentiment d'appartenance de la personne, la corrélation entre la caractéristique et la vulnérabilité aux désavantages, l'absence de pouvoir politique, ainsi que la mention de la caractéristique dans les lois fédérales et provinciales en matière de droits de la personne¹⁹⁹.

1.2.1.2. Deuxième étape du test de discrimination de la Charte canadienne : est-ce que la distinction est discriminatoire?

Répondre à cette question a été plus problématique dans les dernières années, la Cour suprême changeant son raisonnement à maintes reprises. L'arrêt *Fraser* fut le dernier à indiquer la démarche à suivre pour aborder cette question.

Dans *Fraser*, la Cour suprême indique que pour déterminer si une loi ou une mesure gouvernementale a pour effet de renforcer, perpétuer ou accentuer un désavantage, il est nécessaire de tenir compte des désavantages systémiques et historiques subis par le groupe. Il n'y a pas de démarche cartésienne ou de facteurs fixes à suivre²⁰⁰. Le préjudice peut se manifester par une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale, un préjudice psychologique ou physique ou une exclusion politique²⁰¹. Il faut également que ces préjudices soient liés aux désavantages systématiques ou historiques subis par le groupe du demandeur, car l'objectif de l'article 15 est de répondre à la prise de conscience de la réalité de certains groupes victimes de discrimination en y mettant fin²⁰². Les préjugés et les stéréotypes n'emprisonnent toutefois pas le raisonnement à entreprendre pour établir une discrimination. Ils sont des éléments parmi d'autres pouvant illustrer la discrimination alléguée par la personne demanderesse²⁰³.

Les juges majoritaires dans la décision *Fraser* ont conclu que le programme de partage de poste de la GRC faisait subir aux femmes une différence de traitement et cela perpétuait leur désavantage eu égard à certains facteurs contextuels, dont la persistance de la division des responsabilités selon le genre en matière de tâches ménagères et de soin des enfants²⁰⁴ et les préjugés historiques sur le

¹⁹⁸ *Id.*, par. 13

¹⁹⁹ *Id.*, par. 60

²⁰⁰ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 76

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *Id.*, par. 78

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*, par. 103

genre ancrés dans les régimes de pension, lesquels favorisaient les situations d'emploi typiquement masculines²⁰⁵.

À cette étape, le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur, qui doit démontrer que l'État a porté atteinte à un ou plusieurs de ses droits garantis sous l'article 15 de la Charte canadienne²⁰⁶. Il n'a pas à prouver l'intention de l'État. Il peut se contenter de prouver que l'objet ou l'effet de la disposition ou de la mesure est discriminatoire²⁰⁷. Cependant, si le demandeur soulève le contexte historique, social, politique ou juridique afin de soutenir ses allégations, c'est à lui d'informer le tribunal desdits contextes dans laquelle sa discrimination prend naissance²⁰⁸. Si la preuve n'est pas suffisante, surtout si la demande de la personne repose sur l'acceptation par la Cour de modèles sociaux non illustrés par des statistiques ou des expertises en sciences sociales, alors elle sera rejetée²⁰⁹. Enfin, s'il s'agit d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable – aussi appelée discrimination indirecte – le demandeur peut tenter d'illustrer que la loi ou la mesure a eu un effet qualitativement différent sur certaines personnes ou que les membres de certains groupes ont subi les effets dans une proportion plus élevée que d'autres. L'existence et la nature des effets seront évaluées grâce à des éléments contextuels qui s'appliquent au groupe des demandeurs et grâce à tout élément de preuve pertinent, dont les statistiques²¹⁰.

1.2.1.3. Le paragraphe 15 (2)

En 2008, l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R c. Kapp*²¹¹ positionne le gouvernement canadien comme acteur proactif contre la discrimination en affirmant que le paragraphe 15 (2) donne l'opportunité à l'État de promouvoir l'égalité de groupes historiquement ou systématiquement discriminés sans que cela ne soit considéré de la discrimination par les groupes ne souffrant pas de ces désavantages²¹². En l'espèce, sous un programme pilote du gouvernement fédéral faisant partie de la stratégie relative aux pêches autochtones, une licence qui permettait à trois groupes autochtones d'avoir des droits de pêche et de vente exclusifs fut émise. Des pêcheurs non issus de groupes minoritaires se plainquirent, affirmant subir une discrimination sous le paragraphe 15 (1) de la Charte. Les juges rappelèrent que l'article 15 avait deux volets, soit un de protection et un de promotion de l'égalité. L'arrêt *Kapp* qualifie les programmes, mesures ou législations destinés à

²⁰⁵ *Id.*, par. 108 et 110

²⁰⁶ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 179, par. 76 - 83

²⁰⁷ *Id.*, par. 80

²⁰⁸ *Id.*, par. 8

²⁰⁹ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 46

²¹⁰ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 57 et 58

²¹¹ *R c. Kapp*, 2008 CSC 41

²¹² *Id.*, par. 16

aider les groupes dépossédés d'expressions d'égalité et non d'exceptions d'égalité²¹³. Il y a cependant deux exigences que le gouvernement doit remplir sous l'égide du paragraphe 15 (2) : le programme doit véritablement avoir un objet améliorateur ou réparateur et il doit viser un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue²¹⁴.

1.2.2. L'évolution jurisprudentielle de l'interprétation de l'article 15 traduisant l'ampleur et la fragilité du projet d'égalité

L'article 15 de la Charte a engendré des changements importants dans le paysage jurisprudentiel sur l'égalité, cherchant à adopter une approche d'égalité réelle, d'égle protection et d'égal bénéfice du droit sans discrimination²¹⁵.

1.2.2.1. *Andrews c. Law Society of British Columbia*²¹⁶ : les débuts de l'égalité réelle

L'égalité réelle fut établie la première fois que le paragraphe 15 (1) fut interprété par la Cour suprême canadienne, lors de l'arrêt *Andrews*²¹⁷. En l'espèce, Andrews, résident permanent, contestait l'exigence de citoyenneté canadienne afin de pouvoir passer le barreau en Colombie-Britannique, affirmant que ce traitement était discriminatoire²¹⁸. Le premier apport de l'arrêt fut de lier l'égalité à la discrimination, une pratique jurisprudentielle qui s'est poursuivie par la suite. Le test *Andrews* appréhendait la discrimination, qu'elle soit intentionnelle ou non, comme une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles, qui imposait des désavantages qui ne pesaient pas sur d'autres individus ou groupes et qui limitait l'accès à des avantages qui étaient accessibles à d'autres individus ou groupes²¹⁹.

Le second apport de cet arrêt fut de rejeter l'idée que les personnes qui se trouvent dans une situation identique doivent être traitées de façon identique pour être traitées de façon égale et l'idée que toutes les distinctions ou différences de traitement produiront forcément une inégalité²²⁰. La juge L'Heureux-Dubé affirmera plus tard, grâce à l'élan de l'arrêt *Andrews*, que les personnes vulnérables historiquement, les personnes désavantagées ou marginalisées ne pouvaient et ne devaient être traitées de la même façon que les autres groupes²²¹. Le raisonnement dans *Andrews* témoigne de la perception de la Cour de l'égalité comme un concept comparatif dont l'évaluation

²¹³ *Id.*, par. 37

²¹⁴ *Id.*, par. 41

²¹⁵ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 4

²¹⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 21

²¹⁷ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 100

²¹⁸ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 21, p. 144

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*, p. 165

²²¹ *Egan c. Canada*, préc., note 193, p. 555

dépend de la comparaison avec la situation d'autres personnes dans le contexte socio-politique pertinent²²².

L'égalité formelle que la Cour rejette dans cet arrêt se nourrit du mythe de l'individu décontextualisé, qui est une caricature des idéaux masculins et historiquement dominants masquée sous des prétentions d'abstraction²²³. Cet individu supposément ahistorique et abstrait n'est pas conçu pour représenter la réalité des femmes, des enfants ou des personnes en situation d'handicap et il exclut tous ceux qui ne peuvent respecter le modèle qu'il a dressé²²⁴. L'individu décontextualisé servant de référent à l'égalité formelle reproduit, perpétue et masque les structures de pouvoir oppressantes qui marginalisent ceux qui s'éloignent de la norme de l'homme blanc aisé²²⁵.

Ainsi, l'égalité réelle de la décision *Andrews* était un projet de société qui permettrait aux réclamations faites en son nom de remettre en question la perception et les idées préconçues sur le monde et le privilège des groupes majoritaires²²⁶. Comment cela se manifesterait-il de façon concrète? Comment comprendre l'égalité réelle au-delà d'un cadre strictement juridique?

L'avocat canadien Anthony Robert Sanguiliano, cherchant à définir l'égalité réelle, considère qu'il s'agit d'une norme qui régule l'interaction entre l'application verticale du droit et les inégalités sociales horizontales²²⁷. Parmi les inégalités sociales les plus répandues, il mentionne celle entre les hommes et les femmes, à cause de la construction de normes qui privilégient la masculinité²²⁸, ou celle entre les personnes blanches en tant que groupe dominant et les personnes de couleur, notamment à cause de l'édification de normes qui favorisent les traits associés à la blancheur²²⁹. Le tort dont souffre les femmes ou les personnes de couleur dans la méconnaissance de l'égalité réelle est l'absence de reconnaissance²³⁰, donc le déni d'authenticité et l'impossibilité d'être fidèle à soi²³¹. En effet, alors que l'égalité formelle se soucie uniquement de l'application verticale

²²² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 21, p. 164

²²³ Jessica EISEN, «Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory», (2017) 42-2 *Queens Law Journal* 41, p. 48

²²⁴ Martha MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1990, pp. 152 et 153; Christine M. KOGGEL, *Perspectives on Equality: Constructing a Relational Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1997, pp. 105 et 113.

²²⁵ J. EISEN, préc., note 223, p. 48

²²⁶ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 19

²²⁷ Anthony ROBERT SANGIULIANO, «Substantive Equality As Equal Recognition: A New Theory of Section 15 of the Charter», (2015) 52-2 *Osgoode Hall Law Journal* 601, p. 614

²²⁸ *Id.*, p. 612

²²⁹ *Id.*, p. 613; Nancy FRASER, «From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age», *The New Social Theory Reader*, 2^e éd., London, Steven Seidman et Jeffrey C. Alexander, 1995, p. 188, à la p. 193

²³⁰ A. ROBERT SANGIULIANO, préc., note 227, p. 613

²³¹ Charles TAYLOR, «The Politics of Recognition», *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, New Jersey, Amy Gutmann, 1994, p. 25

identique du droit par l'État envers ses citoyens²³², sans se préoccuper du fait que les effets du droit peuvent refléter et renforcer les inégalités horizontales entre les citoyens²³³, l'égalité réelle s'assure que l'État ne donne pas force de loi à l'oppression de groupes sociaux subordonnés à cause de la perception négative de leur identité²³⁴, ce qui les empêcherait d'être reconnus dans leur authenticité et d'adopter une vie fidèle à leurs convictions. L'État joue donc un rôle important, car lorsque le droit qu'il édifie diffuse la violence systémique qu'engendre et perpétue l'oppression de ces groupes, il répand l'hostilité envers eux²³⁵ sans que cela ne suscite une désapprobation morale ou sociale²³⁶.

Ainsi, comme nous l'avons mentionné plus tôt, si la quête d'égalité réelle a continué d'aiguillonner les juges dans leur compréhension et leur application de l'article 15 Charte canadienne, ils apportèrent plusieurs précisions dans leur démarche au fil des années.

1.2.2.2. *Law c. Canada*²³⁷ : la dignité, solution éphémère aux réclamations d'égalité

En 1999, l'arrêt *Law c. Canada* de la Cour suprême s'hissa au rang d'arrêt de principe et y demeura pendant longtemps. En l'espèce, Law avait perdu son mari à 30 ans. Selon le Régime de pensions du Canada, puisqu'elle n'avait pas encore 35 ans, elle n'avait droit à aucune pension. Elle alléguait que cela constituait une discrimination injustifiée fondée sur son âge et que cela violait la protection du droit à l'égalité de l'article 15 de la Charte²³⁸.

L'arrêt *Law* posa à nouveaux les jalons de l'interprétation de l'article 15 de la Charte à la lueur d'allégations de discrimination. La Cour devait se demander si la loi avait pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes, si la différence de traitement était fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues et si la loi avait un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité²³⁹. Afin de déterminer si les dispositions législatives portaient atteinte à la dignité du demandeur, il fallait s'appuyer sur des facteurs contextuels. La Cour en nommait quatre : la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause²⁴⁰; la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les

²³² A. ROBERT SANGIULIANO, préc., note 227, p. 619

²³³ *Id.*, p. 622

²³⁴ *Id.*, p. 614

²³⁵ *Id.*, p. 631

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 179

²³⁸ *Id.*, par. 10-13

²³⁹ *Id.*, par. 39

²⁴⁰ *Id.*, par. 63-68

besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes²⁴¹; l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société²⁴² et la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée²⁴³.

Un des apports intéressants de l'arrêt *Law* fut son introduction de la dignité comme pierre angulaire des réclamations portant sur l'égalité et la discrimination. Rédigeant pour une Cour unanime, le juge Iacobucci étaya l'objectif de l'article 15 comme étant de prévenir la violation de la dignité et la liberté humaines à travers l'imposition de désavantages, stéréotypes ou préjugés sociaux ou politiques, mais aussi de promouvoir une société où toutes les personnes bénéficieraient d'une égale reconnaissance devant la loi en tant qu'êtres humains ou que des membres de la société canadienne, également capables et méritant respect, considération et préoccupation²⁴⁴.

Le paragraphe 53 de *Law* entreprend de définir la dignité humaine²⁴⁵. La garantie d'égalité de l'article 15 devait être comprise comme visant la réalisation de l'autonomie personnelle et l'autodétermination. Quant à la dignité humaine, elle est respectée lorsqu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi et elle relève de l'intégrité physique et psychologique. La dignité serait bafouée quand un traitement injuste est fondé sur des caractéristiques, des traits personnels ou des circonstances qui n'ont rien à voir avec les capacités ou mérites de la personne, mais également lorsque des personnes ou groupes de personnes sont marginalisés, dévalorisés et mis de côté. La dignité est protégée lorsque les lois sont sensibles aux besoins, capacités et mérites des différentes personnes et tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences²⁴⁶. Nous rajoutons à cette définition qu'en tant qu'attribut empirique encapsulant certaines caractéristiques qui permettent à la personne d'avoir un sentiment d'identité indéniable, une estime de soi et une valeur inhérente à sa personne qui la laisse sécure quant à sa place dans le monde et sa participation dans la société²⁴⁷, la dignité humaine signifie que les personnes doivent avoir l'opportunité de bâtir leur vie comme elles le désirent. Il faut qu'elles jouissent de l'autonomie impérative à une vie qui a de la valeur. Un lien existe donc entre la dignité et l'autonomie, car violer la dignité peut freiner le droit de se réaliser et s'épanouir²⁴⁸.

²⁴¹ *Id.*, par. 69-71

²⁴² *Id.*, par. 72 et 73

²⁴³ *Id.*, par. 74 et 75

²⁴⁴ *Id.*, par. 51

²⁴⁵ *Id.*, par. 53

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ F. FARADAY, M. DENIKE et M. K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 145

²⁴⁸ *Id.*, p. 144

Plus qu'une question empirique sur les sentiments ou les effets psychologiques, la violation de dignité serait une question objective normative pour d'autres:

*“a court must always be sensitive to the meaning legislation has for those negatively affected by it in order to have any hope of avoiding simply ratifying dominant, potentially oppressive, understandings of social relations. The project of constructing the concept of dignity is actively normative, requiring critical reflection on existing social relations. It cannot be reduced either to a question of the legislature's intentions or to a sampling of popular opinion.”*²⁴⁹

Aborder la dignité selon un angle normatif n'exclut toutefois pas de l'aborder également sous un angle identitaire. L'identité a un aspect personnel et social, donc souvent les caractéristiques qui sont importantes pour une personne sont celles par lesquelles elle se définit et s'affirme en tant que membre d'un groupe²⁵⁰. L'histoire politique et sociale démontre que lorsque ces caractéristiques sont attaquées, souvent parce qu'elles renvoient, sans s'y limiter, à l'appartenance à un groupe ethnique, religieux ou culturel, c'est par un manque de respect dû à la croyance à l'infériorité dudit groupe²⁵¹. Le message envoyé est que les membres de ce groupe sont inférieurs, incapables, donc cela renforce des attitudes sociales qui violent la dignité. Lorsque des normes renforcent ces croyances, lorsque des normes en apparence neutres sont alimentées par des présomptions nées dans des préjugés ou des stéréotypes, il y a violation de la dignité. En effet, la fausse neutralité, plaquée sur une réalité concrète d'inégalités, peut avoir pour effet de consolider cette inégalité²⁵².

Il arrive également que des qualifications négatives ne soient pas systématiquement émises ou inscrites en référence directe à un motif de discrimination comme la race ou le genre, mais en référence à des attributs dominants ou presque exclusifs chez un groupe par rapport à un autre. Les règles peuvent donc parfois implicitement être enracinées dans des idées préconçues qui véhiculent une réalité où certains groupes ont une moindre valeur, sans les viser directement²⁵³. Dans l'arrêt *Fraser*, la Cour suprême du Canada est confrontée à ce type de règles engendrant une discrimination indirecte. Alors qu'elle semble rectifier le tir par rapport à certains problèmes en matière de droit à la non-discrimination, elle paraît rater une opportunité de parfaire ce droit en abordant d'autres soucis.

1.2.2.3. *Fraser c. Canada* : l'amélioration du droit à la non-discrimination

²⁴⁹ *Id.*, p. 153

²⁵⁰ *Id.*, p. 149

²⁵¹ *Id.*

²⁵² Michelle BOIVIN, «Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité», (2004) 45-2 *Les Cahiers de droit* 327, p. 340

²⁵³ F. FARADAY, M. DENIKE et M. K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 155

En 2020, cet arrêt de principe s'est soldé par la première victoire face à une discrimination par suite d'un effet préjudiciable en 22 ans²⁵⁴. Cette forme de discrimination n'est pas facile à observer²⁵⁵, contrairement à la discrimination directe, mais savoir la reconnaître permet de saisir l'impact du traitement différentiel institutionnalisé et systémique que des lois a priori neutres peuvent avoir sur des personnes ou groupes historiquement défavorisés²⁵⁶. C'est le second litige, après *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*²⁵⁷, traitant de discrimination sur le fondement du genre à être gagné par des femmes en 35 ans²⁵⁸.

Tout d'abord, on peut attribuer à cet arrêt le mérite de clarifier et simplifier la démarche analytique à suivre par rapport à l'article 15 de la Charte, que ce soit pour la discrimination directe ou indirecte²⁵⁹, après que les juges aient développé quatre tests en 35 ans²⁶⁰. Comme nous l'avons mentionné plus tôt, les requérants doivent d'abord prouver que la loi ou l'action de l'État attaquée, que ce soit son but ou son effet, crée une distinction basée sur un motif énuméré ou analogue. Ensuite, ils doivent démontrer que cette loi ou action de l'État impose un fardeau ou nie un avantage d'une façon qui a l'effet de renforcer, perpétuer ou exacerber un désavantage²⁶¹.

Il n'est plus nécessaire de prouver un désavantage arbitraire ou de prouver que l'effet négatif de la loi ou la politique était intentionnel²⁶². De plus, si les requérants prouvent que la loi a un effet disproportionné sur les membres de leur groupe, prouver que leur caractéristique protégée a causé l'impact disproportionné n'est pas pertinent²⁶³, pas plus que de se demander si la loi ou mesure attaquée a pour effet de créer des obstacles sociaux ou physiques aux requérants²⁶⁴. La juge Abella réitère la nécessité d'éviter une démarche axée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques et la pertinence d'adopter plus d'un facteur de comparaison, le cas d'espèce témoignant de l'importance d'utiliser de multiples comparaisons afin de révéler la discrimination indirecte²⁶⁵. Toutefois, le fait qu'il s'agisse d'une discrimination indirecte ne devrait

²⁵⁴ Jonnette WATSON HAMILTON, « Cautious Optimism: Fraser v Canada (Attorney General) », (2021), *Constitutional Forum* 1, p. 1 ; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104

²⁵⁵ Jonnette WATSON HAMILTON & Jennifer KOSHAN, « Adverse Impact: The Supreme Court's Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the Charter » (2015) 19-2 *Review of Constitutional Studies* 191, p.196

²⁵⁶ Dianne POTHIER, « Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach » (2010) 4-1 *McGill Journal of Law & Health* 17, p.23

²⁵⁷ *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17

²⁵⁸ J. WATSON HAMILTON, préc., note 254, p. 2

²⁵⁹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 48

²⁶⁰ J. WATSON HAMILTON, préc., note 254, p. 3

²⁶¹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 27

²⁶² *Id.*, par. 69

²⁶³ *Id.*, par. 70

²⁶⁴ *Id.*, par. 71

²⁶⁵ *Id.*, par. 94 et 128.

se traduire par un fardeau de preuve plus lourd ou plus difficilement atteignable pour les personnes demanderesses²⁶⁶.

Un autre apprentissage de l'arrêt *Fraser* est qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres d'un groupe soient affectés de la même façon afin de prouver qu'ils ont subi une discrimination indirecte²⁶⁷. Même si cela peut paraître évident, admettre cela retire des barrières qui freinaient la reconnaissance de la discrimination indirecte²⁶⁸. En effet, en 2015, les Professeures de droit de l'Université de Calgary Jonnette Watson Hamilton et Jennifer Koshan opinaient que les préjudices causés par des cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable n'étaient pas traités avec la même importance que ceux engendrés par des cas de discrimination directe²⁶⁹. Dans les cas de discrimination indirecte où seulement certains membres d'un groupe protégé subissaient les effets de la mesure ou de la loi, le lien entre ces effets négatifs et le motif énuméré ou analogue bafoué demeurait invisible et méconnu de la Cour si elle ne portait pas assez attention au contexte social²⁷⁰.

Ensuite, un autre élément notable de cette jurisprudence est la mention que fait la juge Abella de la notion de choix, décrétant que le choix individuel n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'un traitement différentiel discriminatoire, une position soutenue de manière constante par la Cour suprême²⁷¹ mais ignorée par les cours inférieures dans le cas *Fraser*²⁷². En effet, une décision de travailler à temps partiel est souvent encombrée de facteurs externes qui contraignent le choix²⁷³. Les cours inférieures, en plaçant la cause de la discrimination indirecte comme corollaire du choix des femmes de travailler à temps partiel pour s'occuper de leurs enfants, faisaient une erreur, car elles ne se concentraient pas sur le vrai nœud du problème, soit le modèle gouvernemental de la pension qui, indépendamment de son intention, privilégiait le modèle d'emploi masculin²⁷⁴. Le désavantage est ainsi reproduit à travers des relations de pouvoir structurelles invisibles ou à travers des distinctions paraissant neutres, naturelles mais genrées, comme les heures de travail ou le statut d'emploi²⁷⁵. Or, la marque de la discrimination systémique réside dans sa nature structurelle et

²⁶⁶ *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, par. 332

²⁶⁷ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 74; Dianne POTHIER, «Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences» (2001) 13-1 *Canadian Journal of Women and the Law* 37, p.58

²⁶⁸ J. WATSON HAMILTON & J. KOSHAN, préc., note 255, p. 192

²⁶⁹ *Id.*, p. 193

²⁷⁰ Melina BUCKLEY & Fiona SAMPSON, «LEAF and the Supreme Court of Canada Appeal of Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v British Columbia» (2005) 17-2 *Canadian Journal of Women and the Law* 473, p. 496

²⁷¹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 86

²⁷² *Id.*, par. 53

²⁷³ *Id.*, par. 89-91

²⁷⁴ *Id.*, par. 195

²⁷⁵ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, *Factum of the Intervener. Fraser v. Attorney general of Canada*, Dossier N° 38505, 2019 en ligne: <https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2020/10/38505-Factum-of-the-Intervener-Womens-Legal-Education-and-Action-Fund-Inc.-LEAF_Suitable-for-Posting-1.pdf>, par. 26

largement invisible²⁷⁶. L'importance de pouvoir faire un choix libre et indépendant vient de la protection du droit à l'autonomie²⁷⁷. Pour jouir de ce droit, il est tout aussi important d'établir des conditions d'autonomie²⁷⁸, donc de fournir un éventail adéquat d'options pour ne pas que les individus, dans le cas d'espèce les femmes travaillant à la GRC, se sentent contraints par les circonstances ou par les actions d'autres personnes de faire certains choix²⁷⁹. Sans ces conditions, alors même que l'État encouragerait un plus grand sentiment d'autonomie chez ses citoyens, les options qu'il offrirait seraient théoriquement viables²⁸⁰, mais en pratique non viables.

Il est aussi pertinent de signaler l'importance que les juges de la Cour suprême accordent aux garanties de l'article 15, qui demandent à l'État de remédier aux désavantages systémiques même s'il n'est pas responsable de leur création²⁸¹. Pour respecter l'objectif d'égalité réelle, il faut considérer les besoins, réalités et inégalités auxquels font face les personnes et les communautés et le gouvernement doit être prêt à traiter certains groupes différemment afin d'accommoder leurs besoins spécifiques. L'égalité devant la loi nécessite une égalité de résultat dans la fourniture et la réception des bénéfices de l'État, plutôt qu'une simple égalité de traitement formelle²⁸². Dans *Fraser*, la Cour réitère ce principe, car même si le gouvernement n'est pas à l'origine des inégalités de genre et des responsabilités liées à l'éducation des enfants dans la cellule familiale, il lui revient de s'assurer l'égal bénéfice de la loi. En l'occurrence, il s'agissait des avantages de la pension. La juge Abella déclare à ce propos :

« Il y a violation du par. 15(1) en l'espèce : non pas parce que les femmes assument depuis toujours une part disproportionnée des responsabilités à l'égard des enfants et qu'elles ont des horaires de travail moins stables que les hommes, mais parce que le régime de retraite « institutionnalise ces caractéristiques et s'en sert pour répartir inégalement » les prestations de retraite entre les participants au programme de partage de poste. Il s'agit là d'une « discrimination consacrée par la loi. » »²⁸³

L'arrêt *Fraser* opère un tri dans les critères jurisprudentiels antérieurs qui considéraient une distinction opérée par l'État de discriminatoire, il retient ce qui demeure pertinent et il l'applique à

²⁷⁶ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 SCR 1114, par. 1138 et 1139

²⁷⁷ Catriona MACKENZIE & Natalie STOLJAR, « Introduction: Autonomy Refigured », *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, New York, Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar, (2000) p. 3, à la p. 5

²⁷⁸ Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 425

²⁷⁹ *Id.*, pp. 155, 156, 369 et 425

²⁸⁰ A. ROBERT SANGIULIANO, préc., note 227, p. 642

²⁸¹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 71

²⁸² Colleen SHEPPARD, « Lessons from Fraser: Equal Benefit of the Law and Societal Inequalities », *Centre for Human Rights & Legal Pluralism*, 10 juin 2022

²⁸³ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 136

un litige dont l'inégalité de genre est le point focal. L'analyse judiciaire contextuelle se fait du point de vue des demandresses selon un contextes social, politique et social²⁸⁴. Elle confirme que la dévaluation systémique du travail des femmes et de leurs responsabilités en tant que pourvoyeuse primaire de soins et d'éducation qui a marginalisé les arrangements de travail opérant à l'extérieur de la norme masculine de travail a résulté en une différenciation genrée dans l'accès aux bénéfices de la loi²⁸⁵.

1.2.2.4. *Fraser c. Canada* : ratant une opportunité de perfectionner davantage le droit à la non-discrimination

Selon Michelle Boivin, ancienne Professeure de droit de l'Université d'Ottawa, une des difficultés de l'application de l'article 15 de la Charte canadienne tient au fait que le droit actuel ne sait pas comment aborder les formes subtiles, indirectes, structurelles ou systémiques de discrimination, la société canadienne adhérant encore à la règle de la cécité voulant qu'on traite tous les citoyens sans égard à leur race, genre, religion, etc.²⁸⁶. Si l'objectif d'égalité réelle exige la reconnaissance d'inégalités structurelles, l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême du Canada nous laisse dans l'incertitude quant à la possibilité de réaliser des changements systémiques grâce aux réclamations d'égalité sous la Charte canadienne²⁸⁷. Notre première réserve tient au fait que les juges n'ont pas saisi l'opportunité d'intégrer l'intersectionnalité dans leur raisonnement. La seconde est que l'arrêt ne corrige pas l'appréhension simpliste des motifs énumérés et analogues dans leur relation complexe avec l'identité personnelle.

1.2.2.4.1. Les juges face à l'intersectionnalité : un engagement réticent

Alors que l'arrêt *Fraser* est une victoire pour les droits des femmes au Canada, on remarque que la Cour suprême du Canada n'a toujours pas tranché de litige en reconnaissant une discrimination intersectionnelle, encore moins dans une affaire où il était question de discrimination de genre²⁸⁸. Dans *Fraser*, la juge Abella considérait que puisque les requérantes avaient prouvé la violation du paragraphe 15 (1) de la Charte sur la base du sexe, il n'était pas nécessaire de s'attarder à leur argument subsidiaire tentant de faire valoir le statut familial ou le statut parental comme motif analogue²⁸⁹. En effet, selon elle, il était possible d'effectuer une analyse intersectionnelle portant

²⁸⁴ *Id.*, par. 42

²⁸⁵ *Id.*, p. 112

²⁸⁶ M. BOIVIN, préc., note 252, p. 332

²⁸⁷ Jennifer KOSHAN, « Intersections and Roads Untravalled: Sex and Family Status in *Fraser v Canada* », (2021) 30-2 *Constitutional forum constitutionnel* 29, p. 41

²⁸⁸ *Id.*, p. 30

²⁸⁹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 114

sur les soins et l'éducation des enfants et le sexe²⁹⁰ en reconnaissant que le partage inégal des responsabilités en matière d'éducation des enfants était un désavantage systémique persistant qui restreignait les possibilités offertes aux femmes²⁹¹. Ce faisant, elle sembla concéder informellement l'intersection entre le sexe et le statut de famille²⁹². On note un progrès par rapport à sa position dans l'arrêt de 2015 *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*²⁹³ de la Cour suprême, un cas de discrimination indirecte où un homme autochtone âgé n'avait pas pu se présenter aux élections de son conseil de bande parce qu'il n'avait pas le niveau d'éducation requis. Dans cette décision, elle n'avait pas accordé d'importance à la façon dont l'âge, la résidence sur la réserve et le statut de survivant de pensionnat autochtone s'enchevêtraient²⁹⁴.

Une approche intersectionnelle formelle dans l'arrêt *Fraser* aurait permis d'analyser la façon dont le statut de famille interagissait avec le sexe des requérantes afin de former une forme unique de discrimination, issue d'inégalités sociales et économiques, qui ciblait les femmes qui s'occupaient de l'éducation des enfants²⁹⁵. L'intersectionnalité aurait permis de se poser des questions sur l'influence qu'auraient eu la classe sociale ou la race, par exemple, dans l'analyse de la subordination des femmes s'occupant de l'éducation des enfants²⁹⁶. En effet, les litiges de droits de la personne devant les tribunaux ont tendance à être des accommodations individuelles pour les travailleurs privilégiés plutôt que d'être des catalyseurs de changement systémique dans les règlements, les politiques et les normes de travail²⁹⁷. Lorsqu'on adopte une analyse intersectionnelle, on réalise qu'il serait prudent de relativiser les apports de *Fraser*, car la victoire d'un groupe de femmes relativement privilégiées ne garantit pas un effet universel positif pour les femmes moins privilégiées²⁹⁸.

Même s'il est possible de déceler une présence croissante de l'intersectionnalité dans le droit canadien²⁹⁹, notamment parce que de plus en plus d'avocats, de juges, d'arbitres et de législateurs

²⁹⁰ *Id.*, par. 116

²⁹¹ *Id.*

²⁹² J. KOSHAN, préc., note 287, p. 38

²⁹³ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30

²⁹⁴ J. KOSHAN, préc., note 287, p. 38

²⁹⁵ *Id.*, p. 39

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ Elizabeth SHILTON, «Family Status Discrimination: Disruption and Great Mischief or Bridge over the Work-Family Divide?», (2018) 14 *Journal of Law & Equality* 33, pp. 57 et 58

²⁹⁸ Kimberle CRENSHAW, «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color», (1991) 43-6 *Stanford Law Review* 1241, p. 1260

²⁹⁹ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, *Intersectionality in Law and Legal Contexts*, Toronto, Grace Ajele and Jena McGill, 2020, p. 34; Omar HA-REDEYE, «Understanding Intersectionality Could Help Judicial Decisions» (2019) *CanLii Connects*, en ligne: <<https://canliiconnects.org/en/commentaries/66020>>: "despite its widespread use now in academic literature and training in disciplines such as social work...[intersectionality]...has only slowly gained use within the legal community and in judicial decisions, and can be primarily found in federal immigration cases and human rights decisions."

commencent à apprécier l'apport de l'intersectionnalité³⁰⁰, la maitresse de conférences en droit international des droits de la personne de l'Université d'Oxford Shreya Atrey argue que l'intersectionnalité demeure étrangère du droit à la non-discrimination dans plusieurs États, dont le Canada. Elle explique cela entre autres parce que les juges opposent de la résistance face aux réclamations et aux arguments intersectionnels³⁰¹. Les analyses d'un seul axe de discrimination persistent et demeurent la norme³⁰², mais tant qu'on continue de compter sur les cours et les tribunaux pour avancer l'égalité dans la société canadienne, il est nécessaire qu'ils empruntent le chemin de l'intersectionnalité³⁰³.

Or, jusqu'à présent, le cadre analytique en matière de discrimination a tendance à compartimenter les motifs énumérés ou analogues³⁰⁴. Il est possible que les juges ne sachent pas comment appliquer l'intersectionnalité dans les limites rigides du test de la discrimination précisé récemment dans l'arrêt *Fraser*³⁰⁵. On remarque que lorsqu'un argument soulevant plusieurs motifs de discrimination est présenté par une personne requérante, soit les juges se concentrent sur un motif en particulier³⁰⁶, probablement celui qui a le plus de chance de faire reconnaître la discrimination subie par la personne, soit ils étudient ces motifs séparément puis ils tentent d'en faire le total³⁰⁷. Si cette dernière approche permet d'admettre la possibilité que la discrimination peut se manifester à travers différents motifs, elle ne démontre pas comment ces motifs peuvent agir simultanément³⁰⁸.

L'intersectionnalité ne peut donc pas devenir un outil incontournable du droit à l'égalité sans changements fondamentaux, entre autres des normes de non-discrimination, des motifs énumérés et analogues protégés par les chartes, de l'appréhension de la discrimination directe et indirecte, du fardeau de preuve et des dommages-intérêts³⁰⁹ et des dynamiques sociales qui engendrent les inégalités structurelles et maintiennent l'oppression de certaines identités³¹⁰. Pour ce faire, les cours

³⁰⁰ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p. 43

³⁰¹ Shreya ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p.1

³⁰² WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p.7-8

³⁰³ J. KOSHAN, préc., note 287, p. 42

³⁰⁴ Dianne POTHIER, préc., note 267, pp. 58 et 60

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p. 46: «[In its *Withler Factum*], LEAF argued for an intersectional approach to account for the combined effects of age and sex on the applicants, a group of elderly, primarily female, widows whose supplementary death benefits, provided under two federal acts, were reduced because of the age of their partners at time of death. However, the Supreme Court analyzed the case only with respect to age and did not adopt the intersectional approach urged by LEAF.»; WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, *Factum of the Intervener, Women's Legal Education and Action Fund (LEAF)*, Toronto, Daphne Gilbert et Joanna Radbord, 2010, par. 22; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12

³⁰⁷ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 322, p. 46: *The Ontario Court of Appeal, relying on an additive model of discrimination, concluded that discrimination against single mothers on social assistance was based on a combination of the grounds of marital status, receipt of social assistance, and sex; Falkiner v Ontario*, [2002] OJ No 1771

³⁰⁸ Diana MAJURY, «The Charter, Equality Rights, and Women: Equivocation and Celebration», (2002) 40 *Osgoode Hall Law Journal* 297, p. 334

³⁰⁹ S. ATREY, préc., note 301, p. 2-3

³¹⁰ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p. 50

et les tribunaux doivent être guidés par des exemples concrets d'intégration de l'intersectionnalité comme cadre analytique³¹¹. Puisque la nature de la discrimination intersectionnelle réside dans les normes et les structures sociales, il faut que les preuves présentées et analysées illustrent l'expérience vécue de personnes issues de communautés à l'intersection de plusieurs systèmes d'oppression selon une perspective juridique, mais aussi sociologique, anthropologique, psychologique, historique, économique, féministe, etc.³¹².

Enfin, adopter une approche intersectionnelle évite aux personnes requérantes de se placer dans une catégorie modelée selon les motifs énumérés et analogues³¹³. Il semble qu'en ne reconnaissant pas la discrimination intersectionnelle que les femmes retraitées de l'arrêt *Fraser* subirent à cause de leur genre et leur statut familial ou parental, la Cour suprême illustra un autre problème récurrent dans l'analyse de la discrimination en droit canadien, soit la simplification des liens complexes entre l'identité de la personne et les motifs énumérés et analogues de l'article 15 de la Charte canadienne.

1.2.2.4.2. Les motifs analogues et énumérés : une simplification récusable de l'identité

Les motifs énumérés et analogues devraient être utilisés, dans l'analyse de l'atteinte au paragraphe 15 (1) de la Charte, en reconnaissant et en questionnant leur provenance sociale, en admettant leur contestabilité et en allouant d'autres perspectives dans les discussions juridiques dédiées à en trouver le sens³¹⁴. En ce moment toutefois, les motifs énumérés ou analogues sont souvent traités comme une case à cocher, ne nécessitant guère davantage que de se demander, à la première étape du test de la discrimination de l'arrêt *Fraser*, si la personne requérante est membre du groupe identifié par le motif sur lequel l'allégation de discrimination est fondée³¹⁵. Ainsi, l'importance accordée aux motifs énumérés et analogues dans les litiges de droits de la personne sous la Charte canadienne, et également la Charte québécoise, peut être critiquée pour plusieurs raisons³¹⁶.

D'abord, comme nous l'avons brièvement mentionné plus tôt, si une personne amasse assez de preuves afin de permettre aux juges de reconnaître une discrimination sous le fondement d'un des motifs protégés par la Charte canadienne ou québécoise, les autres motifs également atteints par la situation discriminatoire ne sont pas considérés et alors on ignore la particularité de l'injustice subie

³¹¹ *Id.*

³¹² S. ATREY, préc., note 301, p. 190

³¹³ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, Toronto, Direction des politiques et de l'éducation, 2001, p. 5

³¹⁴ J. EISEN, préc., note 223, p. 55

³¹⁵ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p. 51

³¹⁶ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 313, p. 8

par la personne requérante. Cela peut empêcher de lui accorder des dommages-intérêts adaptés à sa réalité, qui se situe à l'intersection de multiples motifs énumérés ou analogues³¹⁷, car les tribunaux ne tiennent pas forcément compte des effets de la discrimination intersectionnelle lorsqu'ils octroient la réparation à la personne requérante³¹⁸.

Ensuite, sachant que les juges parlent des motifs énumérés et analogues comme des motifs à la base de décisions stéréotypées fondées, non pas sur le mérite de l'individu, mais sur une caractéristique personnelle immuable ou modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle³¹⁹, nous pensons que cette démarche dévoile un problème dans la façon dont la Cour suprême comprend l'identité personnelle³²⁰. En effet, le test appréhende les caractéristiques personnelles de groupes socialement désavantagés comme des déviations de la norme de l'homme blanc hétérosexuel³²¹, sans toutefois remettre en question la supériorité de cette norme ou les conséquences que peut avoir un discours politique fondé sur cette norme en matière d'identité et d'égalité³²². En réduisant l'identité à une série d'attributs qui ne peuvent être modifiés ou qui peuvent être modifiés à un coût inacceptable et qui sont hors du contrôle des individus, les juges méconnaissent la façon dont les gens se définissent par des actions et des décisions délibérées. L'identité est le résultat complexe de la dynamique entre l'étiquette sociale qui est apposée sur soi et l'autoidentification revendiquée par les personnes. Ce n'est pas simplement des catégories sociale, politique et culturelle qui masquent des relations d'oppression³²³.

Ainsi, érigeant des barrières à l'atteinte de l'égalité réelle, le test de l'immutabilité simplifie la notion d'identité en ce qu'il ne tient pas compte des stratégies de préservation de soi utilisées par les communautés opprimées³²⁴. Beaucoup de personnes issues de groupes minoritaires tentent de redéfinir une partie de leur identité dans l'espoir d'obtenir certains privilèges réservés aux personnes ayant les attributs considérés acceptables et supérieurs³²⁵. Par exemple, puisque la race est une construction sociale et que la couleur de la peau foncée et les cheveux afro sont des facteurs primaires pour identifier une personne de race noire³²⁶, une femme noire pourrait utiliser des crèmes

³¹⁷ *Id.*

³¹⁸ Sirma BILGE et Olivier ROY, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », (2010) 25-1 *Revue canadienne Droit et Société* 51, p.62

³¹⁹ *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 194, par. 13

³²⁰ Carl STYCHIN, « Essential Right and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada », (1995) 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 49, p. 56

³²¹ *Id.*

³²² Joshua SEALY-HARRINGTON, « Assessing Analogous Grounds: The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach », (2013) 10 *Journal of Law and Equality* 37, p. 58

³²³ J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 322, p. 58

³²⁴ *Id.*

³²⁵ *Id.*, p. 59

³²⁶ *Id.*, p. 60

éclaircissantes ou des défrisants chimiques afin de changer des caractéristiques personnelles et s'extirper de l'oppression qu'elles engendrent³²⁷. Dans son essai « Whiteness as Property » la Professeure de droits et libertés civiles à l'Université californienne de Los Angeles (UCLA) Cheryl Harris décrivait comment sa grand-mère faisait usage de sa « chance » d'avoir la peau pâle, les cheveux lisses et les traits aquilins afin de passer pour une personne blanche et se garantir le privilège d'avoir un emploi dans le quartier financier de Chicago³²⁸.

Or, il serait injuste de réduire les chances de protection contre la discrimination des personnes issues de groupes minoritaires seulement parce qu'elles auraient développé des stratégies pour masquer les caractéristiques personnelles les maintenant dans un statut de subordination à force de lutter contre l'oppression³²⁹. Plus un membre d'un groupe minoritaire est habile à redéfinir son identité pour la calquer à celle des personnes issues de groupes dominants, moins il aurait de chance que les cours et tribunaux, en appliquant le test d'immutabilité, reconnaissent la discrimination qu'il subit et interviennent pour la faire cesser³³⁰. Puisque les motifs énumérés et analogues sont des marqueurs du contexte social et historique fondamental à la compréhension des systèmes et des relations dans lesquelles la discrimination se manifeste³³¹, il faudrait analyser un cas de discrimination basée sur la race, à titre d'exemple, en tenant compte de la construction de la race dans la société canadienne, incluant les relations raciales, les stéréotypes de race et les façons dont la race de certains individus, communautés et groupes a été et continue d'être un vecteur d'oppression³³². Sherene Razack, Professeure canadienne émérite d'études de genre à UCLA, explique ceci: "*Without history and social context, each encounter between unequal groups becomes a fresh one, where the participants start from zero, as one human being to another, each innocent of the subordination of others*"³³³.

Par conséquent, il pourrait être plus avisé d'adopter, à la place d'une analyse qui se limite au critère d'immutabilité pour dégager un nouveau motif analogue, une approche qui comprend plusieurs variables comme le désavantage historique, la vulnérabilité, la portée et l'importance du motif et sa présence dans les législations de droits de la personne, pour s'assurer que les personnes et groupes minoritaires qui emploient des stratégies pour se rapprocher des groupes privilégiés

³²⁷ *Id.*

³²⁸ Cheryl HARRIS, « Whiteness as Property », (1993) 106-8 *Harvard Law Review* 1707, pp. 1710 et 1711

³²⁹ J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 322, pp. 60 et 61

³³⁰ *Id.*, p. 61

³³¹ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p. 52

³³² *Id.*

³³³ Sherene H. RAZACK, *Looking White People in the Eye, Gender, Race, and Culture in Courtrooms and Classrooms*, Toronto, University Toronto Press, 1998, p. 8

puissent accéder à l'égalité réelle et soient à l'abri de la discrimination³³⁴. En effet, si la discrimination fondée sur la race est un motif énuméré qui n'a donc pas besoin d'être reconnu comme motif analogue par la Cour suprême, des problèmes contemporains comme l'oppression des personnes noires arborant des cheveux afro au travail³³⁵, démontrent que les choix que les femmes noires font pour que leurs cheveux s'approchent des cheveux des femmes blanches ne sont pas reconnus comme de la discrimination associée au motif énuméré qu'est la race³³⁶. Tout comme la Professeure de droit constitutionnel de l'Université de York Sonia Lawrence, citée dans l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême du Canada en 2020, nous soulignons à nouveau l'importance de comprendre la notion de choix comme n'étant pas affranchie de l'influence des inégalités structurelles, notamment parce qu'il est possible que les groupes sociaux subordonnés maintiennent les vues négatives historiquement intériorisées sur leur identité et fassent des choix en conséquence :

« Toutes sortes de conditions structurelles poussent les gens à faire les choix qu'ils font, ce qui fait que certains choix peuvent être faits plus souvent par des gens présentant des « caractéristiques personnelles » particulières. Il s'agit d'un élément clé de l'inégalité systémique — elle ne découle pas de discrimination directe créée par une loi, mais plutôt du fonctionnement d'institutions qui peuvent sembler neutres à première vue. »³³⁷

Ainsi, qu'il suffise de voir les nombreux défis auxquels a été confrontée la Cour suprême dans l'application de l'article 15 de la Charte canadienne afin de constater qu'interpréter des concepts tels que l'égalité, la dignité, la liberté ou l'autonomie n'est pas tâche aisée. L'évolution jurisprudentielle du test de discrimination explique les difficultés que peuvent également avoir les juges des cours et tribunaux inférieurs à comprendre les nombreuses facettes de l'inégalité auxquelles sont confrontées les femmes. En matière de discrimination des codes sexuels, les cours et tribunaux provinciaux sont les premières lignes de défense dont bénéficient les femmes.

1.3.La discrimination à l'égard des femmes en droit québécois

Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* est d'une grande importance, les articles 1 à 38 ayant une valeur supra-législative³³⁸. La Cour suprême opine que les codes des droits de la

³³⁴ J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 322, p. 61

³³⁵ *Infra*, notes 1068-1070

³³⁶ J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 322, p. 61

³³⁷ Sonia LAWRENCE, «Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination: Reading the Supreme Court on Section 15 » dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, LexisNexis (2006), p. 115, aux pp. 115, 116, 124 et 125; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 90

³³⁸ Charte québécoise, art. 52

personne comme la Charte québécoise sont des documents qui encapsulent des principes fondamentaux et dont l'interprétation doit allouer une certaine latitude, adoptant ainsi la théorie de l'arbre vivant³³⁹ afin d'atteindre les objectifs qu'ils se sont donnés³⁴⁰. Malgré cela, la compréhension des dispositions de la Charte québécoise doit se faire en harmonie avec celles de la Charte canadienne, tout en tenant compte des spécificités de chaque charte³⁴¹. Par exemple, alors que la Charte québécoise lie l'État³⁴², vise les matières qui relèvent de la compétence législative du Québec³⁴³ et peut être invoquée dans les rapports de droit privé, la Charte canadienne n'intervient que dans les rapports de l'État³⁴⁴. De plus, il semble y avoir une plus grande ouverture à l'utilisation du droit international dans les jugements québécois portant sur la protection des droits de la personne, les juges considérant que le droit international présente un intérêt et une source d'inspiration pour les États ayant manifesté leur désir d'être liés par leur ratification aux conventions internationales³⁴⁵. Une autre divergence notable est la façon dont le Charte québécoise appréhende la discrimination.

1.3.1. Reconnaître la discrimination *prima facie* en vertu de la Charte québécoise

L'article 10 de la Charte québécoise est consacré à la protection de toute personne contre la discrimination, notamment celle fondée sur le sexe, la race ou la religion³⁴⁶. La loi interdit de distinguer, d'exclure ou démontrer une préférence pour les caractéristiques énoncées et la discrimination se produit lorsque la distinction, l'exclusion ou la préférence détruit ou compromet le droit³⁴⁷. La liste de motifs de discrimination est exhaustive³⁴⁸, mais les motifs doivent être interprétés de façon large et libérale³⁴⁹. Afin de déterminer s'il y a existence *prima facie* d'une discrimination au sens de l'article 10, le Tribunal des droits de la personne (ci-après « TDP ») procède en trois étapes.

³³⁹ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 RCS 554, p. 621 : La théorie de l'arbre vivant admet que la Constitution canadienne et les législations provinciales sur les droits de la personne doivent pouvoir évoluer de façon à demeurer prévisibles, tout en étant flexibles. Il faut que les Canadiens soient gouvernés par des règles stables, mais il faut que l'interprétation de ces règles tienne compte des réalités de la vie moderne pour ne pas que le droit devienne obsolète; Peter W HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, par. 36.8(a)

³⁴⁰ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 RCS 345, par. 116

³⁴¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 31.

³⁴² Charte québécoise, art. 54

³⁴³ *Id.*, art. 55

³⁴⁴ TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *La Charte des droit et libertés de la personne. En bref*, Montréal, en ligne :

<https://tribunaldesdroitsdelapersonne.ca/fileadmin/tribunal-droits-personne/pdf/Charte_en_bref_PDF_balise.pdf>, p. 15

³⁴⁵ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316, par. 28

³⁴⁶ Charte québécoise, art. 10

³⁴⁷ *Id.*

³⁴⁸ TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 344, p. 29

³⁴⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 341, par. 52

Tout d'abord, il doit constater l'existence d'une distinction, exclusion ou préférence. La personne demanderesse doit prouver l'existence d'une différence de traitement, donc elle doit démontrer qu'une décision, mesure ou conduite la touche de manière différente par rapport à d'autres personnes. Il peut s'agir d'obligations, de peines ou de conditions restrictives qui ne sont pas imposées à d'autres³⁵⁰.

Ensuite, cette distinction, exclusion ou préférence doit être fondée sur l'un des motifs énumérés par la Charte québécoise. Il n'est pas nécessaire de prouver la présence d'un lien étroit ou exclusif entre le motif et la distinction. Il faut simplement que le motif ait été un facteur ayant contribué aux décisions ou gestes reprochés afin que ces derniers soient considérés discriminatoires³⁵¹. Il n'est pas nécessaire que la personne responsable de la distinction, l'exclusion ou la préférence ait fondée sa décision ou son geste sur le motif prohibé, tant qu'elle se soit partiellement basée sur un tel motif³⁵².

Enfin, la distinction, exclusion ou préférence doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne³⁵³. Cela veut dire que le droit à ne pas subir de discrimination n'est pas suffisant afin de fonder un recours, il doit être nécessairement rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la Charte³⁵⁴, car la disposition ne protège en réalité que le droit de chaque personne à jouir également de ses droits et libertés³⁵⁵. Si le droit fondamental sur lequel s'appuie la violation alléguée se trouve aux articles 1 à 9 de la Charte québécoise, la portée de ce droit doit être délimitée à la lumière des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens de l'article 9.1 de la Charte³⁵⁶. Enfin, à l'image du droit canadien, pour contrevenir à l'article 10 de la Charte québécoise, la personne demanderesse n'a pas à démontrer que la différence de traitement était intentionnelle³⁵⁷.

Si le défendeur n'arrive pas à justifier sa conduite ou ses gestes en invoquant les exemptions de la Charte québécoise ou celles prévues par la jurisprudence, le tribunal conclura à l'existence d'une discrimination³⁵⁸. Parmi les exemptions, on retrouve celle de l'article 20 de la Charte, qui précise

³⁵⁰ *Id.*, par. 42, citant *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« O'Malley »), p. 551

³⁵¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 341, par. 52

³⁵² *Id.*, par. 48

³⁵³ *Id.*, par. 35

³⁵⁴ *Id.*, par. 53

³⁵⁵ Ghislain OTIS et Christian BRUNELLE, «La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique», (1995) 36-3 *Les Cahier de Droit* 599, p. 634

³⁵⁶ *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, par. 40

³⁵⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 341, par. 40

³⁵⁸ *Id.*, par. 37 et 64

que ne sont pas discriminatoires les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les aptitudes requises par un emploi³⁵⁹. Aussi, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*³⁶⁰, la Cour suprême avait établi une méthode afin de déterminer si une norme *prima facie* discriminatoire constituait une défense d'exigence professionnelle justifiée³⁶¹. En l'espèce, un nouveau standard de compétences aérobiques avait été imposé aux pompiers par le gouvernement de la Colombie Britannique. La requérante s'était plainte car elle travaillait comme pompière depuis des années sans problème lorsqu'elle fut renvoyée à cause du nouveau standard. Afin de réaliser la promesse d'égalité réelle, la Cour dit ceci des employeurs :

« Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. »³⁶²

Dans cette décision, la Cour avait développé un test à trois étapes afin de déterminer si un standard prouvé comme discriminatoire pouvait toutefois être justifié parce qu'il s'agissait d'une nécessité au travail. L'employeur devait prouver qu'il avait adopté le standard dans un objectif rationnellement connecté à la performance du travail, dans la croyance honnête et la bonne foi que c'était nécessaire à la réalisation de cet objectif légitime lié au travail et que le standard était raisonnablement nécessaire à l'objectif légitime lié au travail³⁶³.

Cet arrêt, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, est très intéressant, car il permet d'aborder l'étrange double nature du droit à l'égalité au Canada³⁶⁴, le test de discrimination devant la Charte québécoise différant de celui devant la Charte canadienne.

1.3.2. Protéger l'égalité des femmes: choisir la Charte canadienne ou la Charte québécoise?

En 1999, la Cour suprême du Canada rendit deux jugements de haute importance en matière d'égalité et de discrimination, soit *Law c. Canada* et *Colombie-Britannique (Public Service*

³⁵⁹ Charte québécoise, art. 20

³⁶⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54

³⁶¹ TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 344, pp. 32 et 33

³⁶² *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 360, par. 68

³⁶³ *Id.*, par. 57-63

³⁶⁴ Bruce RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », (2013) 63 *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference* 261

Employee Relations Commission) c. BCGSEU, avec lesquels nous sommes déjà familier. Si les deux arrêts étaient aux prises avec des règles gouvernementales qui imposaient un traitement différentiel fondé sur des motifs énumérés, dans le premier il était question du droit constitutionnel à l'égalité alors que dans le second il était question du droit légal à l'égalité, donc un droit édifié par le Code des droits de la personne de la Colombie-Britannique³⁶⁵.

On se rappelle que dans l'arrêt *Law*, pour qualifier une situation de discrimination, la Cour établit qu'elle devait se demander si la loi avait pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes, si la différence de traitement était fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues et si la loi avait un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité³⁶⁶. La Cour affirma également que le respect de la dignité était l'objectif de la protection de l'article 15 de la Charte canadienne³⁶⁷. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, le gouvernement de la Colombie-Britannique devait prouver qu'il avait adopté le standard dans un objectif rationnellement connecté à la performance du travail, dans la croyance honnête et la bonne foi que c'était nécessaire à la réalisation de cet objectif légitime lié au travail et que le standard était raisonnablement nécessaire à l'objectif légitime lié au travail³⁶⁸. Les étapes suivies afin de qualifier une situation de discrimination différaient donc d'un arrêt à l'autre.

La Cour suprême est d'avis que l'article 15 de la Charte canadienne et les dispositions portant sur l'égalité dans les chartes et codes de droits de la personne provinciaux ont le même objectif de combattre la discrimination³⁶⁹. Dans l'arrêt *Andrews* en 1989, le juge McIntyre déclara que la discrimination du paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne était de la même nature et correspondait sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois provinciales sur les droits de la personne³⁷⁰. Toutefois, la divergence de démarche judiciaire dans les deux jugements précités de 1999 illustre le particularisme du droit à l'égalité au Canada et soulève la question de la relation entre l'application du droit à la non-discrimination de la Charte canadienne et de la Charte québécoise³⁷¹. Une approche favoriserait l'application du test de discrimination de la Charte canadienne dans tous les litiges de discrimination, une seconde approche maintiendrait distincts les tests constitutionnel et légal de discrimination et une dernière

³⁶⁵ *Id.*, p. 261

³⁶⁶ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 179, par. 39

³⁶⁷ *Id.*, par. 51

³⁶⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 360, par. 57-63

³⁶⁹ B. RYDER, préc., note 364, p. 264

³⁷⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 21, p. 176

³⁷¹ B. RYDER, préc., note 364, p. 267

approche soutiendrait une application du test de discrimination présentement adopté par les provinces à tous les cas de discrimination, incluant ceux analysés en vertu de la Charte canadienne³⁷². Sans faire une analyse détaillée de chacune de ces approches, certains l'ayant déjà fait avant nous³⁷³, nous tenons à retenir quelques remarques pertinentes à l'égard de notre sujet d'étude.

Tout d'abord, depuis les années 80, la compétence des tribunaux des droits de la personne provinciaux pour des litiges de droit public a une portée de plus en plus large³⁷⁴. Pour certains, cette tendance appelle à une fusion des tests de discrimination constitutionnel et légaux, au profit du test de discrimination de la Charte canadienne, surtout sachant l'objectif commun et le travail similaire de la Cour suprême et des tribunaux provinciaux³⁷⁵. La Professeure de droit de l'Université de Windsor Claire Mumme déclare que plusieurs juges sont réceptifs à ces demandes de fusion entre les deux tests de discrimination³⁷⁶.

Une décision témoignant de cette fusion est l'affaire *Beaublanc*³⁷⁷, où les juges du TDP reprirent le raisonnement de la Cour suprême du Canada en matière de discrimination et de dignité. En l'espèce, une fille travaillait dans une brasserie qui exigeait que les serveuses portent une mini-jupe, un chemisier ou un chandail moulant. Une journée, la plaignante se présenta avec une cravate et la représentante de l'employeur lui ordonna de la retirer et déboutonner son chemisier. Peu de temps après, la plaignante fut congédiée du fait de sa petite taille et sa petite poitrine³⁷⁸.

Dans cette décision, les juges avaient présenté la dignité humaine comme principe qui sous-tend tous les droits de la Charte et comme droit fondamental à l'aune duquel tous les droits et libertés fondamentaux doivent être interprétés³⁷⁹. Ils avaient mentionné l'arrêt de principe de l'époque, *Law c. Canada*, en matière de discrimination et respecté l'analyse de la discrimination en vertu de la dignité humaine³⁸⁰. Reconnaissant que l'article 10 de la Charte québécoise et l'article 15 de la Charte canadienne ne sont pas identiques, le Tribunal avait conclu que l'interprétation jurisprudentielle canadienne de la dignité était transposable et pouvait s'appliquer à l'article 4 de

³⁷² *Id.*, p. 275

³⁷³ B. RYDER, préc., note 364, p. 275 et suiv.

³⁷⁴ Claire MUMME, «At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the Charter in Canadian Government Services Cases», (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 103, p.137

³⁷⁵ B. RYDER, préc., note 364, p. 275

³⁷⁶ C. MUMME, préc., note 374, p. 137

³⁷⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13

³⁷⁸ *Id.*, par. 10

³⁷⁹ *Id.*, par. 24 et 37

³⁸⁰ *Id.*, par. 25 et 26

la Charte québécoise³⁸¹. Le Tribunal rédigea également sept paragraphes sur l'importance de la dignité humaine selon plusieurs instruments internationaux, dont la CEDEF³⁸².

La décision était tombée en faveur de la plaignante qui, comme le relevait le tribunal, s'était sentie objectivée, insultée, choquée, outragée et bouleversée des raisons de son congédiement. Dans les mots des juges :

« Apprendre qu'on est congédié pour la simple raison qu'on ne correspond pas à l'exigence physiologique imposée ou à une vision étriquée de la femme est profondément humiliant, il s'agit-là d'une grave atteinte à la dignité humaine, à la dignité en tant que femme, atteinte qui ne saurait être tolérée et contraire aux prescriptions de la Charte. »³⁸³

L'interprétation de la Charte canadienne par la Cour suprême infiltrant le droit provincial confirme le ruissellement de la jurisprudence canadienne sur les tribunaux québécois. Dans le cas de la requérante, cela avait joué en sa faveur. Cependant, cela veut également dire que, si les deux tests de discrimination étaient officiellement fusionnés, les failles de la plus haute cour canadienne dans son interprétation de la discrimination pourraient se refléter dans les tribunaux et cours inférieurs.

Avec l'arrêt *Andrews* de 1989, la Cour suprême avait signifié que l'objectif de l'article 15 était de protéger les personnes contre la discrimination et promouvoir l'égalité. Mais qu'est-ce qui constitue de la discrimination? *Andrews* demeurait opaque à ce sujet et n'expliquait pas ce qui convertissait une distinction légale sur un motif énuméré ou analogue en de la discrimination³⁸⁴. L'arrêt *Law* de 1999 cherchait à remédier à cette question lorsqu'il fit de la dignité un cheval de Troie en matière de droits des femmes. En effet, après *Law*, la dignité avait été plus souvent utilisée afin de refuser les réclamations basées sur l'article 15 de la Charte que de les accepter³⁸⁵. La survalorisation de la dignité ne s'était donc jamais convertie en un réel rempart à l'égalité face à la discrimination³⁸⁶.

La dignité fut considérée par certains comme un principe trop vague et malléable pour pouvoir être le fer de lance de l'article 15 de la Charte³⁸⁷. Après *Law*, la Cour avait tendance à réduire le test en matière d'atteinte à l'égalité à une seule question, soit celle de savoir si une personne raisonnable dans la position du requérant pourrait légitimement sentir que sa dignité a été diminuée par la règle de droit. Ainsi, une des critiques du test de l'arrêt *Law* et de l'importance qu'il accordait à la dignité

³⁸¹ *Id.*, par. 27

³⁸² *Id.*, par. 29-36

³⁸³ *Id.*, par. 40

³⁸⁴ F. FARADAY, M. DENIKE et M. K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 100

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ *Id.*, p. 141

³⁸⁷ R. c. *Kapp*, préc., note 211, par. 22; Debra McALLISTER, «Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test», (2003-2004) 15 *National Journal of Constitutional Law* 3

était que la dignité était un sentiment, mais que le droit, dont le droit à l'égalité, était une discipline de raison et de persuasion. Or, il est difficile d'arguer que les sentiments d'une personne n'ont pas été heurtés³⁸⁸. Les juges étaient donc dans la position délicate où ils devaient mesurer si une personne raisonnable, à la place de la personne requérante, aurait également vu ses sentiments heurtés. Ils devaient analyser objectivement la légitimité ou la raisonnable de ces sentiments³⁸⁹. On ne se concentrait donc pas assez sur les relations sociales et les dynamiques de pouvoir qui sont structurellement soutenues par le droit et qui sous-tendent le traitement inégal des personnes³⁹⁰. De plus, cela rajoutait un fardeau pour les réclamants puisqu'il ne suffisait plus de prouver le traitement différentiel, il fallait à présent démontrer en quoi ce traitement différentiel discriminatoire violait la dignité humaine³⁹¹.

Même si les juges considéraient que les personnes ont une valeur humaine inestimable et inviolable, on ne savait pas quel était le traitement qui faisait en sorte qu'on méconnaisse cette valeur humaine et qu'on viole la dignité. La Professeure de droit Sophia Moreau à l'Université de Toronto proposait de donner de la substance à la dignité et elle avait identifié quatre réalités qui dénotaient d'un traitement différentiel inégal qui causait du tort aux personnes: lorsque ledit traitement est fondé sur des préjugés ou des stéréotypes³⁹²; lorsqu'il perpétue des relations de pouvoir oppressantes³⁹³; lorsqu'il empêche l'accès à des ressources de base³⁹⁴; lorsqu'il diminue le sentiment de valeur humaine de la personne, soit une conception subjective de la dignité³⁹⁵. Selon elle, les stéréotypes agissent à la fois comme motivation et comme justification du traitement différentiel discriminatoire fondé dans les préjugés³⁹⁶. La généralisation occasionnée par le stéréotype ou le préjugé ne décrit pas adéquatement la personne ou sa réalité et c'est cela qui cause du tort à la personne. La personne à qui on a arbitrairement nié un avantage, une opportunité ou un droit³⁹⁷ s'est vue définie par l'image d'elle que s'en faisait un autre groupe et cela réduit son droit à l'autodétermination et l'autonomie³⁹⁸. Toujours selon son analyse, et divergeant de l'approche de la Cour suprême qui comprend l'article 15 comme intrinsèquement comparatif³⁹⁹, la Professeure Moreau était d'avis que le tort créé par les préjugés et les stéréotypes ne devrait pas s'analyser

³⁸⁸ Donna GRESCHNER, «Does Law Advance the Cause of Equality?», (2001) 27 *Queen's Law Journal* 299, p. 313

³⁸⁹ Caroline HODES, « Colonial Legacies and Competing Masculinities: The Supreme Court of Canada's Return to Reason in *R. V. Kapp* », (2017) 34 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 129, p. 145

³⁹⁰ F. FARADAY, M. DENIKE et M. K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 111

³⁹¹ *Id.*, p. 15

³⁹² *Id.*, p. 35

³⁹³ *Id.*, p. 40

³⁹⁴ *Id.*, p. 44

³⁹⁵ *Id.*, p. 49

³⁹⁶ *Id.*, p. 35

³⁹⁷ *Id.*, p. 36

³⁹⁸ *Id.*, p. 37

³⁹⁹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 172

uniquement de façon comparative. Certes, une personne n'a pu bénéficier d'un droit garanti à d'autres à cause de stéréotypes ou de préjugés que certaines personnes avaient sur elle. Cependant, cette personne s'est faite traiter de façon inacceptable en soi parce que le gouvernement lui a refusé un avantage qui diminue son autonomie. Ce refus d'avantage pourrait sous-entendre l'hypothèse insupportable que le gouvernement ne reconnaîtrait pas la valeur humaine, inhérente à chaque être humain, de l'individu visé. Selon la Professeuse Sophia Moreau, c'est un tort qui ne nécessite pas de comparaison⁴⁰⁰.

Dans l'affaire très médiatisée de 2021 *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*⁴⁰¹, la Cour suprême explique que l'article 4 de la Charte québécoise sur la sauvegarde de la dignité protège contre la négation de sa valeur en tant qu'être humain, car quand une personne est privée de son humanité par l'infliction de traitements qui l'avalissent, l'asservissent, la réifient, l'humilient ou la dégradent, sa dignité est bafouée et c'est une atteinte qui fait révolter la conscience de la société⁴⁰². La violation de la sauvegarde de la dignité est une atteinte aux attributs fondamentaux d'une personne qui contrevient au respect auquel elle a droit du simple fait d'être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même⁴⁰³. L'article 4 de la Charte ne protège pas la personne en elle-même, mais son humanité dans ses attributs les plus fondamentaux⁴⁰⁴. Pour conclure à une atteinte au droit à la dignité, il faut une analyse qui s'effectue en fonction d'un critère objectif et une évaluation de l'impact de l'atteinte alléguée dans le contexte précis du litige⁴⁰⁵. En effet, la personne raisonnable qui s'estime atteinte dans son droit à la dignité d'une façon qui contrevient à l'article 10 de la Charte québécoise doit avoir essuyé un affront particulièrement méprisant envers son identité raciale, ethnique ou autre et cet affront doit être lourd de conséquences pour elle⁴⁰⁶. Il est cependant impératif d'atténuer le caractère abstrait de ce critère objectif pour évaluer l'impact de l'atteinte dans le contexte précis où se trouve la victime de discrimination et se rapprocher de sa situation particulière⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ F. FARADAY, M. DENIKE et M. K. STEPHENSON, préc., note 172, pp. 39 et 40

⁴⁰¹ *Ward c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, préc., note 356: De septembre 2010 à mars 2013, l'humoriste Mike Ward présente un spectacle qui comprend un numéro dans lequel il se moque de certaines personnalités du milieu artistique québécois, dont un jeune chanteur mineur en situation de handicap. L'humoriste réalise également une capsule vidéo qui est diffusée sur son site Internet dans laquelle il prononce des propos désobligeants et se moque de certaines caractéristiques physiques du chanteur. Les parents de ce-dernier allèguent une atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité en pleine dignité de leur enfant, en vertu des articles 4 et 10 de la Charte québécoise.

⁴⁰² *Id.*, par. 58

⁴⁰³ *Id.*, par. 168

⁴⁰⁴ *Id.*, 56

⁴⁰⁵ *Id.*, par. 163 et 164

⁴⁰⁶ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, par. 99

⁴⁰⁷ *Id.*, par. 102

Puisque l'utilisation de la dignité comme clé de voute des réclamations sur l'égalité de la Charte canadienne n'a pas été ravivée par l'arrêt *Fraser*, on peut affirmer qu'elle demeure pertinente seulement dans le domaine du droit québécois. En effet, non seulement l'article 10 de la Charte québécoise peut être combiné avec l'article 4 de ladite charte, c'est souvent sur la base de ces deux dispositions que des propos ou des actes sont jugés discriminatoires⁴⁰⁸.

On note ainsi, pour l'instant, le maintien de deux tests distincts de discrimination, un selon la Charte canadienne et un selon la Charte québécoise. Cette divergence trouve des adeptes chez plusieurs juristes, qui affirment que le fardeau de preuve dans les litiges d'atteinte à l'égalité garantie par les lois provinciales des droits de la personne est plus léger que dans les affaires d'atteinte à l'égalité de la Charte canadienne⁴⁰⁹. Toutefois, cet argument introduit inévitablement la critique du test de discrimination de l'article 15 de la Charte canadienne, qui fait peser sur les requérantes un fardeau trop lourd. Par le passé, cela réduisait la facilité d'accès à la justice pour des raisons financières⁴¹⁰, car il arrivait souvent que des considérations qui devaient relever au gouvernement à prouver sous l'article premier de la Charte canadienne incombait aux requérants à prouver⁴¹¹.

Dans l'affaire du Tribunal des droits de la personne de la Colombie Britannique *Moore v. British Columbia (Ministry of Education)* en 2005⁴¹², une des préoccupations était de savoir si les deux tests de discrimination devaient être fusionnés, ce qui permettrait à la lourdeur du test de discrimination de la Charte canadienne d'infiltrer le domaine statuaire⁴¹³. En l'espèce, un district

⁴⁰⁸ TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 344, p. 32; *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 406

⁴⁰⁹ B. RYDER, préc., note 364, p. 277 ; A. WAYNE MACKAY, «The Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter in Pursuit of Equality: A Case for Greater Separation in Both Theory and Practice», (2013) 64 *University of New Brunswick Law Journal* 55 ; Denise RÉAUME, «Defending the Human Rights Codes from the Charter», (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 67 ; Benjamin OLIPHANT, «Prima Facie Discrimination: Is Tranchemontagne Consistent with the Supreme Court of Canada's Human Rights Code Jurisprudence?», (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 33 ; Lesli BISGOULD, «Twists and Turns and Seventeen Volumes of Evidence, or How Procedural Developments Might Have Influenced Substantive Human Rights Law» (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 5 ; Leslie A. REAUME, «Postcards from O'Malley: Reinvigorating Statutory Human Rights Jurisprudence in the Age of the Charter» dans Fay FARADAY, Margaret DENIKE et M. Kate STEPHENSON, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2006, p.373; Andrea WRIGHT, «Formulaic Comparisons: Stopping the Charter at the Statutory Human Rights Gate» dans Fay FARADAY, Margaret DENIKE et M. Kate STEPHENSON, Toronto, Irwin Law, 2006, p. 409; WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, *Statutory Human Rights and Substantive Equality – Why and How to Avoid the Injury of the Law Approach*, Toronto, Karen Schucher & Judith Keene, 2007

⁴¹⁰ B. RYDER, préc., note 364, p. 277

⁴¹¹ Beverley BAINES, «Law v. Canada: Formatting Equality», (2000) 11 *Constitutional Forum constitutionnel* 65, p. 72; Christopher BREDT & Adam DODEK, «Breaking the Law's Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15», (2003) 20 *Supreme Court Law Review* 33, p. 54 ; D. GRESCHNER, préc., note 388, p. 306; Daphne Gilbert, «Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter», (2003) 48 *McGill Law Journal* 627; Caroline HODES, «Dignity and the Conditions of Truth: What Equality Needs from Law», (2007) 19 *Canadian Journal of Women and the Law* 273, p. 282; Peter W HOGG, préc., note 362, pp. 1154 et 1155; Jennifer KOSHAN & Jonette WATSON HAMILTON, «Meaningless Mantra: Substantive Equality After Withler», (2011-2012) 16 *Review of Constitutional Studies* 31, p. 58; A. WAYNE MACKAY, préc., note 432; Sheila MCINTYRE, «Deference and Dominance: Equality Without Substance» dans Sheila McIntyre & Sanda Rodgers, *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, LexisNexis Canada, 2006, p. 95; Paul-Erik VEEL, «A New Direction in the Interpretation of Section 15(1)? A Case Comment on R. v. Kapp», (2008) 6-1 *Journal of Law & Equality* 33

⁴¹² *Moore v. British Columbia (Ministry of Education) and School District No. 44*, [2005] B.C.H.R.T.D. 580

⁴¹³ B. RYDER, préc., note 364, p. 279

scolaire et le gouvernement de la Colombie-Britannique avaient contribué à la discrimination subie par un élève avec un trouble d'apprentissage sévère en ne lui fournissant pas l'enseignement de rattrapage intensif dont il avait besoin dans ses premières années à l'école à cause de sa dyslexie⁴¹⁴. Devant le Tribunal, monsieur Moore était d'avis que le test O'Malley⁴¹⁵, sur lequel était fondé le test de l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, devait s'appliquer pour trouver si le district scolaire et la province avaient fait subir de la discrimination à son enfant⁴¹⁶. Le gouvernement argua que le test de *Law* en vigueur à l'époque devait être appliqué, car l'affaire mettait en cause l'action du gouvernement et des allégations de discrimination systémique dans le contexte de politiques publiques provenant du secteur de l'éducation⁴¹⁷. Cette stratégie employée par le gouvernement est décriée car elle cherche à ce que le fardeau de preuve qui pèse sur les requérants pour prouver la discrimination soit plus lourd⁴¹⁸ que s'ils devaient seulement prouver une discrimination *prima facie*⁴¹⁹.

Abondant dans le même sens, la Professeure de droit à l'Université de Toronto Denise Réaume donnait l'exemple de l'accent mis sur les stéréotypes dans l'arrêt *Kapp* de la Cour suprême en 2008. Alors qu'il incombait aux requérants de prouver que la législation reposait sur des stéréotypes en invoquant l'article 15 de la Charte canadienne, dans le cadre du raisonnement des juges des tribunaux des droits de la personne, il incombait plutôt aux défendeurs de prouver que leurs généralisations étaient exactes⁴²⁰.

Toutefois, avec l'affaire *Ward c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, la Cour suprême semble avoir alourdi ce fardeau en demandant, à la troisième étape du test de discrimination, que le plaignant arguant l'atteinte à son droit à l'égalité de la jouissance ou l'exercice d'un des droits et libertés des articles 1 à 9 de la Charte québécoise démontre que la protection de ce droit s'impose en respectant l'énoncé de l'article 9.1 de la Charte⁴²¹.

Ainsi, pour les fins de notre étude, il nous semble que le test qui devrait être retenu est celui qui, tout en respectant son champ d'application, permet de réaliser la promesse du droit à la non-

⁴¹⁴ *Moore v. British Columbia (Ministry of Education)*, préc., note 412, par. 2 et 3

⁴¹⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 350, par. 28

⁴¹⁶ *Moore v. British Columbia (Ministry of Education)*, préc., note 412, par. 719

⁴¹⁷ *Id.*, at para. 722

⁴¹⁸ B. RYDER, préc., note 364, p. 281

⁴¹⁹ J. KOSHAN, préc., note 287, p. 140

⁴²⁰ Denise RÉAUME, préc., note 409, p. 82

⁴²¹ Julie CARLESSO, « L'arrêt Ward : la Cour suprême précise le test applicable au recours en discrimination en vertu de la Charte québécoise », *Norton Rose Fullbright*, 2 novembre 2021, en ligne : <<https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/c70957ba/larret-ward-la-cour-supreme-precise-le-test-applicable-au-recours-en-discrimination>>

discrimination de protéger et garantir une égalité réelle⁴²², particulièrement aux personnes historiquement marginalisées comme les femmes et les filles noires.

1.3.3. Les femmes noires, dans l'angle mort de la protection de la Charte québécoise face aux codes sexuels

En droit québécois, face au caractère discriminatoire des codes sexuels, la protection des droits des femmes noires est fragilisée à cause de la convergence de trois réalités : l'intersectionnalité n'en est qu'à ses débuts et elle demeure très théorique⁴²³; la discrimination raciale demeure assez incomprise des tribunaux⁴²⁴ et; il n'y a pas d'uniformité ou de conseils dans la façon d'aborder la discrimination liée aux codes sur l'apparence et aux codes vestimentaires.

Tout d'abord, malgré que le libellé de la Charte québécoise n'interdise pas la combinaison de motifs et que le Tribunal des droits de la personne du Québec n'ait jamais nié la possibilité de qualifier une discrimination d'intersectionnelle, aucune de ses décisions ne permet de saisir comment serait analysée cette combinaison de motifs⁴²⁵. En 2021, il n'y avait que deux décisions du Tribunal des droits de la personne qui avaient fait mention du concept d'intersectionnalité dans leur analyse de l'article 10 de la Charte québécoise, mais elles ne l'avaient toutefois pas appliqué aux faits⁴²⁶. En 2010, le Tribunal avait déclaré que la combinaison du statut d'emploi occasionnel et d'autres facteurs, tels que le sexe ou l'origine ethnique, pouvait entraîner des conditions de travail moins avantageuses. Sans mobiliser un cadre d'analyse intersectionnel, le Tribunal reconnut qu'une approche contextualisée et sensible à la discrimination intersectionnelle était pertinente⁴²⁷. En 2019, dans une affaire de profilage racial⁴²⁸, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (ci-après « CDPJQ ») avait demandé au Tribunal des droits de la personne d'analyser la preuve présentée à la lumière d'une approche contextualisée de la discrimination intersectionnelle. Le Tribunal avait adopté une approche cumulative, considérant que les plaignants étaient visés pour leur race, leur couleur, leur état civil et leur handicap, mais puisque les autres critères que la race n'avaient pas été assez démontrés, la demande de la Commission fut rejetée⁴²⁹.

⁴²² B. RYDER, préc., note 364, p. 276

⁴²³ Vanessa TANGUAY, « La Charte québécoise des droits et libertés permet-elle de mobiliser l'intersectionnalité comme cadre d'analyse de la discrimination? », 36-1 *Canadian Journal of Law and Society* 47, p. 50

⁴²⁴ S. LAWRENCE, préc., note 337, p. 128

⁴²⁵ V. TANGUAY, préc., note 423, pp. 57 et 58

⁴²⁶ *Id.*, p. 52

⁴²⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Syndicat des constables spéciaux*, 2010 QCTDP 3, par. 216

⁴²⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Ville de Montréal (SPVM)*, 2019 QCTDP 31, par. 181

⁴²⁹ *Id.*, par. 322

L'absence d'analyse intersectionnelle peut fragiliser les réclamations des femmes noires, car une partie de leur expérience de discrimination est invisibilisée. Menant une étude allant de 1980 à 1989 sur la discrimination fondée sur la race et sur le sexe afin de découvrir comment les tribunaux des droits de la personne des provinces canadiennes réagissaient aux plaintes des femmes issues de minorités raciales⁴³⁰, l'ancienne Professeure de droit de l'Université de Colombie-Britannique Nitya Duclos conclut que ces catégories de femmes étaient très peu mentionnées dans les décisions des tribunaux. Quand on reconnaissait la discrimination subie par les femmes de minorités raciales, les tribunaux appréhendaient leur expérience sans faire les distinctions nécessaires, les comparant à des femmes sans race ou à des minorités raciales sans sexe⁴³¹.

Ensuite, la discrimination, particulièrement la discrimination raciale, semble illustrer des difficultés conceptuelles. L'idée que la discrimination raciale est directe, intentionnelle et fondée sur des préjugés est enracinée dans le droit et dans la culture populaire⁴³². Or, au Canada, les connaissances et les acquis issus du colonialisme sont souvent appréhendés comme étant la vérité ou comme représentant le bon sens⁴³³, donc ils ne sont pas questionnés et engendrent une forme de discrimination raciale très subtile. De plus, sachant que la connaissance est toujours produite dans des conditions patriarcales⁴³⁴, cela place les femmes noires dans une position délicate, puisqu'à notre époque, les litiges de discrimination raciale ou ethnique risquent de porter, non pas sur des normes qui avantagent ouvertement les hommes blancs, mais sur des formes de discrimination systémique⁴³⁵ difficiles à noter, surtout si on ne remet jamais en question la supposée neutralité de nos connaissances.

Il y a quelques années, le directeur général du Centre de recherche-action sur les relations sociales, Fo Niemi, dénonçait la résistance qu'opposent la CDPJQ et le Tribunal des droits de la personne du Québec à la reconnaissance de discriminations systémiques et multidimensionnelles⁴³⁶. Il affirmait également que le manque d'utilisation de l'intersectionnalité comme cadre d'analyse de la discrimination est dû au fait que la Commission ne l'invoque pas assez devant le TDP, peut-être à cause d'un manque de politique claire indiquant comment faire⁴³⁷. Il citait d'ailleurs la corrélation

⁴³⁰ Nitya DUCLOS, «Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases», (1993) 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 25

⁴³¹ *Id.*, p. 30

⁴³² Sonia Lawrence, «"The Admittedly Unattainable Ideal": Adverse Impact and Race under Section 15», *Special Lectures 2017: Canada at 150: The Charter and the Constitution*, Toronto, The Law Society of Upper Canada, 2018, p. 547, à la p. 550

⁴³³ C. HODES, préc., note 389, p. 133

⁴³⁴ Ngairé NAFFINE, *Law and the Sexes: Explorations in Feminist Jurisprudence*, Sydney, Allen & Unwin, 1990, p. 86

⁴³⁵ S. LAWRENCE, préc., note 337, p. 128

⁴³⁶ Fo NIEMI, « La justice québécoise et la discrimination raciale systémique : recul et résistance », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Le tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 289

⁴³⁷ *Id.*, p. 301.

entre la publication par la Commission ontarienne des droits de la personne d'un document servant à faciliter l'application d'une approche intersectionnelle aux plaintes reçues par la Commission⁴³⁸ et l'utilisation croissante de l'intersectionnalité dans les décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario⁴³⁹. Le manque de constance et de conseils du côté du Québec livre les femmes, particulièrement les femmes noires aux vues de ce que nous venons d'illustrer, à elles-mêmes et les laisse dans l'incertitude. En matière de codes vestimentaires et de code sur l'apparence, la Commission ontarienne des droits de la personne a fait preuve d'initiative afin de guider les employeurs et les administrateurs d'école sur les pratiques acceptables et les pratiques répréhensibles.

La position de la Commission ontarienne sur les codes vestimentaires sexualisés et fondés sur le genre⁴⁴⁰ déplore les pratiques sexistes – exigence du port de talons-hauts, jupes courtes, vêtements moulants, décolletés, coiffure spécifique, port de bijoux et autres – car elles visent uniquement les femmes, elles renforcent les stéréotypes de genre sur l'allure des femmes, elles discriminent les femmes, elles placent les femmes sous examen minutieux constant, elles font planer sur les femmes une menace de refus d'emploi ou de perte d'emploi si elles refusent d'obtempérer, elles violent la dignité des femmes, elles les rendent plus susceptibles d'harcèlement sexuel et elles les empêchent de participer pleinement au lieu de travail⁴⁴¹. La Commission rappelle qu'il revient aux employeurs de s'assurer qu'aucune politique vestimentaire ne soit ancrée dans des motifs discriminatoires, que ce soit l'identité de genre, la race, la religion, l'orientation sexuelle, la situation de mobilité, ou l'intersection de ces motifs ou d'autres motifs analogues. Si l'employeur ne peut prouver que la différence de codes entre celui des hommes et celui des femmes ou personnes non-binaires est légitimement nécessaire aux fins de l'emploi, alors le code est discriminatoire⁴⁴².

Toujours selon la même approche proactive, la Commission ontarienne a rédigé plusieurs documents consacrés à la problématique de la discrimination opérée par ces codes vestimentaires, dont une annexe sur des exemples d'exigences de codes vestimentaires sexualisés et genrés⁴⁴³, un infographique intitulé « est-ce que votre code vestimentaire viole le code des droits de la

⁴³⁸ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 313

⁴³⁹ F. NIEMI, préc., note 436, p. 302

⁴⁴⁰ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, «Position de la CODP sur les codes vestimentaires sexualisés et fondés sur le sexe», en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/en/ohrc-policy-position-sexualized-and-gender-specific-dress-codes>>

⁴⁴¹ *Id.*

⁴⁴² Commission ontarienne des droits de la personne, «Aide-mémoire portant sur les codes vestimentaires pour éliminer les obstacles fondés sur le sexe», en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/en/ohrc-policy-position-gender-specific-dress-codes/dress-code-checklist-employers>>

⁴⁴³ Commission ontarienne des droits de la personne, « Annexe A – liste exemples : Exemples d'exigences ou d'attentes qui, en matière de code vestimentaire, sont liées au sexe ou sexualisées et susceptibles d'enfreindre le Code des droits de la personne », en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/en/not-menu-ohrc-inquiry-report-sexualized-and-gender-based-dress-codes-restaurants/appendix-examples-sexualized-dress-code-requirements>>

personne? » avec des exemples d'exigences discriminatoires et des indications sur ce qu'il faut faire si cela est constaté dans le milieu de travail⁴⁴⁴, un aide-mémoire portant sur les codes vestimentaires afin d'aider les organismes et les employeurs à s'assurer que leurs codes vestimentaires et politiques d'uniformes soient conformes au code des droits de la personne ontarien et enlignés avec la position de la Commission sur les codes vestimentaires sexualisés et fondés sur le genre⁴⁴⁵ et une foire aux questions expliquant entre autres que la Commission ontarienne s'intéresse à cette problématique car les codes vestimentaires s'inscrivent dans un contexte plus large de discrimination envers les femmes et d'objectification sexuelle des femmes⁴⁴⁶.

Au Québec, quelques arrêts ont été rendus en vertu des articles 4 et 10 de la Charte québécoise en matière de discrimination fondée sur l'apparence personnelle ou sur les codes vestimentaires au travail⁴⁴⁷, mais il est difficile de retenir une ligne directrice dans le raisonnement des juges. Dans une décision rendue par un Tribunal d'arbitrage de griefs en 2011, le port obligatoire des vestons chez les femmes travaillant dans une institution financière avait été considéré comme une norme raisonnable, au nom des objectifs légitimes d'identification du personnel, de professionnalisme et de prévention d'écarts vestimentaires de l'employeur⁴⁴⁸. Aussi, dans l'affaire *Syndicat des employées et employés du marché Maxi Alma (CSN) et Provigo Distribution inc.* rendue par un Tribunal d'arbitrage en 2004, l'arbitre de griefs avait permis l'interdiction des jeans lorsque les employés exerçaient une activité qui les mettaient en présence du public et de la clientèle, cette interdiction n'étant pas considérée déraisonnable⁴⁴⁹. Cependant, dans la décision *Syndicat de l'enseignement de Lanaudière et Commission scolaire des Samares* d'un Tribunal d'arbitrage en 2012, une commission scolaire n'avait pas pu interdire le port du jean, car il avait toujours été toléré⁴⁵⁰. La raisonnable fut un facteur mentionné, mais il semble que c'est l'aspect de la continuation temporelle qui fit pencher la balance. Or, dans la décision *Syndicat des employées*

⁴⁴⁴ Commission ontarienne des droits de la personne, « Infographies - Votre code vestimentaire viole-t-il le Code des droits de la personne », en ligne :

<https://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Infographics_Does%20your%20dress%20code%20violate%20the%20HR%20code.pdf >

⁴⁴⁵ Commission ontarienne des droits de la personne, préc., note 253.

⁴⁴⁶ Commission ontarienne des droits de la personne : « Codes vestimentaires sexospécifiques et sexualisés: Foire aux questions », en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/fr/position-de-la-codp-sur-les-codes-vestimentaires-sexualis%C3%A9s-et-fond%C3%A9s-sur-le-sexe/codes-vestimentaires-sexosp%C3%A9cifiques-et-sexualis%C3%A9s-foire-aux-questions> >

⁴⁴⁷ France RIVARD, « L'apparence personnelle – 1 de 3 : S'habiller conformément aux politiques de l'employeur », *Blogue SOQUIJ*, 1 mai 2018, en ligne : <<https://blogue.soquij.qc.ca/2018/05/01/lapparence-personnelle-1-de-3-shabiller-conformement-aux-politiques-de-lemployeur/> >

⁴⁴⁸ *Caisse Desjardins Thérèse-De-Blainville et Syndicat des Employées et Employés Professionnels-les et de Bureau, Section Locale 575 (SEPB-CTC-FTQ)*, décision N° 2011-7559, 21 juillet 2011, Tribunal d'Arbitrage de Griefs, en ligne : <https://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/04/caisse_TI.pdf >

⁴⁴⁹ *Syndicat des Employé(es) du Marché MAXI Alma (CSN) et Provigo Distribution Inc. (Établissement visé : MAXI 8989, 845, du Pont Nord, Alma)*, N° 2002-6238, 17 février 2004, Tribunal d'Arbitrage, en ligne : <https://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/04/syndicat_TI-4.pdf >

⁴⁵⁰ *Le Syndicat de l'Enseignement de Lanaudière et La Commission Scolaire des Samares*, Tribunal d'Arbitrage, N° 2013-0063, 9 octobre 2012, Tribunal d'arbitrage, en ligne : <https://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/04/syndicat_TI-3.pdf >

et employés du marché Maxi Alma (CSN) et Provigo Distribution inc., la pratique du port de jeans était également pratique courante avant la politique vestimentaire litigieuse⁴⁵¹, mais l'arbitre ne trancha pas de la même façon que dans l'affaire *Syndicat de l'enseignement de Lanaudière et Commission scolaire des Samares*. Toutefois, sans dégager d'arrêt de principe de ces tergiversations juridiques, à la lueur des décisions précitées et de *Beaublanc*, la dignité humaine paraît être un concept central à l'analyse de la discrimination sur l'apparence au Québec⁴⁵².

Ainsi, la protection des femmes contre la discrimination existe simultanément sur le plan international, fédéral et provincial et chaque pallier comporte ses forces et ses faiblesses, notamment en matière d'intégration de l'intersectionnalité dans l'analyse de la discrimination subie par les femmes. Si la CEDEF a l'ambition de s'attaquer à toutes les normes créant de la discrimination envers les femmes, elle ne peut pas outrepasser la souveraineté de l'État. En droit interne, il est possible que les normes sociales ou culturelles échappent au contrôle de l'État, car elles opèrent dans un champ qui n'est pas considéré juridique. C'est le cas des codes sexuels. Or, si on ne fait exister la discrimination qu'au moment où elle se rend devant les juges, si on la confine à ses manifestations recevables devant les tribunaux, on risque de n'avoir qu'une analyse partielle de la problématique des codes sexuels. Afin d'avoir une vue d'ensemble, nous nous en remettons à la théorie de la norme, qui nous permettra d'analyser comment le droit appréhende les différentes normes qui servent de vecteur aux codes sexuels.

2. Les théories de la norme

Plusieurs théories en lien avec la norme seront abordées dans ce second chapitre de notre étude. D'abord, nous tenterons de présenter le concept de norme, sans la réduire immédiatement à sa place dans le droit. Ensuite, nous aborderons les normes en droit afin de voir quelles normes sont admises dans notre système juridique et comment elles changent le paysage juridique. Puis, nous étudierons la norme dans un contexte de sociologie juridique pour comprendre comment le droit réagit avec les normes qui ne sont pas strictement juridiques. Après cela, nous traiterons des normes selon une typologie sociologique afin d'introduire la remise en question des postulats de la modernité juridique. Enfin, notre dernière étape sera de présenter la sanction comme pendant de la norme,

⁴⁵¹ *Syndicat des Employé(es) du Marché MAXI Alma (CSN) et Provigo Distribution Inc.*, préc., note 260, par. 17

⁴⁵² *Commission des Droits de la Personne et des Droits de la Jeunesse c. 2632-1661 Québec (Restaurant la Courtisane)*, N° 500-53-000061-968, 16 juin 1997, Tribunal des Droits de la Personne, en ligne : < [Commission des Droits de la Personne et des Droits de la Jeunesse c. Restaurant la Courtisane](#) >; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13; *Kirkham et Bill Edward's Cheers – Cheers Management (Pointe-Claire) Inc.* (C.T., 2002-01-30), 2002, N° AZ-50112040, CDPDJ.

puis la violence normative comme théorie de la norme féministe, car cela sera utile afin d'expliquer comment le droit s'oppose ou permet la violence des normes telles que les codes sexuels.

2.1. Les normes

Définir la norme est laborieux, car dès qu'on cherche à aller en profondeur, il semble impératif d'emprunter le chemin du droit, de la sociologie, de la sociologie juridique ou d'une autre science. Pour remédier à cela, on peut considérer que pour comprendre la norme, il faut faire la différence entre ses attributs essentiels, qui sont des éléments communs à toutes les normes, incluant les normes juridiques, sociales ou culturelles, et les attributs accidentels, qui vont créer des spécificités entre ces différents types de normes. Il n'existerait alors aucune différence ontologique entre les normes juridiques et les autres normes⁴⁵³. Toutes les normes seraient identifiables par une composante d'impérativité (ce qui doit être), de factualité (ce qui est), et de croyance (ce qui devrait être)⁴⁵⁴. Cette conception réfute l'idée que seules les normes de droit ont l'impérativité nécessaire à contraindre le comportement. Allant plus loin, certains ont affirmé que les normes sociales guident davantage les actions des personnes et leurs interactions que le droit⁴⁵⁵. Robert Ellickson, Professeur à Yale, soulignait l'importance des normes sociales coercitives:

*«Much of the glue of a society comes not from law enforcement, but rather from the informal enforcement of social norms by acquaintances, bystanders, trading partners, and others [...] informal systems of external social control are far more important than law in many contexts, especially ones where interacting parties have a continuing relationship and little at stake.»*⁴⁵⁶

Quoique pertinente, l'approche susmentionnée ne donne pas de définition de la norme, elle ne fait que cibler les éléments caractéristiques de la norme. Tirée de l'ouvrage *Negotiating Normativity*⁴⁵⁷, notre compréhension des normes est qu'elles établissent des principes dont les personnes et les collectivités se servent pour distinguer les valeurs, attitudes et comportements appropriés, attendus, exigés ou désirables, de ceux qui ne le sont pas. Elles évoluent à travers le temps et elles varient selon les groupes et classes sociales. En tant qu'êtres évoluant dans un contexte social, les individus apprennent quand et où il est approprié de poser certains gestes, dire certaines choses, porter certains vêtements ou éviter certaines pratiques grâce aux normes⁴⁵⁸. Toutefois, ces dernières ne

⁴⁵³ Matthias BAIER, *Social and legal norms: towards a socio-legal understanding of normativity*, Lund, Routledge, 2013, p. 43

⁴⁵⁴ *Id.*, p., 47

⁴⁵⁵ *Id.*, p. 271; John N. DROBAK, *Norms and the Law*, New York, Cambridge University Press, 2006

⁴⁵⁶ Robert ELLICKSON, «Law and Economics discover social norms», (1998) 27 *The Journal of Legal Studies* 537, p. 540

⁴⁵⁷ Nikita DHAWAN, Elisabeth FINK, Johanna LEINIUS, Rirhandu MAGEZA-BARTHEL, *Negotiating normativity: Postcolonial Appropriations, Contestations, and Transformations*, Springer, 2016, en ligne: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-319-30984-2.pdf?pdf=button>>

⁴⁵⁸ *Id.*, p. 2

sont pas figées, prédéterminées, monolithiques ou isolées d'autres structures sociales ou politiques. Elles peuvent se heurter les unes aux autres, mais elles peuvent également se renforcer⁴⁵⁹. La connaissance et le respect de certaines normes culturelles, sociales et juridiques, obtenue par l'expérience et l'éducation, influencent la position d'une personne dans la société et dans sa communauté⁴⁶⁰. Les normes donnent une raison d'agir, de croire ou de ressentir et les personnes y adhèrent, car elles les considèrent comme des standards de comportement raisonnables⁴⁶¹.

Qu'arrive-t-il lorsque ces normes ne sont pas considérées raisonnables par les personnes auxquelles elles s'appliquent? Les codes sexuels sont problématiques justement car les femmes commencent à rejeter certaines normes, elles ne croient plus en leur postulat, mais malgré cela, elles sont contraintes à les respecter. Si ces codes ont un niveau de contrainte qui varie, ils ne seront jamais aussi contraignants que lorsqu'ils sont consacrés en norme de droit.

2.2. Les normes du droit : de la modernité à la postmodernité

Le lien entre codes sexuels et droit ne se limite pas aux codes sexuels intégrés en norme juridique. Les codes sexuels existent, évoluent et sont maintenus dans la société canadienne, simultanément aux normes de droit. Le droit peut alimenter les codes sexuels, comme ces derniers peuvent l'influencer. Le droit peut neutraliser les codes sexuels, comme il peut se montrer indifférent face à ces derniers. Ils peuvent se renforcer ou se heurter. Dans tous les cas, les codes sexuels sont des normes qui ont présentement une place en droit, qu'elle soit explicite ou implicite.

2.2.1. Les normes du droit moderne : l'exemple classique du droit

L'accent mis sur la norme afin de caractériser le droit est une tendance relativement récente, mais généralisée, qu'on doit majoritairement au juriste Hans Kelsen⁴⁶². Présenter le droit comme un ensemble de normes juridiques et traiter la norme juridique comme l'élément central du phénomène juridique est une démarche qui paraît cohérente et centrale à la compréhension du droit⁴⁶³ selon les préceptes du positivisme juridique posés dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen⁴⁶⁴. Le droit canadien reflète plusieurs principes fondateurs de la théorie de Kelsen. La valorisation de l'État de droit afin de garantir une sécurité juridique⁴⁶⁵, l'organisation hiérarchique des normes où la constitution est la norme fondamentale par rapport à laquelle la conformité des normes inférieures

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 3

⁴⁶⁰ *Id.*, p.2

⁴⁶¹ *Id.*

⁴⁶² Eric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », (2007) 21 *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 87, p. 87

⁴⁶³ *Id.*; Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997

⁴⁶⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, L.G.D.J., 1999

⁴⁶⁵ *Id.*, pp. 336 et 337.

s'évalue⁴⁶⁶ ou la *summa divisio* entre les normes de l'ordre juridique et les normes d'autres ordres normatifs⁴⁶⁷. Pour cette raison et pour l'influence qu'elle eut en droit moderne, il semble pertinent de débiter notre présentation des normes dans un contexte juridique selon la théorie du droit d'Hans Kelsen.

La théorie pure du droit est une théorie de droit positif qui, dans sa démarche, cherche à constituer une science du droit dépourvue d'éléments étrangers, telle la nature, la religion ou la morale⁴⁶⁸. Dans cette compréhension du droit, tout élément d'extranéité, toute recherche interdisciplinaire empirique, toute étude favorisant l'immixtion de considérations non juridiques sont relégués à un rang inférieur, car menaçant l'isolationnisme intellectuel du droit, ce dernier se targuant de sa véracité et son objectivité⁴⁶⁹. Appréhendée de façon scientifique, le droit de Kelsen est omniprésent. C'est un système de normes auquel les personnes se conforment ou ne se conforment pas⁴⁷⁰. Tout comportement humain est directement ou indirectement déterminé par le droit. Soit un acte est permis ou interdit par le droit, soit le droit y demeure indifférent et alors il relève à tout individu d'en permettre l'accomplissement ou l'existence⁴⁷¹.

La théorie pure du droit explique la qualification de juste et d'injustice comme étant le résultat d'un jugement fondé sur une norme supposée⁴⁷². Hans Kelsen donne l'exemple du communisme, tantôt considéré mauvais parce qu'il brime la liberté individuelle, tantôt considéré bon parce qu'il crée la stabilité sociale. Le jugement qui est effectué dans le premier cas élève au rang de norme posée la norme préférant la liberté individuelle, alors qu'il ne s'agit que d'une norme supposée. Le jugement effectué dans le second cas élève au rang de norme posée la norme préférant la sécurité sociale, alors qu'il ne s'agit que d'une norme supposée⁴⁷³. Les personnes divergent d'opinion quant aux valeurs dites évidentes et toutes ne peuvent être respectées et promues dans un seul ordre social. Il est donc impératif de choisir entre ces valeurs, par exemple la liberté individuelle et la sécurité sociale, mais lorsque ce choix est fait, il reste des personnes qui croient en la valeur mise de côté et qui s'opposent à l'ordre juridique⁴⁷⁴.

D'autres juristes se sont penchés sur la question du droit et de la norme juridique. Parmi eux, on retrouve le Professeur Karim Benyekhlef, qui précise sa pensée dans son ouvrage *Une possible*

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 115

⁴⁶⁷ *Id.* p. 17

⁴⁶⁸ *Id.*

⁴⁶⁹ *Id.*

⁴⁷⁰ *Id.*, p. 40

⁴⁷¹ *Id.*, p. 41

⁴⁷² H. KELSEN, préc., note 464, p. 86

⁴⁷³ *Id.*, p. 52

⁴⁷⁴ *Id.*

*histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*⁴⁷⁵. Il revient sur la thématique de la norme, mais de façon juridico-historique. L'ouvrage du Professeur Benyekhlef atteste que la norme juridique est la norme qui entre dans l'ordre juridique, lui-même étant l'expression du droit⁴⁷⁶. La première norme à être présentée dans son livre est celle qui s'insère dans le droit moderne. Le Professeur Benyekhlef décrit ce-dernier comme le droit enseigné dans les universités, plaidé devant les tribunaux et qui possède donc les traits et caractéristiques théoriques qui répondent aux attentes qu'on se fait du droit⁴⁷⁷.

À l'instar des préceptes de droit de Kelsen, le droit moderne est un droit général et abstrait, un droit impartial, uniforme et prévisible, ce qui est important pour le justiciable, pour la primauté du droit et pour sa propre légitimité⁴⁷⁸. C'est un droit pyramidal, où chaque norme doit être conforme à la norme supérieure de l'ordre juridique afin d'être valide⁴⁷⁹. C'est un droit conçu sur la base de la division entre droit public et droit privé, typique de la volonté du siècle des Lumières, cherchant à réguler les relations des citoyens, mais surtout à assujettir l'État et garantir la légalité de ses interactions avec les citoyens⁴⁸⁰. C'est un droit contraignant, faisant allusion à la sanction institutionnalisée qui sépare les normes juridiques des normes appartenant à l'ordre naturel, moral ou religieux⁴⁸¹. Le droit moderne se veut autarcique, se suffisant de sa rationalité et de sa légitimité garantie par son édification démocratique⁴⁸².

À la lumière de ces caractéristiques, on comprend l'attrait du droit moderne. En théorie, son efficacité vient de sa raisonnable, son impartialité, sa neutralité, voire sa scientificité. Le droit moderne se bat contre l'arbitraire et les formes de pouvoir liberticides et il n'a aucun intérêt ou objectif religieux. Cependant, le monde dans lequel le droit déploie ses effets se complexifie de nos jours. En dix ans il se passe davantage d'événements capables d'influencer durablement et profondément le futur de l'humanité qu'autrefois en mille ans⁴⁸³. Cette évolution peut rendre obsolètes certains préceptes du droit moderne, ou du moins nous rendre sceptiques face à sa simplicité, car son aspect cartésien ne semble pas toujours répondre à la variété de problématiques liées à la mondialisation, la globalisation, la technologie ou les réseaux sociaux, entre autres. Face

⁴⁷⁵ Karim BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 41

⁴⁷⁷ *Id.*, 15

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 30

⁴⁷⁹ *Id.*

⁴⁸⁰ *Id.*, pp. 30 et 31

⁴⁸¹ *Id.*, p. 31

⁴⁸² *Id.*, p. 33

⁴⁸³ François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, *Norme juridique et régulation sociale*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 1999, p. 285

à ces changements, le droit évolue avec la société et des nouvelles formes de normes juridiques émergent, dont les normes de droit souple.

2.2.2. Les normes du droit souple bousculant l'idée de norme juridique

Il faut trois conditions pour qualifier une norme de droit souple. Elle doit avoir pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de ses destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion. Elle doit présenter, par son contenu et son mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui l'apparente aux règles de droit⁴⁸⁴. Le droit souple est également décrit comme un droit flou (sans précision), doux (sans obligation) et mou (sans sanction)⁴⁸⁵.

Il existe beaucoup de discussions sur la place du droit souple en droit⁴⁸⁶. Envisager de qualifier de droit des normes dont la sanction n'est pas appliquée par l'État comme c'est le cas avec les normes de droit va à l'encontre de la conception moderne du droit. Toutefois, que l'opinion soit favorable ou défavorable à la reconnaissance du droit souple dans l'ordonnement juridique, il devient difficile de le reléguer aux marges du droit étatique⁴⁸⁷.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Dlugosz c. Procureur général du Québec*⁴⁸⁸ de 1987, le requérant contestait une décision gouvernementale qui limitait le nombre de postes d'internat rotatoire qui pouvaient être confiés à des médecins détenant un diplôme d'une faculté située à l'extérieur de l'Amérique du Nord. Il soulevait l'absence de dispositions habilitantes autorisant ce qu'il considérait être un règlement et non une directive et il alléguait une violation des chartes canadienne et québécoise⁴⁸⁹. La Cour d'appel trancha en sa faveur et déclara la décision gouvernementale ultra vires, car elle outrepassait le pouvoir délégué au gouvernement, qui n'était habilité qu'à adopter une directive et non un règlement⁴⁹⁰. En effet, les règlements doivent être autorisés par une disposition législative habilitante et ils sont susceptibles de sanction judiciaire⁴⁹¹. En deçà de ce seuil de coercition, on retrouve les directives, qui sont des normes que l'administration se donne pour baliser son action. Il s'agit de règles de conduite de portée interne édictées par une autorité administrative en vertu d'un pouvoir général de direction, dans le but d'encadrer l'action de ses subordonnés, et dont l'inobservation est passible de sanction

⁴⁸⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013. Le droit souple*, coll. « Études et documents du Conseil d'État », Paris, La documentation française, 2013, p. 61

⁴⁸⁵ Catherine THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », (2003) *RTD civ.*, 2003, p. 610

⁴⁸⁶ Par exemple, Xavier MAGNON, « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », (2019) *Revue française de droit constitutionnel* 949

⁴⁸⁷ Florence CHALTIEL, « Nouvelle extension de la justiciabilité du droit souple », *LEXTENSO*, 30 octobre 2019

⁴⁸⁸ *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, 1987, CanLII 1115 (QC CA) (ci-après « *Dlugosz* »)

⁴⁸⁹ *Id.*, par. 5

⁴⁹⁰ *Id.*, par. 29-31

⁴⁹¹ *Id.*, par. 17

administrative et non sujette à une sanction judiciaire, sauf quelques cas exceptionnels⁴⁹². Cet arrêt illustre comment une norme de droit souple comme une directive peut être invoquée devant les tribunaux judiciaires si elle a des répercussions sur les justiciables, car alors elle passe de norme de droit souple à norme de droit dur.

Ainsi, la présence du droit souple dans le paysage juridique nous permet d'envisager une réalité qui quitte tranquillement le droit cartésien de Kelsen, afin de s'enligner vers un droit postmoderne, qui reflète davantage les changements qui façonnent notre société⁴⁹³. Le Professeur Benyekhlef dit ceci à propos du droit postmoderne : « À la simplicité de la modernité, répond la complexité de la postmodernité, son rejet des oppositions duales au profit d'une dialectique qui en opère la synthèse et le remplacement progressif du paradigme de la pyramide, caractéristique du droit moderne, par celui du réseau beaucoup plus approprié aux réalités contemporaines⁴⁹⁴. »

Une des caractéristiques du droit postmoderne selon le Professeur Benyekhlef est qu'il admet l'existence et permet la présence des normes alternatives⁴⁹⁵. La définition qu'il se fait de ces normes diffère légèrement de celle de droit souple, mais semble y être compatible. Il s'agit des manifestations normatives qui relèvent de la guidance ou du pilotage et qui visent à assurer la reproduction des équilibres sociaux mais sans s'appuyer sur les techniques classiques du droit moderne⁴⁹⁶. Ces normes alternatives floutent les limites juridiques et sont issues d'autorités publiques comme les écoles et d'autorités privées comme les entreprises⁴⁹⁷. Parmi les normes alternatives, on retrouve les normes comportementales, qui se caractérisent par leur aspect incitatif. Les codes de conduite, les codes d'éthique, les chartes et codes de déontologie sont les archétypes des normes comportementales⁴⁹⁸. Les directives de l'arrêt *Dlugosz*⁴⁹⁹ semblent correspondre à cette description de norme alternative comportementale.

Cet arrêt est intéressant, car il démontre que la séparation théorique étanche entre droit souple et droit se révèle perméable en pratique. On constate que la technique autoritaire de direction des conduites typiquement juridique peut coexister ou céder sa place à une formule moins autoritaire pour guider les conduites⁵⁰⁰. Les directives, les programmes d'action, les déclarations d'objectifs

⁴⁹² *Id.*, par. 16

⁴⁹³ Anna Di ROBILANT, « Genealogies of Soft Law », (2006) 54 *The American Journal of Comparative Law* 499, p. 545

⁴⁹⁴ K. BENYKHELF, préc., note 506, p. 537

⁴⁹⁵ *Id.*, p. 799

⁴⁹⁶ *Id.*, p. 737; Jacques CHEVALIER, *L'état postmoderne*, 3^e éd, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 145

⁴⁹⁷ K. BENYKHELF, préc., note 475, p. 737 ; Filali OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », (1995) 3 *RTD civ.* 509, p. 513.

⁴⁹⁸ K. BENYKHELF, préc., note 475, p. 757

⁴⁹⁹ *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, préc., note 488, par. 15

⁵⁰⁰ Paul AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », (1982) 98 *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 275, p. 287

ou les normes d'orientation⁵⁰¹ prolifèrent et elles transforment le paysage juridique. Elles évoluent dans des sous-systèmes sociaux, terme emprunté au sociologue Niklas Luhmann⁵⁰², où l'ordre juridique octroie des marges d'autonomie normalisatrice et régulatrice à des sous-systèmes sociaux qui peuvent être dans les milieux de l'éducation, de l'économie, de la culture, de l'écologie, etc. Puisque l'État ne peut justifier un monopole normatif sur tous ces sous-systèmes sociaux simplement avec les arguments d'autorité et de contrainte du droit moderne, afin d'orienter les comportements vers l'intérêt général dans ces sphères d'action, il se doit d'être souple car les sous-systèmes sociaux garantissent la concertation et la participation des principaux intéressés⁵⁰³. On observe l'avènement d'un droit négocié et réflexif, car il cherche à rallier les personnes autour de la norme⁵⁰⁴. La négociation et le dialogue deviennent alors d'incontournables outils afin de moduler les rapports sociaux⁵⁰⁵.

Dans *Dlugosz*, la directive s'était octroyée la capacité normative de « toucher aux droits et obligations des tiers⁵⁰⁶ » et donc était ultra vires, mais on ne s'attarda pas sur la manière dont elle touchait les droits, c'est-à-dire on n'analysa pas les conséquences de la directive sur l'appelant. Le raisonnement de la Cour fut concentré sur la différence entre le règlement et la directive, mais ne porta pas attention sur les manifestations et l'étendue de la discrimination et sur l'atteinte aux droits garantis par les chartes canadienne et québécoise alléguée par l'appelant. La directive est une norme de droit souple, mais en tant que mesure adoptée par le gouvernement, elle demeure une norme étatique. Il n'est pas possible d'inférer de cet arrêt comment des normes provenant de sous-systèmes sociaux scolaires ou professionnels seraient appréhendées par les tribunaux étatiques si elles portaient atteinte aux droits de la personne. Quel est le seuil de coercition nécessaire afin qu'une norme puisse être jugée devant les tribunaux? Si le droit moderne semble davantage préoccupé par les normes dans un contexte strictement juridique, le droit postmoderne permet d'envisager des phénomènes normatifs qui vont au-delà de ce contexte juridique. Afin d'approfondir notre étude de la relation entre le droit et les normes, nous devons à présent traiter des normes en sociologie juridique.

2.3. Les normes selon la sociologie juridique

⁵⁰¹ K. BENYKHLEF, préc., note 475, p. 775

⁵⁰² Niklas LUHMANN, *Law as a social system*, New York, Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, et Rosamund Ziegert, 2004

⁵⁰³ K. BENYKHLEF, préc., note 475, p. 775

⁵⁰⁴ *Id.*, p. 776

⁵⁰⁵ *Id.*, p. 777

⁵⁰⁶ *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, préc., note 488, par. 30

Partant du principe que le droit n'existe que par la société, la sociologie juridique est la branche de la sociologie qui a pour objet les phénomènes du droit⁵⁰⁷. Kelsen lui-même reconnaissait que le droit est un phénomène social⁵⁰⁸. Les analyses sociojuridiques étudient les relations et les interactions entre le droit, la société et le comportement des personnes afin de comprendre les tensions sociales liées à un potentiel dysfonctionnement des normes⁵⁰⁹. Le contexte social, économique et culturel que le droit moderne vise à encadrer est également celui duquel il est issu, donc celui qui va contribuer à le former et expliquer les résultats positifs ou négatifs de son application⁵¹⁰. La sociologie juridique considère le droit comme étant diversifié, mobile et relatif⁵¹¹. Le pluralisme juridique est donc un des concepts admis par la sociologie juridique qui permet de saisir la complexité du droit postmoderne au niveau de l'interaction entre les normes.

2.3.1. Les normes dans le pluralisme juridique

Avec le droit postmoderne, on assiste à la reconnaissance du pluralisme juridique intraétatique et extra-étatique⁵¹². Le premier renvoie au pluralisme du droit étatique, donc rejette l'idée d'une uniformité de solutions juridiques attendues et appliquées par l'État afin d'administrer l'activité des justiciables⁵¹³. Il arrive que les États se contentent d'une égalité formelle, une égalité voulant traiter les personnes dans des cas similaires de façon similaire⁵¹⁴. Quand des personnes sont considérées pareilles ou dans une situation identique, mais qu'elles ne le sont pas, l'idée d'unicité peut devenir inadéquate et permettre l'immixtion d'injustices⁵¹⁵. Le pluralisme juridique intraétatique peut permettre aux minorités ethniques, raciales, culturelles ou autres d'avoir une application des normes qui prend en compte non seulement leurs particularités, mais également l'effacement et le déni de leur ancien statut juridique d'infériorité et leur traitement social différencié⁵¹⁶. Quant au pluralisme extra-étatique, il reconnaît l'existence de plus d'un ordre juridique, c'est-à-dire qu'il reconnaît que l'État n'est plus la seule entité productrice de normes juridiques, et il cherche à analyser les rapports de droit qui se nouent entre ces ordres juridiques⁵¹⁷.

⁵⁰⁷ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3^e éd., PUF, Paris, p. 13

⁵⁰⁸ H. KELSEN, préc., note 464, p. 18

⁵⁰⁹ M. BAIER, préc., note 453, p. 47

⁵¹⁰ *Id.*, p.48

⁵¹¹ J. CARBONNIER, préc., note 507 p. 73.

⁵¹² K. BENYKHELF, préc., note 475, p. 37

⁵¹³ Jean-Guy BELLEY, « Pluralisme juridique », dans André-Jacques Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 446

⁵¹⁴ ARISTOTLE, *Ethica Nichomachea* III, 1131a, 1131b (W. Ross trans., 1925).

⁵¹⁵ Jacques VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique : essai de synthèse », dans John Glissen (dir.) *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Les éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 19, p. 22

⁵¹⁶ *Id.*, p. 24

⁵¹⁷ J-G BELLEY, préc., note 513, pp. 446 et 447

Le juriste français Jean Carbonnier, dans son ouvrage sur la sociologie juridique⁵¹⁸, relativise les apports du pluralisme juridique, le peignant comme un concept réagissant à un dilemme illusoire. En effet, soit les phénomènes non reconnus comme du droit sont englobés par le droit et sont uniformisés, soit ils demeurent en marge et sont considérés comme infra-juridiques⁵¹⁹. Le Professeur Benyekhlef affirmait d'ailleurs que dans un État de droit moderne, il existait un refus d'admettre une norme émanant d'une autre source que l'État, les normes des autres ordres normatifs – moral, social, culturel, religieux – n'existant alors en marge de l'État, jusqu'à ce qu'il les transforme et leur fasse perdre de leur originalité afin qu'elles soient confondues avec des normes étatiques⁵²⁰.

Toutefois, des problématiques tangibles peuvent émaner de ce pluralisme juridique. Selon le Professeur de droit de l'Université d'Aix-en-Provence Norbert Rouland, le pluralisme juridique est une représentation théorique selon laquelle les systèmes juridiques multiples correspondent à la pluralité de groupes sociaux, agencés suivant des rapports de collaboration, de coexistence, de compétition ou de négation selon les circonstances historiques et sociales⁵²¹. Le pluralisme juridique entend la présence de multiples ordres juridiques, cela allant plus loin que la reconnaissance de normes issues de différents sous-systèmes sociaux orbitant autour des normes de l'ordre juridique. Il s'agirait d'accepter que le droit étatique existe simultanément ou alternativement au droit de groupes sociaux. Si les normes d'ordres juridiques distincts coexistent, cela veut dire que l'État tolère ces normes. Si ces normes collaborent, alors elles pourraient créer une hégémonie normative à laquelle y serait difficile à déroger. Nous y reviendrons plus loin alors que nous présenterons la norme à l'aune de théories féministes dénonçant les hégémonies de pouvoir. Si les normes d'ordres juridiques se concurrencent, la situation peut être délicate et créer des tensions. C'est le cas souvent avec les normes culturelles.

2.3.2. Le droit, la culture et les normes culturelles : une relation délicate

Youssef Guenzoui est un Professeur de droit à l'Université de la Polynésie Française qui s'est penché sur les questions de normes culturelles et de droit dans son ouvrage *La norme culturelle dans l'ordre juridique*⁵²². Il y étudie les tensions qui existent entre ordre juridique et ordre culturel,

⁵¹⁸ J. CARBONNIER, préc., note 507, p. 13

⁵¹⁹ *Id.*, p. 208

⁵²⁰ K. BENYKHELF, préc., note 475, pp. 41 et 42

⁵²¹ Norbert ROULAND, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 13

⁵²² Youssef GUENZOUI, *La norme culturelle dans l'ordre juridique : Réflexions sur le vivre ensemble*, Paris, L.G.D.J., 2020

tentant de les comprendre, les contourner ou les surmonter, afin qu'un État ait un meilleur rapport d'altérité avec les cultures qui se manifestent sur son territoire.

La culture et le rapport que les gens entretiennent avec est difficile à expliquer de façon objective et difficile à appréhender selon les paramètres du droit moderne. En effet, la culture, c'est l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent un groupe social. Elle englobe les arts, les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances⁵²³. Les principes de généralité et d'abstraction de la loi, concrétisés notamment par l'application de l'égalité formelle dans les situations de discrimination, jurent avec la réalité d'une société hétérogène. L'unité perd de son idonéité lorsqu'elle est confrontée au multiculturalisme et puisque toute loi est intrinsèquement culturelle, il y a de la friction lorsqu'elle est confrontée à des personnes issues d'autres cultures⁵²⁴. En choisissant d'inclure la culture dans son équation, il arrive que les législateurs et les juges soient dépassés, qu'ils n'aient pas les outils pour trancher des conflits qui sortent de leur champ d'action. Il est possible qu'ils instrumentalisent certains enjeux et prennent position afin de plaire à la société, le tout résultant en maladresses et subjectivité⁵²⁵. Lorsque les législateurs et les juges cherchent à régir ces situations qu'ils ont de la difficulté à saisir, ils semblent tituber⁵²⁶.

Ensuite, un point soulevé par le Professeur Guenzoui que nous tenons à mentionner est l'importance de ne pas figer la culture et les valeurs d'un État, ne pas les considérer comme absolues et immuables. La culture doit être dynamique, elle peut – et souvent pour se préserver elle doit – évoluer, tout comme le droit⁵²⁷. Or, au même titre que le droit est un construit social, il est également la manifestation d'une culture. Pendant des années, le Code civil du Bas-Canada parlait en termes de « bon père de famille » pour faire référence à une personne raisonnable⁵²⁸. L'idée de bon père de famille renvoie au droit romain, où le père était le seul à avoir capacité juridique, la femme et les enfants étant considérés comme incapables⁵²⁹. Le Code civil du Québec, introduit en 1994, a remplacé l'idée de « bon père de famille » par la bonne foi ou le standard de la personne raisonnable⁵³⁰. Il existe également des normes étatiques, qui sont assises sur des idées culturelles

⁵²³ UNESCO, *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles*. CLT/MD/1 (1982), p. 39, en ligne : < https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505_fre>

⁵²⁴ Y. GUENZOU, préc., note 522, p. 268

⁵²⁵ *Id.*, p. 269

⁵²⁶ *Id.*, p. 268

⁵²⁷ *Id.*, p. 20

⁵²⁸ Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des obligations » du Code civil du Québec », (2005) 46 (1-2), *Les Cahiers de droit* 353, p. 357

⁵²⁹ Ksenia GALUSKINA, « Du pater familias au parent 1 : les figures du père en droit à travers les siècles », (2019) 1 *Romanica Cracoviensia* 31, p. 38

⁵³⁰ L. LANGEVIN, préc., note 528, p. 357

sans que cela ne paraisse. Pensons par exemple au choix de congés fériés au Québec, qui reflète le passé chrétien de l'État.

Enfin, le Professeur Guenzoui illustre comment la norme culturelle, surtout dans les États occidentaux culturellement hétérogènes, est souvent confrontée à la norme étatique, mais la manière dont cette confrontation est gérée peut décider si elle débouchera en conflit ou pas. Un des exemples du Professeur se trouve dans la divergence de solutions entre la Cour de cassation française et la Cour suprême canadienne dans deux cas où était opposé un règlement de copropriété à la liberté religieuse de familles juives⁵³¹. En effet, lesdits règlements interdisaient les constructions sur les balcons, mais pour la fête juive de Souccoth, les familles souhaitaient installer une Succah, soit une construction ornée de végétaux, selon leur tradition. Les juges français tranchèrent en faveur du règlement de copropriété, alors que les juges canadiens tranchèrent en faveur de la liberté religieuse. Ces derniers prirent leur décision en replaçant les personnes dans leur cadre culturel, alors que les premiers avaient pris leur décision en considérant les personnes comme de simples sujets de droit face à un règlement. Un des arguments des juristes français laissait paraître une peur d'un communautarisme français croissant qui effriterait l'ordre étatique⁵³². Devant des faits identiques, devant deux normes d'ordres normatifs différents, les juges ont affiché leur pouvoir de choisir s'il y aura collaboration, coexistence, compétition ou négation entre les normes.

Pour cette raison, les normes culturelles semblent bien cristalliser la problématique du pluralisme juridique. Elles illustrent le pouvoir du droit de neutraliser, d'entériner, de demeurer indifférent ou de révéler la menace qu'il ressent face à des normes qui ne sont pas passées par le même processus ou qui sont fondées sur des postulats distincts. Si on veut comprendre les raisons derrière la collaboration, la coexistence, la compétition ou la négation entre les normes d'ordres juridiques ou normatifs différents, on doit repenser la source des normes de droit. Nous désirons à présent aborder les normes selon une typologie sociologique afin de pousser cette réflexion.

2.4. Les normes selon une typologie sociologique : l'importance de l'origine historique et normative

L'article datant de 1986 du Professeur Roderick Macdonald *Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle »*⁵³³ débute avec deux anecdotes. La première sur

⁵³¹ Y. GUENZOU, préc., note 522, p. 35; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 et Civ. 3^e, 8 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 145

⁵³² *Id.*, p. 15

⁵³³ Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle », (1986) 18-1 *Sociologie et sociétés* 47

son groupe de musique de jeunesse, qui rédigea un contrat afin de régler leurs querelles, généraliser leurs convictions personnelles et les légitimer⁵³⁴. La seconde sur ses collègues, des professeurs à l'université qui revendiquaient tous un droit à de meilleurs bureaux dans le nouveau pavillon de droit selon des arguments allant de l'ancienneté au mérite⁵³⁵. La similitude des événements l'emmena à se poser trois questions : Si les communautés ou sous-groupes sociaux avaient des structures normatives reconnaissables, soit des visées, coutumes ou rituels communs mutuellement exclusifs du droit; si les normes consciemment adoptées comme les lois, les contrats ou autres étaient de nature à systématiquement exclure d'autres types de normes informulées et; si l'émergence d'institutions officielles pour interpréter et générer des normes constitue un virage normatif suffisamment radical afin d'en faire un critère séparant le juridique du non-juridique⁵³⁶. Sans paraphraser l'entièreté des réponses qu'il emmène à ces questions, quelques éléments méritent d'être mentionnés.

Tout d'abord, le positivisme institutionnel, une position métathéorique qui présuppose que les institutionnelles formelles, donc celles de l'État, doivent se conformer seulement aux normes identifiées comme juridiques en l'absence d'un guide sur le traitement à réserver aux autres normes non juridiques⁵³⁷, dans lequel nous vivons a pris une telle place dans la culture juridique que le critère institutionnel est systématiquement utilisé pour différencier les phénomènes normatifs juridiques des phénomènes normatifs non-juridiques⁵³⁸. Dans ce contexte, on considère que les groupes sociaux, culturels ou les associations libres et volontaires ne sont que la source de normes imparfaitement juridiques ou non-juridiques⁵³⁹. Les normes sont imparfaitement juridiques lorsqu'elles n'ont pas de sanction positive prescrite par une norme juridique quand elles sont transgressées⁵⁴⁰. De plus, on ne conçoit la source des normes juridiques que selon la généalogie des normes que le droit a lui-même qualifié de juridiques. Cependant, les normes juridiques ont également une source historique (causale) et une source normative (sociologique, éthique, morale, culturelle ou religieuse) qui n'est pas pris en compte⁵⁴¹. Aborder les normes selon leur origine causale permet de comprendre l'histoire qui a motivé l'adoption ou le rejet d'une norme et la source normative permet de tenir compte du consensus culturel, religieux ou social duquel émane la norme. Cela aide à comprendre les normes dans leur contexte au lieu de les appréhender comme le

⁵³⁴ *Id.*, p. 48

⁵³⁵ *Id.*, p. 55

⁵³⁶ *Id.*, p. 48

⁵³⁷ Roderick A. MACDONALD, « Understanding regulation by regulations », dans Ivan BERNIER and Andrée LAJOIE (dir.), *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 81, aux p. 117-120

⁵³⁸ R. A. MACDONALD, préc., note 533, p. 49

⁵³⁹ *Id.*, p. 49

⁵⁴⁰ Georges KALINOWSKI, « Interprétation juridique et logique des propositions normatives », (1959) 2-6 *Logique et Analyse* 128, p. 128

⁵⁴¹ R. A. MACDONALD, préc., note 533, p. 50

résultat d'un procédé normatif abstrait et neutre. En droit, l'histoire permet de comprendre les raisons qui catalysent le passage d'une norme d'un cadre normatif non-juridique à un cadre normatif juridique⁵⁴² et qui expliquent la résistance à ce passage.

Pour comprendre la normativité juridique, le Professeur Macdonald reprend l'exemple de ses collègues qui revendiquent tous un droit à un meilleur bureau. En l'absence de convention régulant la situation, les arguments soulevés – l'âge, la promesse, l'entente ultérieure, la comparaison à d'autres universités ou le mérite – ne peuvent être hiérarchisés⁵⁴³. Disons que l'ancienneté soit choisie comme norme sur laquelle se fier pour attribuer les bureaux, cela justifierait-il pour autant d'écarter les autres arguments et les considérer déraisonnables? Perdrait-il de leur pertinence? Intrinsèquement non, car la seule raison pour laquelle ils ne seraient plus valides serait parce que l'ancienneté aurait été choisie comme norme. Ainsi, est-ce que les normes établies dans les lois et les décisions judiciaires devraient justifier que les juges écartent d'autres types de normes seulement parce qu'elles n'auraient pas été retenues par les législateurs comme ayant valeur juridique? Répondre par la négative ne serait pas nécessairement la solution, car cette façon de fonctionner garantit une certaine prédictibilité et égalité impératives à la stabilité en société⁵⁴⁴. Cependant, on se rend compte que la validité d'une norme selon un critère purement institutionnel ne peut pas systématiquement et sans équivoque justifier d'en écarter une autre⁵⁴⁵. Choisir d'attribuer les bureaux selon l'ancienneté pourrait s'expliquer à la lueur de la norme sociale accordée à l'expérience, voire à l'importance historique du respect de la sagesse des personnes plus âgées⁵⁴⁶.

Plus tard dans sa réflexion, le Professeur Macdonald revient sur l'exemple de son groupe de musique. Négocier sur les clauses du contrat leur permet d'exprimer des arguments personnels dans un langage impersonnel et de déplacer les conflits individuels vers des arguments calqués sur les normes contractuelles⁵⁴⁷. L'auteur conclut donc que les institutions qui interprètent et matérialisent le droit sont comme les normes. Elles peuvent être explicites, comme le sont les tribunaux ou les contrats, ou implicites, comme les communautés culturelles, religieuses, les parents, les personnes âgées, les établissements scolaires, etc. Cela peut sembler incongru, mais selon lui, les tensions surgissent lorsque les institutions explicites et institutions implicites se considèrent être les

⁵⁴² *Id.*, p. 54

⁵⁴³ *Id.*

⁵⁴⁴ *Id.*, p. 56

⁵⁴⁵ *Id.*

⁵⁴⁶ *Id.*

⁵⁴⁷ *Id.*

interprètes légitimes d'une norme et divergent dans leur interprétation⁵⁴⁸. Dans tous les cas, ça remet en question le monopole des institutions explicites en matière de reconnaissance de normativité juridique⁵⁴⁹.

Ainsi, en étudiant la place des normes non juridicisées dans les systèmes normatifs institutionnalisés, le Professeur Macdonald prend une avenue qui semble nous ramener au point de départ: il n'existe pas de différence ontologique entre les normes⁵⁵⁰ et les sources généalogiques du positivisme institutionnel créent une fiction entre les normes intrinsèquement juridiques et les autres normes. Sa typologie sociologique des normes est très pertinente pour notre étude, car elle ouvre la porte à une critique concrète de la norme et du droit dans le contexte des codes sexuels. En effet, mettre en relief les similitudes et les dissimilitudes du fondement historique et normatif des codes sexuels et des normes de droit permettrait de comprendre pourquoi il y aurait un effritement ou une adéquation des premiers au contact des secondes, d'expliquer le niveau d'intensité des tensions sociales entourant ce contact et mesurer l'importance accordée à ces normes selon différents groupes sociaux. Ajoutant à cela la remise en question du monopole de certaines institutions, tels que les tribunaux, dans l'interprétation des normes et la démonstration du potentiel arbitraire dans le choix de normes qui sont élevées au rang de droit, la tangente que prend l'auteur tend vers la constatation que le droit étatique n'est rien de plus qu'une construction sociale qui dépend des sujets de droit exerçant un rôle institutionnel⁵⁵¹. Ces derniers sont les détenteurs du pouvoir, car ils imposent leur conception du droit et édifient les normes afin qu'elles reflètent l'identité de l'image qu'ils se sont fait du sujet de droit⁵⁵².

Jusqu'à présent, notre étude de la norme nous a poussé à tranquillement la sortir du cadre juridique moderne dans lequel elle est souvent pensée. La contribution dans l'étude du droit et de la norme du Professeur Macdonald semblait s'interpréter non pas comme une démonstration de l'ouverture du droit sur le monde, mais comme une dénonciation de la poursuite de son enfermement face à la vivacité, le dynamisme et la complexité de la socialité⁵⁵³. Cet enfermement nous emmène donc à parler de la sanction qui, comme la norme, peut illustrer une inadéquation à s'adapter à la complexité des phénomènes qui se produisent à l'intérieur et à l'extérieur du droit.

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 57

⁵⁴⁹ *Id.*

⁵⁵⁰ M. BAIER, préc., note 453, p. 43

⁵⁵¹ Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-2003) 33 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 133, p. 143

⁵⁵² *Id.*, p. 144.

⁵⁵³ Emmanuelle BERNHEIM, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques », (2011) 67 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1, p. 21

La sanction normative est généralement associée aux normes juridiques, qui bénéficient d'une sanction organisée institutionnellement, qu'elle soit civile, administrative ou pénale. S'il est difficile de passer à côté de la sanction juridique, il semble que même si les normes non-juridiques ne se retrouvent pas toujours devant les tribunaux, cela ne veut pas dire qu'elles ne sont jamais sanctionnées. Les codes sexuels revêtant différents chapeaux normatifs, il serait judicieux de ne pas se fermer à des avenues alternatives à la sanction de droit. Ainsi, en amont ou en parallèle à la sanction juridique, nous avons choisi d'explorer le concept de discipline, qui se prête davantage à l'informalité dans laquelle peuvent évoluer les codes sexuels.

2.5. Les schémas de discipline et l'intériorisation d'une sanction subtile

On reconnaît la particularité du droit en tant que système normatif à ce qu'en cas de non-conformité aux règles, l'appareil étatique détient le monopole pour exercer une sanction⁵⁵⁴. La sanction est ce qui caractérise l'obligation juridique et elle est impérative à la définition du droit. Retirer la sanction de l'équation reviendrait à dire qu'il y aurait des obligations juridiques avec contrainte et certaines sans contrainte, donc il n'y aurait pas de différence entre la personne respectant l'obligation et celle en faisant fi, pas plus qu'il n'y aurait de distinction entre l'État et les sous-systèmes sociaux⁵⁵⁵. Le droit comme système normatif caractérisé par sa sanction instituée par l'État est une acception difficile à remettre à question, mais la sanction ne peut être appréhendée seulement d'un point de vue juridique. Si la sanction est le dernier recours, il y a des formes de contrainte, des mécanismes coercitifs, qui permettent de contrôler le comportement sans nécessairement avoir une sanction institutionnelle et juridique instaurée.

En 1975, paraissait l'ouvrage de Michel Foucault *Surveiller et punir*⁵⁵⁶. Dans la troisième partie, il se penche sur le concept de discipline. Il introduit les schémas de docilité, qui expliquent comment le corps humain est assujéti à des pouvoirs très serrés qui lui imposent des contraintes, des interdits et des obligations, mais également qui créent un rapport de docilité-utilité permettant des formules générales de domination⁵⁵⁷. Le corps humain est désarticulé et recomposé dans une anatomie politique, qui indique comment avoir de l'emprise sur le corps d'autrui afin qu'il fasse ce qu'on veut⁵⁵⁸. C'est dans cette mécanique du pouvoir que se logent l'éducation judéo-chrétienne, la pédagogie scolaire, le service militaire et toutes les autres formes de dressage⁵⁵⁹. L'individu

⁵⁵⁴ R. A. MACDONALD, préc., note 533, p. 64

⁵⁵⁵ *Id.*, pp. 70 et 71

⁵⁵⁶ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975

⁵⁵⁷ *Id.*, p. 139

⁵⁵⁸ *Id.*, p. 141

⁵⁵⁹ *Id.*, p. 141

discipliné, que ce soit l'écolier, le travailleur ou le citoyen, obéit aveuglement à des ordres qui n'ont pas besoins d'être expliqués, ni même formulés. Il ne s'agit pas de comprendre ou agréer à l'injonction, mais de réagir immédiatement lorsqu'elle est déclenchée selon un code établi à l'avance⁵⁶⁰.

La discipline dont parle Foucault fabrique des individus, qui sont à la fois objets et instruments de son exercice. C'est un pouvoir modeste, mais permanent. Les institutions disciplinaires – école, usine, compagnie, armée, etc. – ont un pouvoir de contrôle qui agit comme un microscope de la conduite humaine et qui se juxtapose bien au fonctionnement du droit. Ensemble, elles vont passer au peigne fin les corps et leurs comportements afin de les dresser⁵⁶¹. Ce qui garantit l'effectivité de la discipline de Foucault est qu'elle agit grâce à des formules simples : un réseau hiérarchique, automatique et anonyme et une sanction normalisatrice⁵⁶².

Le réseau est hiérarchique, car le pouvoir est exercé selon une formule pyramidale⁵⁶³. Les maitres d'école, les employeurs et les dirigeants militaires sont ceux qui dictent les règles, qui sanctionnent les écarts, donc qui détiennent le pouvoir. C'est un pouvoir de haut en bas, mais également de bas en haut et latéral, car le mécanisme de discipline nécessite que chacun puisse se tenir responsable et en faire de même pour les autres⁵⁶⁴. Il y a une internalisation des modalités de la discipline des corps, qui les rend humbles et qui la rend efficace⁵⁶⁵.

Ensuite, comme dans tous les systèmes disciplinaires, incluant le système juridique, la discipline et son pouvoir de contrôle sur les corps fonctionnent grâce à un mécanisme d'infra-pénalité, qui opère selon sa propre justice, ses propres lois, délits, sanctions et instances de jugement. Les disciplines créent un système de sanction qui s'apparente à la pénalité appliquée en droit criminel, mais qui n'emporte pas les mêmes conséquences juridiques, car elles ne sont pas des normes de droit. Les disciplines organisent et agissent dans les espaces que le droit étatique a laissés vides, donc elles qualifient et réprimandent certaines conduites qui évoluent dans l'indifférence du droit⁵⁶⁶. Les punitions sont variables, allant des privations mineures, notamment le retrait de privilèges, aux privations majeures, comme la mise à pied dans le milieu du travail ou le renvoi à la maison dans les institutions scolaires, et passant par les humiliations et les châtiments corporels – quoique ces derniers sont de moins en moins utilisés de façon générale⁵⁶⁷. Selon Foucault, l'idée derrière cela

⁵⁶⁰ *Id.*, p. 168

⁵⁶¹ *Id.*, p. 175

⁵⁶² *Id.*, p. 173

⁵⁶³ *Id.*, p. 176

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 179

⁵⁶⁵ *Id.*, p. 175

⁵⁶⁶ *Id.*, p. 180

⁵⁶⁷ *Id.*, p. 181

est que les individus soient pris dans une universalité punissable-punissante. Il faut que le moindre écart soit considéré répréhensible et tout moyen est légitime pour faire sentir aux enfants, aux employés ou aux soldats le poids de la faute qu'ils ont commis. À la différence du système juridique, il n'est pas question de réfléchir en termes de « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Le domaine du non-conforme est indéfini, mais il est entièrement pénalisable⁵⁶⁸.

Dans la discipline, la punition a son pendant, qui est la gratification. La discipline ne se limite pas à prohiber certains comportements comme en droit pénal. Elle renforce le concept de bien et de mal, laissant transparaître un jugement subjectif⁵⁶⁹ qui nécessite constamment une dichotomie. Pour tout corps punit, il faut un corps récompensé. Les procédés disciplinaires instaurent ainsi une hiérarchie entre les bons et les mauvais sujets. Par conséquent, par la pénalité perpétuelle de certains par rapport à d'autres, la discipline fait avancer certains corps et dégrade d'autres, créant une répartition qui ne reconnaît qu'une conduite unique de ce qui est bon. La pénalité hiérarchisante tend constamment vers cet objectif de l'universel, de l'identique, du modèle unique de corps⁵⁷⁰. La pression qui est exercée sur les élèves cherche à rendre dociles, obéissants, disciplinés selon un modèle de subordination qu'ils retrouveront dans leur emploi futur, dans la société dans laquelle ils évolueront. La pénalité de la discipline doit constamment comparer, différencier, hiérarchiser, homogénéiser, puis exclure, afin de normaliser⁵⁷¹. La normalisation engendre l'homogénéité, mais met en relief l'individualité lorsqu'elle expose les écarts et les différences. Selon Foucault, le pouvoir de la norme fonctionne bien dans un système d'égalité formelle grâce à la règle de l'homogénéisation des comportements⁵⁷².

Enfin, le pouvoir disciplinaire assujettit toutes les personnes sur lesquelles il fait pression, mais sans avoir l'air de recourir à des moyens de contrainte pour les amener à la conduite désirée, donc sans démontrer sa puissance. Ainsi le travailleur et l'écolier savent d'eux-mêmes ce qui est attendu d'eux. Le pouvoir est désindividualisé et automatisé. Le mécanisme disciplinaire dans lequel se trouve l'individu peut être manié par n'importe qui : le directeur, le patron, la famille, l'entourage, les amis, les citoyens, etc.⁵⁷³.

Succédant à cette présentation de la sanction et la façon dont elle assujettit les corps au nom de la normalisation des comportements acceptables, nous tenons à présent à introduire notre dernière section, sur la violence normative en tant qu'extension de la discipline appliquée sur les corps des

⁵⁶⁸ *Id.*

⁵⁶⁹ *Id.*, p. 182

⁵⁷⁰ *Id.*, p. 184

⁵⁷¹ *Id.*, p. 185

⁵⁷² *Id.*, p.186

⁵⁷³ *Id.*, p. 203

femmes et des filles. Traiter de violence normative s'inscrit dans l'objectif d'intégrer une composante féministe intersectionnelle à notre théorie sur la norme.

2.6. Comprendre l'effet préjudiciable des normes grâce à la violence normative

Plus tôt dans notre étude, nous avons abordé la discrimination à la lumière de l'article 15 de la Charte canadienne et de l'article 10 de la Charte québécoise. Cependant, ces articles ne peuvent sanctionner une norme sociale ou culturelle qui serait discriminatoire. Au mieux, ils peuvent se pencher sur les stéréotypes et les préjugés qui corrodent les normes juridiques ou sur les comportements discriminatoires reflétant des normes sociales ou culturelles discriminatoires. Afin de pouvoir aborder la discrimination qu'engendrent les codes sexuels, qu'ils se présentent sous forme de normes juridiques, sociales ou culturelles, il semblait nécessaire d'aller au-delà des instruments juridiques pour ne pas être restreint par les balises du droit à la non-discrimination canadien ou québécois. Le concept de violence normative présente une violence des normes qui opère en deux temps. Il y a la première violence, donc la violation des droits, la discrimination, l'atteinte à la dignité, etc. Il y a la seconde violence, qui rend la première violence naturelle, invisible, inintelligible ou non existante en la normalisant⁵⁷⁴.

2.6.1. Le pouvoir des normes de créer et altérer la réalité

On peut penser à la violence normative à travers un prisme discursif qui joue sur la notion de réel et d'irréel. La relation entre la violence et l'irréel passe par le discours selon lequel il existe des vies, des corps, des sexualités, des humanités qui ne sont pas considérés comme réels, car ils ne correspondent pas au cadre dominant. Cela crée une violence qui cherche à déshumaniser⁵⁷⁵. Si ces corps ne sont pas réels, la violence qui est pratiquée sur eux et la violation de leurs droits sont rédigées avec une encre invisible, donc même si elles existent en pratique, en théorie elles sont inexistantes.

À titre d'exemple, la philosophe américaine Judith Butler prend comme modèle la communauté LGBTQ+ et son rapport à la réalité. L'introduction du transgenrisme dans la sphère politique et juridique a remis en question les notions de sexe, de genre et de binarité. Puisque les normes ont le pouvoir de faciliter ou d'inhiber l'institution de nouveaux modes d'appréhension de la réalité, on peut remodeler la réalité de ce qui compte pour une vie humaine afin que les personnes vivant dans

⁵⁷⁴ Rohit VARMAN, Per SKÁLÉN, Russell W. BELK et Himadri ROY CHAUDHURI, «Normative Violence in Domestic Service: A Study of Exploitation, Status, and Grievability», (2021) 171 *Journal of Business Ethics* 645, p. 646

⁵⁷⁵ Judith BUTLER, *Undoing gender*, New York, Routledge, 2004, p. 25

cette réalité autrefois méconnue soient protégées dans leur identité⁵⁷⁶. Lorsque les normes juridiques, sociales, culturelles ou les normes du langage ne reconnaissent pas la personne, que ce soit dans l'appréhension de son genre, de sa race, de sa religion ou autre, la violence qui est exercée sur elle par des groupes dominants sera aux mieux effacée, au pire justifiée⁵⁷⁷. Ainsi, si le non-binarisme entre dans la sphère du réel par exemple, cela invite à redéfinir une des composantes de la société dans son intelligibilité⁵⁷⁸ et à accepter que l'idée de deux genres fixes reflétant le sexe biologique n'est pas une norme à appliquer sur tous. Judith Butler rappelle que ce qu'on considère être les nouveaux genres – transgenre, intersexe, pansexuel, etc. – existent depuis longtemps, mais n'ont simplement jamais été admis dans des termes qui gouvernent la réalité jusqu'à tout récemment⁵⁷⁹.

Le philosophe allemand Hegel affirmait que le désir humain était un désir d'être reconnu⁵⁸⁰. S'il n'y a pas de normes par lesquelles une personne puisse être reconnue, elle ne peut exister, elle ne peut persister en son être et elle ne peut devenir. Les normes offrant la reconnaissance sont ancrées dans la culture, mais cette culture se meut constamment. Les personnes se servent des normes afin de créer la transformation sociale nécessaire pour restructurer la notion même de personne. Alors, les droits deviennent des moyens sociaux et politiques par lesquels l'humanité est articulée⁵⁸¹. Appréhendées ainsi, les normes ont deux fonctions. Dans un premier temps, elles signalent un pouvoir normalisateur⁵⁸². Elles sont alors des restrictions insupportables, inhéremment conservatrices du fait de leur fonction normalisatrice et de préservation de l'ordre⁵⁸³. Dans un second temps, elles lient les personnes ensemble, formant la base de leurs réclamations politiques ou de leur appartenance sociale⁵⁸⁴. Elles témoignent du pouvoir de fonder un sens de communauté et elles servent d'outils au démantèlement de l'ordre social ou juridique établi et maintenu par des moyens de violence⁵⁸⁵.

Lorsque Judith Butler affirme qu'il faut se demander qui sont les catégories de personnes qui n'ont pas été incluses dans la définition de « personne »⁵⁸⁶, on se rend compte que certains discours

⁵⁷⁶ *Id.*

⁵⁷⁷ *Id.*, p. 30

⁵⁷⁸ *Id.*, p. 29

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 31

⁵⁸⁰ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *The Phenomenology of Spirit*, New York, Oxford University Press, 1977

⁵⁸¹ J. BUTLER, préc., note 575, p. 33

⁵⁸² *Id.*, p. 219

⁵⁸³ *Id.*, p. 220

⁵⁸⁴ *Id.*, p. 219

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 220; Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996

⁵⁸⁶ J. BUTLER, préc., note 575, p. 222

historiquement minoritaires ont été marginalisés par le droit, qui dispose d'un pouvoir exorbitant de construire une seule réalité indubitable.

2.6.2. Les discours minoritaires et le pouvoir exorbitant du droit

Certains discours sont considérés comme des vecteurs privilégiés, voire uniques, de vérité et ils manient un grand pouvoir dans la société grâce à cela⁵⁸⁷. Revendiquer la véracité ou la scientificité d'un fait ou d'une connaissance est une façon de reléguer les autres faits à un statut moindre et il devient difficile de les défendre⁵⁸⁸. Le droit n'est pas immunisé aux critiques sur l'absolutisme de sa vérité ou de sa scientificité. À ce propos, le Professeur de la Faculté de droit de l'Université de Montréal Jean-François Gaudreault-Desbiens dit ceci : « Les «experts» ont en effet joué un rôle non négligeable dans le processus de validation des normes imposées par le groupe dominant, agissant un peu comme juges et parties puisqu'eux-mêmes étaient issus de ce groupe, ceci au mépris de la neutralité dont ils se targuaient de faire preuve⁵⁸⁹.»

Le droit a sa propre méthode, son propre langage et son propre système. Il se distingue des autres sciences humaines ou ordres normatifs par sa prétention d'avoir une méthode presque scientifique de reconnaissance de la vérité⁵⁹⁰. Pour lui, décrire c'est choisir⁵⁹¹. Les expériences que les gens vivent chaque jour ne sont pertinentes que si elles sont traduites en termes juridiques et digérées par le système juridique. Ce que le droit ne considère pas important sera rejeté, peu importe si cela était important pour les personnes requérantes⁵⁹². Lorsque les juristes interprètent le droit et circonscrivent leur jugement à ce qui entre dans la sphère juridique, ils gagnent de la crédibilité, car ils assoient leur connaissance dans un domaine précis et paraissent ne pas s'occuper de domaines subjectifs tels que la politique, la morale ou la religion⁵⁹³.

Aussi, un autre pouvoir non négligeable du droit tient à ce que lorsqu'une problématique est placée sous son radar, elle bénéficie d'une certaine légitimité et visibilité⁵⁹⁴. Une intervention formelle de l'État pour sanctionner certains comportements facilite l'action antidiscriminatoire, car les procédures informelles deviennent arbitraires et elles favorisent souvent l'oppression⁵⁹⁵. Selon les

⁵⁸⁷ *Id.*, p. 21

⁵⁸⁸ Carol SMART, *Feminism and the Power of Law*, London, Sociology of Law and Crime, 1989, p. 9

⁵⁸⁹ Jean-François GAUDREULT-DESBIEENS, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire » (2015) 13-1 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 33, p. 37

⁵⁹⁰ C. SMART, préc., note 588, p. 9

⁵⁹¹ Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962 pp. 291 et 292

⁵⁹² *Id.*, p. 11

⁵⁹³ C. SMART, préc., note 588, p. 22

⁵⁹⁴ *Id.*, p. 143

⁵⁹⁵ Jean-François GAUDREULT-DESBIEENS, « La critical race theory ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social » (2001-2002) 48 *Droit et société* 581, p. 601, citant Mary J. MATSUDA, « Public Responses to Racist Speech : Considering the Victim's Story », (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320, p. 2325

tenants de la théorie critique de la race⁵⁹⁶, cela amplifie le rapport de force entre la personne performant des actes discriminatoires et la personne qui les subit⁵⁹⁷. Perçu ainsi, le droit alimente son propre pouvoir en étant une discipline souveraine qui accorde ou reconnaît les droits et redresse les torts, en n'obéissant qu'à sa propre logique interne, neutre et cohérente⁵⁹⁸. Savoir qui et quoi est réel et vrai est une question de connaissance et cette prérogative établit les paramètres pour former un système et penser le monde⁵⁹⁹.

Dans ce système, c'est toujours aux personnes marginalisées de prouver que le dogme dominant est faux et non à ce dernier de prouver sa véracité⁶⁰⁰ ou de se remettre en question. Cependant, les groupes opprimés, que ce soit à cause de leur race, leur religion, leur genre ou une autre caractéristique personnelle, se sont vus appauvris par les groupes dominants au niveau de leur crédibilité donc leurs revendications sont perçues comme émotives, partisans, irrationnelles⁶⁰¹, voire factieuses, alors mêmes qu'ils doivent se soumettre à des normes qui n'ont pas été érigées par, pour ou avec eux. La raison étant perçue comme neutre, objective et incapable de préjugé⁶⁰², les requêtes des personnes issues de ces groupes dominés s'inclinent face à un droit qualifié de raisonnable. En effet, il nous semble que la prépondérance de l'objectivité et la neutralité, en tant que postulats de la modernité juridique⁶⁰³, dans les procédés intellectuels et institutionnels servant à l'élaboration et l'interprétation des normes⁶⁰⁴, ont voilé l'imposition à toute la société des systèmes normatifs en vigueur dans les groupes dominants⁶⁰⁵, préjudiciant les groupes minoritaires et les avilissant en tant que « l'autre ». En Occident, l'autre est tout ce qui s'éloignera de l'homme blanc⁶⁰⁶, cisgenre, hétérosexuel et chrétien.

Depuis une trentaine d'années, les défenseurs de la théorie critique de la race s'érigent contre ce pouvoir hégémonique qui, aidé du droit, assujettit les personnes de couleur à la suprématie blanche⁶⁰⁷. La théorie critique de la race est une école de pensée qu'on doit aux professeurs, avocats et activistes Derrick Bell, Richard Delgado, Alan Freeman, Kimberle Crenshaw, Mari Matsuda et

⁵⁹⁶ *Infra*, notes 607-613

⁵⁹⁷ J-F GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 595

⁵⁹⁸ C. SMART, préc., note 588, p. 12

⁵⁹⁹ *Id.*

⁶⁰⁰ J-F GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 589, p. 38

⁶⁰¹ *Id.*

⁶⁰² *Id.*, p. 42, mentionnant Elizabeth GROSZ, « Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason » dans Linda ALCOFF et Elizabeth POTTER, *Feminist Epistemologies*, New York, Routledge, 1995 p.187, à la p. 187

⁶⁰³ J-F GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 589, p. 33

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ *Id.*

⁶⁰⁶ *Id.*, p. 36

⁶⁰⁷ Kimberlé CRENSHAW, Neil T. GOTANDA, Gary PELLER, Kendall THOMAS, *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, New Press, 1995, pp. xi et xii

Patricia Williams⁶⁰⁸, pour ne nommer que ceux-là. Les personnes qui adhèrent à ce mouvement s'attèlent à étudier et transformer les relations entre la race, le genre, le racisme et le pouvoir, mais dans une perspective qui ne s'arrête pas qu'au droit et qui englobe ainsi l'économie, l'histoire, les intérêts de groupe et les intérêts individuels et les émotions⁶⁰⁹. Cette théorie critique, entre autres, certains piliers de la pensée libérale, soit la théorie de l'égalité et les lois antidiscriminatoires⁶¹⁰, le raisonnement juridique, le rationalisme hérité de l'époque des Lumières et la supposée neutralité du droit constitutionnel⁶¹¹. Cette théorie est présentement au cœur de nombreuses controverses aux États-Unis, où plusieurs parents et activistes conservateurs, soutenus par des politiciens et législateurs souvent affiliés au parti Républicain, sont d'avis que la théorie critique de la race est une forme de racisme envers les Blancs qui ne devrait pas être enseignée dans les écoles⁶¹². Pour Kimberle Crenshaw, c'est une théorie qui permet de parler ouvertement de comment l'histoire américaine a eu un effet sur la société et les institutions actuelles⁶¹³.

Ainsi, afin de parer à un désavantage normatif et discursif, beaucoup de défenseurs de la théorie critique de la race choisissent de présenter leurs travaux académiques en faisant usage de genres littéraires non scientifiques comme le récit de soi⁶¹⁴, qui est un outil vital à la survie et la libération des groupes opprimés historiquement⁶¹⁵. Il permet de restituer leur expérience spécifique du monde social en mettant sur la table une subversion au récit dominant⁶¹⁶. Ces pratiques narratives initient la considération de récits pouvant inspirer des normativités juridiques alternatives⁶¹⁷ et pouvant révéler ce que cachent les normes juridiques actuelles⁶¹⁸. D'ailleurs, Kimberle Crenshaw dénonce depuis une trentaine d'années l'absence de perspective dans l'analyse juridique, ce qui empêche de

⁶⁰⁸ *Id.*, pp. v-vii

⁶⁰⁹ Richard DELGADO et Jean STEFANCIC, *Critical Race Theory : An Introduction*, 3^e éd., New York, New York University Press, 2017, p. 3

⁶¹⁰ Voir Kimberle CRENSHAW, « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », (1988) 101 *Harvard Law Review* 1331

⁶¹¹ Richard DELGADO et Jean STEFANCIC, préc., note 609, p. 3

⁶¹² Voir Kimberlé CRENSHAW, « The Panic Over Critical Race Theory Is an Attempt to Whitewash U.S. History. Banning Discussion of Race Makes It Impossible to Discuss the Past Accurately », dans Edward TAYLOR, David GILLBORN, Gloria LADSON-BILLINGS (dir.), *Foundations of Critical Race Theory in Education*, 3^e éd., New York, Routledge, 2023

⁶¹³ *Id.*; Susan Ellingwood, « What Is Critical Race Theory, and Why Is Everyone Talking About It? », *Columbia News*, 1er juillet 2021, en ligne : < <https://news.columbia.edu/news/what-critical-race-theory-and-why-everyone-talking-about-it-0> >

⁶¹⁴ Aurélie LANCTÔT et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « « Si on m'avait écouté dès le début, si on avait écouté mon récit. » Le narrativisme comme legs de la Critical Race Theory dans la pensée juridique canadienne », (2021) 108-2 *Droit et société* 337, p. 341; Richard DELGADO, « Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative », (1989) 87-8 *Michigan Law Review* 2411, pp. 2412-2414; Taunya Lovell BANKS, « Two Life Stories: Reflections of One Black Woman Law Professor », (1990) 6 *Berkeley Women's Law Journal* 46, p. 49

⁶¹⁵ A. LANCTÔT et J-F GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 614, p. 338, citant Richard DELGADO, préc., note 659, p. 2441-2442

⁶¹⁶ A. LANCTÔT et J-F GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 614, p. 341

⁶¹⁷ *Id.*, p. 342

⁶¹⁸ *Id.*, p. 347

s'attarder à l'histoire, aux conflits de valeurs, de cultures, d'expériences ou de visions de la réalité sociale⁶¹⁹ de personnes appartenant à des groupes historiquement marginalisés.

Or, en droit, la valeur disproportionnée qui est accordée à la rationalité, à la raison, au pouvoir, à l'objectivité et à l'abstraction dépend de la dévalorisation de leurs opposés, soit la corporalité, la passion, l'émotion, la nature, la subjectivité, qui sont associés à la féminité⁶²⁰. Utiliser des termes tels que « neutralité », « objectivité », « raisonnabilité » ou « impartialité » doit appeler une certaine prudence. Le Professeur Gaudreault-Desbiens opine qu'il faut se méfier des évidences quand il s'agit de tirer de tel ou tel principe une conclusion normative particulière⁶²¹ et il faut éviter de transformer les croyances personnelles en évidences factuelles⁶²².

« La violence symbolique est une forme d'universalisation du droit qui fait apparaître comme fondées dans une autorité transcendante située au-dessus des intérêts, préoccupations, soucis, etc. de celui qui les formule, des propositions, des normes qui dépendent de la position occupée par ceux qui les énoncent dans un champ juridique. L'analyse de la violence symbolique permet de rendre compte de l'effet propre du droit, l'effet d'autolégitimation par la déshistoricisation. »⁶²³

En respectant l'interprétation que donnent les membres des groupes historiquement opprimés des faits entourant leur histoire, leur mémoire ainsi que leur présent, on peut appréhender leur réalité identitaire dans une dimension à la fois rationnelle et sensible. Encore aujourd'hui toutefois, les femmes sont aux prises avec certaines normes de féminité dont elles peuvent difficilement se défaire.

2.6.3. La féminité sous contrôle et la violence normative

Carol Smart, Professeure de sociologie à l'Université de Manchester et féministe, affirmait que le droit et la masculinité évoluent en harmonie, car tous deux idéalisent et réifient des dualismes sexualisés et hiérarchisés. Toutefois, lorsque les juges tranchent des litiges portant sur les droits des femmes, ils bénéficient de l'autorité réservée aux détenteurs de la vérité juridique⁶²⁴. Le pouvoir exorbitant du droit semble couplé avec le pouvoir exorbitant des groupes historiquement dominants et ensemble, ils paraissent créer une hégémonie de pouvoir difficilement réversible.

⁶¹⁹ *Id.*, p. 344, mentionnant Kimberle W. CRENSHAW, «Toward a Race-Conscious Pedagogy in Legal Education» (1988) 11 *National Black Law Journal* 1, p. 2

⁶²⁰ C. SMART, préc., note 588, p. 86

⁶²¹ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux », (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1, p. 24

⁶²² *Id.*, p. 25

⁶²³ Pierre BOURDIEU, «Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective » dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 96

⁶²⁴ C. SMART, préc., note 588, p. 86

Dans leur ouvrage « *Gender: An Ethnomethodological Approach*⁶²⁵ », les psychologues Wendy McKenna et Suzanne Kessler soutiennent que le genre n'est pas une réalité biologique, mais plutôt un construit social qui varie selon la culture et le temps⁶²⁶. Parmi les obstacles s'élevant devant ce constat, les deux auteures présentent le concept de propositions incorrigibles⁶²⁷. Ce sont des axiomes qui ne sont ni questionnés, ni questionnables⁶²⁸, des présomptions à partir desquelles l'activité sociale est construite⁶²⁹. Protéger les propositions incorrigibles crée et maintient un système de réalité et donne l'impression de vivre dans un monde ordonné et cohérent⁶³⁰.

Appliquées au genre, ces propositions, comme celle soutenant qu'il n'y a que deux sexes et ainsi que deux façons de se positionner pour les êtres humains au niveau de leur sexualité, créent des dichotomies sexuelles⁶³¹. Or, puisque le genre est perpétuellement renégocié à travers nos interactions sociales⁶³², les expressions de genre qui vont à l'encontre des propositions incorrigibles sont marginalisées. Quand les femmes auto-régulent leur conduite sociale en faisant fi des propositions incorrigibles, cela crée une transgression normative⁶³³. L'éventail d'expressions de genre disponibles est cependant étrié ou élargi par le contexte social et historique⁶³⁴.

Les dichotomies sexuelles créent une idée spécifique de féminité. Avec l'arrivée des femmes dans l'espace public, que ce soit sur les bancs d'école ou sur le marché du travail, la seule féminité acceptable était une féminité soumise⁶³⁵, qui existait et existe encore en parallèle à des masculinités hégémoniques⁶³⁶ qui opèrent au niveau de la famille, de la communauté, de la politique, des médias ou des entreprises et qui sont toutes dans des relations d'influence et de pression⁶³⁷. Ensemble, ces masculinités forment ce que la pionnière du militantisme afroféministe bell hooks appelait le « patriarcat capitaliste impérialiste suprémaciste blanc⁶³⁸ » et elles renforcent l'idée que ne peut être réelle et protégée qu'une seule féminité⁶³⁹.

⁶²⁵ Suzanne J. KESSLER et Wendy MCKENNA, *Gender: An Ethnomethodological Approach*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978

⁶²⁶ *Id.*, pp. 6 et 7

⁶²⁷ *Id.*, p. 4

⁶²⁸ *Id.*

⁶²⁹ James W. MESSERSCHMIDT, *Masculinities and Crime: Critique and Reconceptualization of Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993, p. 78

⁶³⁰ David M. Newman, *Sociology. Exploring the Architecture of Everyday Life*, 7^e éd., Thousand Oaks, SAGE, 2007, p. 60

⁶³¹ James W. MESSERSCHMIDT, *Crime as Structured Action : Doing Masculinities, Race, Class, Sexuality, and Crime*, Lanham, SAGE, 2013, p. 22

⁶³² *Id.*, p. 32

⁶³³ *Id.*, p. 25

⁶³⁴ *Id.*, p. 22

⁶³⁵ Angela MCROBBIE, « L'ère des *top girls* : les jeunes femmes et le nouveau contrat sexuel », (2009) 28 *Nouvelles Questions Féministes* 1, p. 22

⁶³⁶ *Id.*, p. 28

⁶³⁷ *Id.*

⁶³⁸ BELL HOOKS, *The Will to Change: Men, Masculinity, and Love*, New York, Washington Square Press, 2004, p. 17

⁶³⁹ *Id.*

L'idée d'une unique expression féminine a historiquement relégué certaines expressions féminines à un rang inférieur. Selon le modèle hétéronormatif blanc, un modèle répandu à l'échelle mondiale⁶⁴⁰, les femmes blanches incarnaient les qualités qu'on devait retrouver chez la « vraie » femme, soit la piété, la pureté, la soumission et la domesticité⁶⁴¹. La féminité blanche ne pouvait exister sans son pendant de féminité déviante cependant⁶⁴². C'était le cas de la Jézabel, symbole genré et racialisé d'une sexualité répréhensible créée à l'époque de l'esclavage aux États-Unis⁶⁴³, mais également des femmes lesbiennes, des personnes bisexuelles, des femmes transgenres et des travailleuses du sexe, toutes devant être contrôlées⁶⁴⁴.

Patricia Hill Collins aborde ce thème de féminité et de sexualité en parlant des images contrôlantes dont sont victimes les femmes noires. Les images contrôlantes sont créées afin de normaliser et naturaliser le racisme, le sexisme, la pauvreté et les autres formes d'injustice sociale auxquels font face les femmes noires⁶⁴⁵ pour les maintenir dans une situation de subordination⁶⁴⁶. Les groupes dominants, dont la dominance s'est affirmée à cause de l'ancienne idéologie du temps de l'esclavage⁶⁴⁷ plaçant la blancheur et la masculinité en situation de pouvoir, définissent les valeurs sociales et manipulent les idées sur les femmes noires grâce à d'anciens ou de nouveaux symboles⁶⁴⁸ et des stéréotypes. Les images contrôlantes naissent et sont véhiculées par l'influence tentaculaire de la télévision, de la radio, des films, des vidéo-clips, d'Internet⁶⁴⁹ et certainement des réseaux sociaux. En perpétuant la circulation d'images contrôlantes, les femmes noires deviennent un objet qu'il faut assujettir⁶⁵⁰. Elles deviennent « l'autre » et leur oppression est justifiée⁶⁵¹.

Parmi les institutions qui peuvent véhiculer les images contrôlantes, on retrouve les écoles⁶⁵². Aux États-Unis, il fut une époque où même les universités noires cautionnaient une certaine subordination des femmes noires, car en cherchant à les préparer au monde réel et à une société hostile à leur présence dans l'espace public, elles essayaient d'appivoiser leur personnalité et les intimiser à la soumission⁶⁵³. Cela s'accorde avec les idées de Foucault, qui qualifie l'école de lieu de

⁶⁴⁰ Kristen MARRINAN, « American Beauty Standards: "Paling" in Comparison to the White Norm », (2019) 22 *Sociology Senior Seminar Papers* 1, p. 4

⁶⁴¹ P. HILL COLLINS, préc., note 144, p. 72

⁶⁴² *Id.*, p. 81

⁶⁴³ *Id.*

⁶⁴⁴ *Id.*, p. 83

⁶⁴⁵ *Id.*, p. 5

⁶⁴⁶ *Id.*, p. 72

⁶⁴⁷ *Id.*

⁶⁴⁸ *Id.*, p. 69

⁶⁴⁹ *Id.*, p. 85

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 71

⁶⁵¹ *Id.*, p. 70

⁶⁵² *Id.*, p. 85

⁶⁵³ *Id.* 87

production et d'internalisation de la hiérarchie des bons et des mauvais corps⁶⁵⁴. Sherene Razack est également une défenderesse de l'idée de l'espace comme paramètre à prendre en considération en matière de pouvoir. Lorsque les personnes autochtones et les personnes noires furent dépossédées de leurs terres et assujetties par les actions de génocidaires ou de colonisateurs, les lieux tels que les écoles, les universités, les hôpitaux et les parlements devinrent des espaces incarnant l'assise du contrôle de l'homme blanc⁶⁵⁵. Occuper un espace est un signe de légitimité et de pouvoir et il est des espaces qui demeurent hostiles à la présence de certaines personnes qui, historiquement, n'y avaient pas leur place⁶⁵⁶.

Ainsi, la violence normative est un concept idoine pour notre étude, car elle permet une analyse holistique du caractère préjudiciable des codes sexuels, ne s'arrêtant pas à leur qualification normative. De plus, en juxtaposant à ce principe de violence normative les théories sociologiques et sociojuridiques vues plus haut, on laisse la place à plusieurs questionnements qui orientent notre réflexion. « *The woman question*⁶⁵⁷ » permet de s'enquérir sur les implications genrées autant d'une norme juridique que d'une pratique sociale⁶⁵⁸. Comment les femmes ont-elles été laissées pour compte lors de l'érection de ces normes juridiques, sociales ou culturelles? Comment corriger cette omission? Procéder à cet exercice permet de reconnaître comment les normes, notamment les normes juridiques, ont imposé des standards qui désavantagent les femmes⁶⁵⁹. Ainsi, si les normes considérées comme neutres sont révélées être d'inspiration masculines, on peut se demander comment les présomptions véhiculées par le droit affectent les femmes et comment elles ont pu reléguer en périphérie leurs intérêts⁶⁶⁰. Enfin, lorsqu'on parle en termes de violence normative, on peut se poser « *the other question*⁶⁶¹ » afin de s'éloigner d'une analyse binaire qui méconnaîtrait l'intersectionnalité des différentes formes de subordination qui produisent des formes uniques et parfois absconnes d'oppression. En voyant une norme raciste, il faut se demander où est le patriarcat, en voyant une norme sexiste, il faut se demander où est l'hétérosexisme, en voyant une norme transphobique, il faut se demander où sont les intérêts classistes⁶⁶², ainsi de suite. Avoir ces

⁶⁵⁴ M. FOUCAULT, préc., note 556, p. 183

⁶⁵⁵ Sherene H. RAZACK, « Droit, Espaces et Racialisation: La Creation d'une Nation de Pionniers Blancs », (2000) 15 *Canadian Journal of Law and Society* 1, p. 3

⁶⁵⁶ *Id.*, p. 7

⁶⁵⁷ Katharine T. BARTLETT, «Feminist Legal Methods», (1990) 103-4 *Harvard Law Review* 829, p. 837

⁶⁵⁸ *Id.*

⁶⁵⁹ *Id.*

⁶⁶⁰ *Id.*, p. 848

⁶⁶¹ Mari J. MATSUDA, «Beside My Sister, Facing the Enemy: Legal Theory Out of Coalition» (1991) 43 *Stanford Law Review* 1183, pp. 1189 et 1190

⁶⁶² *Id.*

questions en filigrane lors d'un raisonnement analytique permet d'adopter une approche intersectionnelle qui est une condition sine qua non dans toute étude féministe.

3. Méthodologie

Le droit est une mécanique sociale en constante mutation, mais les normes sociales, culturelles, religieuses ou morales qui existent sur le territoire d'un État évoluent, régressent ou maintiennent un certain équilibre. Que peut-on inférer de la dichotomie entre un droit moderne qui se targue d'être épuré de tout élément normatif non-juridique⁶⁶³ et un droit étatique dans une relation de coexistence, d'hybridation et de dépendance mutuelle avec les normes⁶⁶⁴? Comment la juxtaposition de ces vérités influence-t-elle l'appréhension des codes sexuels par le droit? En effet, semblant évoluer en marge du droit, ces codes exercent une violence sur les femmes, particulièrement les femmes noires dans la société canadienne et québécoise. Cette violence est parfois entérinée, parfois permise et parfois combattue par le droit, qui dispose de certains outils juridiques dans ce sens. Il est intéressant d'observer comment il s'en sert, comment il pourrait s'en servir, les limites de ces outils, comment il pourrait contourner ces limites et les facteurs influençant son raisonnement. En réponse à ces questions, nous avons produit une analyse intersectionnelle des codes sexuels qui les divise en deux.

3.1. Le choix des codes sexuels à l'étude

Les premiers codes sexuels sont les codes vestimentaires à l'école primaire et secondaire, majoritairement au Québec, mais également au Canada, au courant des 10 dernières années. Les seconds codes sexuels sont les codes sur l'apparence au travail, encore une fois majoritairement au Québec au courant des 40 dernières années. L'ordre dans lequel ils sont analysés illustre une gradation au niveau de la coercition normative. D'abord, nous avons un code sexuel inséré dans une politique, une charte ou un code de conduite scolaire et enfin, nous avons un code sexuel qui peut être écrit, mais souvent les codes sur l'apparence sont des normes qui existent sans devoir être écrites.

Afin d'éviter un exercice rébarbatif où les codes sexuels seraient analysés de façon identique, alignant la même structure, soulevant les mêmes arguments et tirant les mêmes conclusions, nous avons pensé les appréhender avec certaines subtilités qui donnaient un angle à notre approche.

⁶⁶³ H. KELSEN, *préc.*, note 464, p. 17; C. SMART, *préc.*, note 588, p. 22; K. BENYKHLEF, *préc.*, note 475, pp. 41 et 42

⁶⁶⁴ N. ROSE et M. VALVEDERE, *préc.*, note 16, p. 180

Traiter des codes vestimentaires à l'école permettait de mettre l'accent sur la particularité du rôle de l'école dans l'internalisation des codes vestimentaires, mais plus généralement des codes sexuels. En effet, au Québec l'école est obligatoire de 6 ans à 16 ans⁶⁶⁵. Or, les attentes liées au genre, les stéréotypes et les rôles genrés sont internalisés durant cette période⁶⁶⁶. Les normes qui sont apprises par les élèves à cet âge forment leur façon de penser pour le présent et pour l'avenir, cela incluant pour le travail. De plus, les codes vestimentaires sont un paradigme des codes sexuels, car leur normativité n'est pas clairement définie, leur caractère discriminatoire est de plus en plus décrié par les personnes qu'ils visent, mais le droit demeure silencieux. En effet, aucune législation et aucun jugement en droit québécois ne s'est penché sur cette problématique. Choisir ce code sexuel permettait de faire une analyse malgré cette ambiguïté au lieu de simplement reléguer aux marges du droit les codes vestimentaires sous prétexte qu'ils ne présenteraient pas la normativité nécessaire à être un vecteur de discrimination.

Nous avons choisi de traiter des codes sur l'apparence au travail pour plusieurs raisons. Au travail, le seuil d'exigences pesant sur les femmes peut être beaucoup plus élevé que pour des jeunes filles à l'école, celle-ci étant obligatoire. Ces codes sexuels nous permettaient de bénéficier d'une documentation plus fournie sur leur interprétation par les tribunaux. De plus, le fait qu'ils s'appliquent à toutes les femmes était pertinent, car cela démontrait à la fois l'universalité des codes sexuels, mais également leur reproduction des schémas d'inégalités envers certaines catégories de femmes, comme les femmes noires. Nous avons mentionné en introduction des facteurs tels que les cheveux afro⁶⁶⁷, l'attractivité physique et les courbes du corps⁶⁶⁸, le poids⁶⁶⁹, les rides et les cheveux gris⁶⁷⁰, qui portaient préjudice aux femmes dans le milieu du travail. Suite à plusieurs recherches faites dans des articles de revues académiques et des ouvrages se dédiant au sujet des normes sur l'apparence des femmes, nous avons remarqué une certaine disparité dans l'appréhension de ces codes par les tribunaux. Cela les rendait très imprévisibles et ça permettait de voir comment les tribunaux réussissaient ou n'arrivaient pas à repérer la violence de ces codes et ça permettait d'observer les principes sur lesquels ils se fondaient afin d'expliquer leur raisonnement, particulièrement en l'absence de législation venant encadrer la discrimination sur l'apparence des femmes. Enfin, analyser les codes sur l'apparence en dernier nous a permis de faciliter la transition entre les codes sexuels et les solutions juridiques à ces codes. En effet, en

⁶⁶⁵ *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3, art.14

⁶⁶⁶ Robert W. BLUM, Kristin MMARI, Caroline MOREAU, « It Begins at 10: How Gender Expectations Shape Early Adolescence Around the World », (2017) 61-4 *The Journal of Adolescent Health*, S3

⁶⁶⁷ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12

⁶⁶⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13

⁶⁶⁹ *Maddox c. Vogue Shoes*, préc., note 14

⁶⁷⁰ J. PLUNKETT, préc., note 15

introduisant une loi protégeant les cheveux afro à la fin de notre étude, nous présentions un exemple d'une norme juridique qui contrecarre les effets préjudiciables d'un code sexuel et qui démontre la possibilité de se servir du droit afin de protéger les droits des femmes face à la violence des codes sexuels⁶⁷¹.

3.2. L'analyse des codes sexuels

Pour répondre à notre question de recherche, notre analyse des codes sexuels était faite sur mesure selon les particularités de chacun, mais il y avait également un tronc commun. Nous débutions toujours par décrire le code sexuel et indiquer quelques faits généraux par rapport à son importance dans le paysage juridique ou social afin de contextualiser la réalité dans laquelle il évoluait.

Nous devions aussi qualifier le code sexuel en puisant dans notre théorie de la norme. Autant pour les codes vestimentaires à l'école que pour les codes sur l'apparence, il fallait faire des recherches afin de voir comment ces normes avaient été qualifiées par les législateurs et les tribunaux canadiens ou québécois et les législateurs et tribunaux étrangers, et comment elles pourraient être interprétées à l'aune des différents instruments internationaux comme la CEDEF ou la CIEFDR. Si cet exercice n'avait jamais été fait par le passé, il fallait alors faire des recherches afin de tracer des parallèles entre des normes similaires selon la jurisprudence canadienne ou québécoise et les codes à l'étude. Afin de décider si les normes étaient similaires aux codes que nous étudions, nous nous fions à notre théorie normative, notamment pour démêler des notions parfois avoisinantes comme le droit souple, les normes alternatives, les normes sociales, les normes culturelles, puis pour évaluer leur interaction avec le droit. Si la qualification normative posait toujours problème, il était possible de regarder la jurisprudence d'autres États afin de voir leur qualification des codes sexuels et encore une fois tenter de tracer des parallèles avec notre droit.

L'étape la plus cruciale et celle qui différait pour chaque code était l'analyse de la discrimination ou de la violence du code sexuel. L'avantage d'avoir recours à ces deux notions est que notre théorie sur la discrimination était très appropriée pour les codes sexuels s'étant rendus devant les tribunaux. Il était possible de faire une analyse critique d'un code sexuel, en se fondant sur le droit à la non-discrimination de la Charte canadienne ou de la Charte québécoise, grâce aux dispositions de la loi ou au jugement des tribunaux. Cependant, selon nous, si les effets de la violence normative peuvent s'apparenter aux effets de la discrimination, parler en termes de violence d'un code sexuel nous permettait de sortir du cadre établi par la jurisprudence, de ne pas s'en tenir uniquement à

⁶⁷¹ H.R.2116, 117th Cong. (2022) (ci-après «CROWN Act»)

l'interprétation de l'article 15 de la Charte canadienne, surtout après une évolution constante qui ne laisse pas à l'abri d'un revirement ou d'une correction jurisprudentielle, ou de l'article 10 de la Charte québécoise. Cela permettait de parler en des termes qui ne sont pas forcément employés par la Cour, mais que nous jugeons impératif à la compréhension de la problématique, sachant que les codes sexuels déploient leurs effets préjudiciables en faisant fi des délimitations artificielles entre les normes juridiques, sociales et culturelles ou entre gouvernement et secteur privé. Enfin, cela permettait de se servir du droit comparé et du droit international afin d'orienter, inspirer et affiner notre analyse et proposer des solutions.

Dans cette analyse de la discrimination ou de la violence des codes sexuels, nous croyions toujours important de faire des recherches sur les fondements historiques et culturels des codes afin de voir comment leurs reliquats influençaient encore la réponse du droit par rapport à eux. Pour ce faire, nous devons nous fonder sur de la littérature juridique et sociologique critique, que ce soit sur le fondement du genre, de la race, de la religion ou autre. Cela nous donnait le matériel nécessaire afin d'arrimer notre critique du rôle des normes sociales et culturelles, des stéréotypes, des préjugés et du rôle minimisé de l'histoire dans la construction du droit, avec notre analyse des effets préjudiciables concrets et de la normalisation des codes sexuels. De plus, si nos tribunaux ne s'étaient pas encore prononcés sur certains codes sexuels, nous cherchions des décisions dans d'autres États, tels les États-Unis, afin d'emprunter le raisonnement de leurs juges et tenter de le transposer à notre droit. Nous nous servions du squelette de leur décision, mais la chair dont nous l'agrémentions était celle de la jurisprudence canadienne et québécoise.

PARTIE II : ANALYSE

Colliger nos connaissances sur le droit de la discrimination, la théorie de la norme et la violence normative nous permet à présent d'analyser nos deux codes sexuels, soit les codes vestimentaires dans les écoles primaires et secondaires et les codes sur l'apparence dans le milieu du travail.

4. Les codes vestimentaires dans les écoles

Les vêtements agissent comme médiateur entre la personne et la société dans lequel elle vit⁶⁷². Nos vêtements disent quelque chose sur nous, ils changent notre vision du monde, comme ils changent

⁶⁷² Gary WATT, *Dress, Law and Naked Truth. A Cultural Study of Fashion and Form*, London, Bloomsbury, 2013, p. 5

la vision que le monde a de nous⁶⁷³. Le droit en tant que concept social et culturel est exprimé autant à travers les textes écrits qu'à travers les vêtements⁶⁷⁴.

À l'automne 2020, le Québec connut une vague de contestations des codes vestimentaires. Plusieurs garçons de différents établissements secondaires se présentèrent à l'école avec des jupes afin de soutenir leurs camarades, qui étaient punies pour leurs choix vestimentaires⁶⁷⁵. Au même moment, outre Atlantique, les filles françaises créaient le mouvement #lundi14septembre afin d'inciter d'autres collégiennes et lycéennes à se rebeller contre les codes vestimentaires sexistes et à venir à l'école en tenues dites indécentes⁶⁷⁶.

Les codes vestimentaires autorisent, prohibent et obligent le port de certains vêtements et accessoires. Au Québec, les écoles primaires et secondaires ont toutes des codes vestimentaires. D'un côté, les élèves accordent de l'importance à leurs vêtements, car c'est une façon de s'exprimer. L'habitus véhicule des valeurs, reflète l'image qu'on a de soi, transmet un message et forge l'identité⁶⁷⁷. De l'autre côté, les établissements scolaires encadrent le port de tenues vestimentaires afin d'assurer notamment la sécurité, l'hygiène et l'efficacité sur le plan pédagogique⁶⁷⁸. Derrière ces préoccupations raisonnables, se trouvent également des valeurs et des préoccupations subjectives propres à l'établissement scolaire, qui peuvent aller à l'encontre de celles des élèves. L'enjeu tient à ce qu'au nom de son objectif de former et de socialiser des futurs citoyens, l'école devient un lieu de censure, de suppression de certains discours et de contrôle de certaines identités, surtout lorsqu'elle décrète le conformisme vestimentaire et véhicule les valeurs de la majorité socioculturelle⁶⁷⁹.

4.1. Les particularités normative et institutionnelle des codes vestimentaires scolaires

Nous pensons que l'ampleur de la problématique peut venir du fait que les codes vestimentaires fonctionnent dans plusieurs cultures comme des règles ayant la même force normative que des lois⁶⁸⁰, car l'école est une mini société qui emprunte aux schémas de l'État, autant du point de vue normatif qu'institutionnel. L'appréhension des codes vestimentaires par le droit est différente de l'interdiction, par exemple, de porter des signes religieux comme le hijab, car la *Loi sur la laïcité*⁶⁸¹

⁶⁷³ *Id.*

⁶⁷⁴ *Id.*, p. 2

⁶⁷⁵ Steve RUKAVINA, « Boys in several Quebec high schools wear skirts to protest dress code », *Radio Canada*, 8 octobre 2020

⁶⁷⁶ Pauline ROUQUETTE, « #lundi14septembre : contre le sexisme, des lycéennes appellent à porter des tenues "indécentes" », *France 24*, 14 septembre 2020,

⁶⁷⁷ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 601

⁶⁷⁸ *Id.*

⁶⁷⁹ *Id.*

⁶⁸⁰ *Id.*

⁶⁸¹ *Loi sur la laïcité de l'État*, préc., note 1

est entrée dans l'ordonnancement juridique, élevant ce code sexuel au rang de législation. Malgré cela, les codes vestimentaires présentent certaines similitudes avec les normes juridiques de l'État.

Au Québec, la *Loi sur l'instruction publique*⁶⁸² de 1988 ne comporte pas une disposition spécifique sur les codes vestimentaires. Elle dispose cependant que le conseil d'établissement approuve les règles de conduite proposées par le directeur, celles-ci incluant le comportement devant être adopté en toute circonstances par l'élève et les sanctions disciplinaires des actes répréhensibles qu'il commet⁶⁸³. Toutefois, puisque c'est le conseil d'établissement et non le législateur qui rédige ces codes, ils ne peuvent être considérés comme des lois.

Les codes vestimentaires présentent certains points communs avec des règlements. Les règles de conduite dont font partie les codes vestimentaires sont autorisées expressément par la *Loi sur l'instruction publique*. Il s'agit de normes générales et impersonnelles qui s'appliquent aux élèves sans faire de distinction⁶⁸⁴. Elles ressemblent à des actes réglementaires, soit des actes normatifs de caractère général et impersonnel, édicté en vertu de la délégation d'un pouvoir législatif et ayant force de loi⁶⁸⁵. Toutefois, pour plusieurs raisons évidentes, les codes vestimentaires ne peuvent être entièrement assimilés à des règlements. Mentionnons simplement le fait que les codes vestimentaires n'ont pas force de loi une fois adoptés et ils ne sont soumis à aucune approbation mentionnée à la *Loi sur les règlements*⁶⁸⁶.

Existant sous le seuil de coercition des règlements, les codes vestimentaires pourraient être qualifiés de droit souple. En effet, ils servent à orienter les comportements des élèves en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion. De plus, leur contenu et leur mode d'élaboration démontrent une formalisation et une structuration qui s'apparentent aux règles de droit, mais sans s'appuyer sur les techniques classiques du droit⁶⁸⁷. Le conseil d'établissement qui rédige le code vestimentaire est composé de parents d'élèves, de membres du personnel d'école, d'élèves et de membres de la communauté, tous nommés ou élus par leurs pairs⁶⁸⁸. Sous la proposition du directeur, ils rédigent un code vestimentaire qui est communiqué aux parents au début de l'année⁶⁸⁹, qui est inscrit dans l'agenda, puis appliqué par les enseignants tout au long de l'année scolaire. Dans le cadre du projet éducatif de l'école, des programmes établis par le ministère et de la *Loi sur l'instruction publique*⁶⁹⁰,

⁶⁸² *Loi sur l'instruction publique*, préc., note 665

⁶⁸³ *Id.*, art. 76.

⁶⁸⁴ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 606

⁶⁸⁵ *Loi sur les règlements*, RLRQ, c. R-18.1, art. 1.

⁶⁸⁶ *Id.*, art. 4.

⁶⁸⁷ K. BENYKHELF, préc., note 475, p. 737

⁶⁸⁸ *Loi sur l'instruction*, préc., note 665, art. 42

⁶⁸⁹ *Id.*, art. 76.

⁶⁹⁰ *Id.*, art. 19.

l'enseignant détient le pouvoir d'appliquer le code vestimentaire et de sanctionner les manquements observés à son égard⁶⁹¹.

Nous avons-là une structure qui, loin d'être identique, présente certaines similitudes avec l'organisation étatique; un groupe de personnes élues rédigeant une norme et un autre groupe de personnes appliquant ces normes selon une organisation pyramidale et automatique. En effet, lorsque les élèves ne respectent pas la tenue vestimentaire prescrite, ils s'exposent à des sanctions disciplinaires censées les ramener à l'ordre. Généralement, les mesures infra-pénales prises contre les élèves sont les suivantes : réprimande ou avertissement écrit; refus d'accéder à la salle de classe; inscription d'une absence non-motivée au dossier; renvoi au domicile pour porter une tenue réglementaire; retrait de privilèges ou suspension de l'école, surtout en cas de récidive⁶⁹².

Parmi les normes de droit souple en droit canadien, on peut mentionner les directives de la décision *Dlugosz* de la Cour d'appel du Québec en 1987. Dans cette décision, une directive gouvernementale limitant le nombre de postes d'internat rotatoire confiés à des médecins ayant étudié à l'étranger avait été considérée ultra vires, car elle outrepassait les pouvoirs du gouvernement en touchant aux droits et libertés des justiciables⁶⁹³. La décision rappelle que les directives sont des normes de portée interne que l'administration se donne afin d'encadrer son action, en vertu d'un pouvoir général de direction⁶⁹⁴. Si on trace une analogie entre la directive gouvernementale de *Dlugosz* et un code vestimentaire adopté par l'école, une entité publique encadrée par la loi⁶⁹⁵, on peut considérer qu'à partir de l'instant où les codes vestimentaires dépassent l'encadrement de la conduite des élèves et influencent leurs droits en leur imposant des obligations, ils n'appartiennent plus au domaine du droit souple⁶⁹⁶, mais bien du droit dur.

Même s'il ne s'agit pas de qualifications reconnues en droit québécois, il nous semble que la qualification la plus juste des codes vestimentaires est que ce sont des normes imparfaitement juridiques selon la théorie du Professeur Macdonald⁶⁹⁷ ou des normes alternatives comportementales selon la présentation qu'en a fait le Professeur Benyekhlef⁶⁹⁸. En effet, les codes vestimentaires, issus d'autorités publiques comme les écoles, brouillent les limites juridiques⁶⁹⁹, car ils présentent plusieurs attributs les apparentant à des normes juridiques, mais ils ne rentrent

⁶⁹¹ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 604

⁶⁹² *Id.*, p. 608

⁶⁹³ *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, préc., note 488, par. 29-31

⁶⁹⁴ *Id.*, par. 16

⁶⁹⁵ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 610

⁶⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, préc., note 484, p. 61

⁶⁹⁷ R. A. MACDONALD, préc., note 533, p. 49

⁶⁹⁸ K. BENYKHLIF, préc., note 475, p. 799

⁶⁹⁹ *Id.*, p. 737; Filali OSMAN, préc., note 497, p. 513.

pas dans la matrice institutionnelle prêtée aux normes juridiques, notamment parce qu'aucune norme juridique ne prévoit ce qui devrait advenir de leur transgression⁷⁰⁰. De plus, les établissements scolaires empruntent au schéma institutionnel du droit en étant des sous-systèmes sociaux qui existent grâce à la marge d'autonomie qui est octroyée par l'État, ce dernier ne s'immisçant pas directement dans la vie scolaire des élèves⁷⁰¹. Les établissements scolaires sont des institutions qui matérialisent et interprètent les normes, au même titre que les législateurs et les juges le font dans notre système juridique. Toutefois, dans un sous-système social dont la mécanique institutionnelle imite celle du droit, les acteurs qui rédigent les codes vestimentaires et les acteurs qui les appliquent ne peuvent également être ceux qui gèrent et tranchent les revendications des élèves. Or, présentement, c'est ce qui risque d'arriver car ces conflits sont réglés par la direction⁷⁰². Il est possible que l'atteinte aux droits des élèves à cause des codes vestimentaires devienne un litige qui se retrouve devant les tribunaux.

4.2. Le droit face aux codes vestimentaires scolaires: une nouveauté

Au Québec, il n'existe pas de jurisprudence sur le caractère discriminatoire des codes vestimentaires à l'école. Nous nous tournons alors vers les États-Unis, plus précisément vers la Cour fédérale des appels du quatrième circuit dans l'arrêt *Peltier v. Charter Day School, Inc.*⁷⁰³ de 2022. En effet, si les traditions et contextes juridiques américain et québécois diffèrent et qu'il est difficile de tracer des parallèles exacts, il peut être pertinent de suivre les étapes du raisonnement des juges américains pour encadrer une analyse en vertu de notre droit québécois et canadien.

4.2.1. *Peltier v. Charter Day School, Inc.* : un code vestimentaire scolaire analysé par les tribunaux

En l'espèce, le code vestimentaire de l'école Charter Day School obligeait les filles à ne porter que des jupes et les garçons à ne porter que des pantalons et des shorts⁷⁰⁴. Les filles se plaignirent du port obligatoire de jupes, car face au risque constant d'exposer leurs sous-vêtements, leur liberté de mouvement était restreinte. De plus, ne pouvant porter de pantalons, elles prenaient froid l'hiver. Elles affirmaient que le message qui leur était envoyé était qu'elles ne devaient pas être aussi actives que les garçons, qu'elles n'avaient pas autant de valeur, qu'elles étaient plus délicates que les garçons et qu'elles n'étaient pas leurs égales, les garçons étant alors en situation de pouvoir sur

⁷⁰⁰ Georges KALINOWSKI, préc., note 540, p. 128

⁷⁰¹ K. BENYKHELF, préc., note 475, p. 775

⁷⁰² *Id.*, p. 603

⁷⁰³ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, préc., note 22

⁷⁰⁴ *Id.*, p. 9

elles⁷⁰⁵. Lorsqu'un parent d'une élève se plaignit au fondateur de l'école du code vestimentaire, ce dernier répondit que ce code préservait la galanterie et le respect et il restaurait et préservait les valeurs traditionnelles. Selon lui, la galanterie était : "*a code of conduct where women are treated, they're regarded as a fragile vessel that men are supposed to take care of and honor*"⁷⁰⁶.

La plainte de Peltier, soutenue par d'autres parents, se rendit devant les tribunaux. La plainte alléguait que le code vestimentaire, et les propos justifiant l'obligation du port de la jupe pour les filles, étaient une classification fondée sur le sexe, qui était ancrée dans les stéréotypes de genre⁷⁰⁷. Cela violait le 14^e amendement de la Constitution américaine⁷⁰⁸ et soumettait les filles à une discrimination et un déni de l'ensemble des avantages que garantit leur droit à l'éducation⁷⁰⁹. La première question à laquelle devait répondre la Cour était donc de savoir si l'école était un acteur étatique au sens du 14^e amendement⁷¹⁰. Les plaignantes comptaient sur la disposition 42 U.S.C.S. § 1983⁷¹¹, qui permet à une personne de présenter une plainte si elle a prouvé que le défendeur l'a privé d'un droit constitutionnel et qu'il a agi « *under the color of State statute, ordinance, regulation, custom, or usage* »⁷¹². Dans l'affirmative, le 14^e amendement lui serait imputable et les juges pourraient alors décider si l'établissement avait méconnu ledit amendement⁷¹³, ce qui était la deuxième partie de leur raisonnement.

Dans l'arrêt *Peltier*, les juges affirment qu'afin d'évaluer la relation entre une entité privée et l'État, aux fins d'une demande d'égalité de protection de la loi, il faut déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre l'action contestée par le défendeur et l'État, afin que cette action soit imputée à l'État. Puisque les codes vestimentaires véhiculent des valeurs, contiennent des normes et imposent des sanctions, la Cour refuse qu'un argument simpliste, une formule unique ou un critère rigide⁷¹⁴ soient retenus pour établir ce lien et ainsi soustraire les codes vestimentaires à un examen de conformité ou de compatibilité avec les normes juridiques supérieures⁷¹⁵. De plus, lorsque l'État a sous-traité ou délégué certaines de ses fonctions à un acteur privé, les actes accomplis en vertu de ces obligations déléguées sont sous couvert de la loi⁷¹⁶.

⁷⁰⁵ *Id.*, p. 10

⁷⁰⁶ *Id.*, p. 10

⁷⁰⁷ *Id.*, p. 10

⁷⁰⁸ U.S. CONST. Amend. 14, § 1, cl. 8

⁷⁰⁹ 20 U.S.C. §1681

⁷¹⁰ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, préc., note 22, p. 45

⁷¹¹ 42 U.S.C.S. § 1983

⁷¹² *Id.*

⁷¹³ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, préc., note 22, p. 3

⁷¹⁴ *Id.*, p. 13

⁷¹⁵ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 610

⁷¹⁶ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, préc., note 22, p. 14

Le fait que juges étaient confrontés à l'enjeu de qualification normative des codes vestimentaires et de qualification de l'école en tant qu'acteur étatique ou privé traduit une question très importante pour notre étude: est-ce que la Charte canadienne s'applique aux codes vestimentaires?

4.2.2. Les codes vestimentaires et l'imputabilité incertaine de la Charte canadienne aux écoles

La Cour suprême du Canada ne s'est jamais explicitement prononcée sur l'application de la Charte canadienne aux écoles primaires et secondaires⁷¹⁷. Toutefois, dans une décision, elle avait effleuré la question en se contentant d'affirmer que puisque la Couronne avait admis devant les tribunaux inférieurs que la Charte canadienne s'appliquait aux autorités scolaires, il n'était pas utile pour la Cour de se prononcer sur la question⁷¹⁸. De plus, dans l'affaire *Jubran v. North Vancouver School District* du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique en 2002⁷¹⁹, un élève fut victime de harcèlement et d'insultes homophobes durant ses 5 années à l'école secondaire. La Cour suprême du Canada refusa d'accueillir le pourvoi en appel du conseil scolaire Vancouver Nord, qui demandait de réévaluer la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, cette-dernière ayant confirmé le jugement de première instance qui affirmait que les conseils scolaires avaient l'obligation d'assurer un environnement d'apprentissage libre de toute discrimination⁷²⁰.

En théorie, la seule façon d'appliquer les enseignements de l'article 15 de la Charte canadienne, notamment ceux de l'arrêt *Fraser* de 2020, est d'assimiler le code vestimentaire à une norme émanant du pouvoir étatique, car il faut que les actes émanent de la législature ou du gouvernement pour qu'ils soient assujettis à la Charte⁷²¹.

Dans l'arrêt *Mckinney c. Université de Guelph*, trois questions furent dégagées afin de déterminer si une entité présentant une certaine ambiguïté quant à son appartenance à une branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement était soumise à la Charte canadienne : la branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité; exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui est reconnue comme une responsabilité de l'État et; agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand

⁷¹⁷ Gouvernement du Canada, « Paragraphe 32 (1) – Application de la Charte », en ligne : < <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlcrfc/ccdl-ccrf/check/art321.html> >

⁷¹⁸ *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, par. 38

⁷¹⁹ *Jubran v. North Vancouver School District No. 44*, [2002] B.C.H.R.T.D. No. 10

⁷²⁰ COUR SUPRÊME DU CANADA, « *Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver) c. Azmi Jubran, et al.* (Colombie-Britannique) (Civile) (Autorisation) », (21 Octobre 2005) Bulletin des procédures, sommaire #30964, pp. 1388-1397

⁷²¹ Charte canadienne, par. 32 (1)

intérêt public⁷²²? Répondre par l'affirmative à l'une de ces questions serait un indice sérieux, mais ne serait pas une confirmation absolue⁷²³ que l'entité remplirait les conditions du paragraphe 32 (1) de la Charte. Ensuite, la Cour a déjà affirmé que la Charte peut s'appliquer à une entité si on décide qu'elle fait partie du gouvernement au sens du paragraphe 32 (1) de la Charte, mais il faut alors se demander si l'entité dont les actes ont suscité l'allégation à la Charte peut, de par sa nature ou à cause du degré de contrôle du gouvernement, être jugée comme faisant partie du gouvernement au sens dudit article⁷²⁴. Enfin, la Cour énonce également que lorsqu'il faut établir si une entité, telle une université ou un hôpital, est une institution gouvernementale assujettie à la Charte canadienne, il faut que le gouvernement exerce sur elle un contrôle routinier et régulier sur les opérations courantes de celle-ci⁷²⁵.

Quant à la norme de cette entité publique, il est important de noter que l'absence de motivation reposant sur une règle de droit⁷²⁶ est un obstacle dirimant à la reconnaissance de l'intérêt à agir⁷²⁷ nécessaire pour contester la norme devant les tribunaux au Québec. Encore une fois, la Cour suprême a cependant adopté une position assez souple dans sa vision de ce qui compte pour une règle de droit⁷²⁸. En 1989, dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*⁷²⁹, elle citait le Professeur de droit constitutionnel Peter Hogg, qui écrivait que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, incluant les ministres, fonctionnaires et les commissions scolaires, est autant lié par la Charte que ne le sont leurs lois habilitantes. Les mesures prises en vertu du pouvoir statutaire ne peuvent être valides que si elles déploient des effets qui restent dans la portée de ce pouvoir et, puisque les législatures ne peuvent elles-mêmes adopter des lois qui contreviennent à la Charte, elles ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Les limites que la Charte impose au pouvoir statuaire s'étendent à toutes les mesures dont la validité dépend dudit pouvoir⁷³⁰. En l'espèce, la Cour avait conclu que puisque l'arbitre était une créature de la loi, les ordonnances qu'il rendrait dans le cadre de son pouvoir délégué seraient contra legem si elles violaient la Charte. Procéder autrement légitimerait l'idée qu'une disposition législative attributive de discrétion pourrait conférer le pouvoir de violer la Charte⁷³¹.

⁷²² *Mckinney c. Université de Guelph*, préc., note 182, p. 239

⁷²³ *Id.*

⁷²⁴ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, par. 44

⁷²⁵ *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 RCS 483, par. 513-514

⁷²⁶ *Brunette c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*, 2018 CSC 55

⁷²⁷ *Code de procédure civile*, art. 85

⁷²⁸ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 610

⁷²⁹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038

⁷³⁰ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswells, 1985, p. 671

⁷³¹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, préc., note 728, pp. 1077 et 1078

En Ontario, il semble plausible que les codes vestimentaires soient assimilés à une norme issue du gouvernement et donc soumise aux dispositions de la Charte canadienne. La *Loi sur l'éducation*⁷³² prévoit que le code de conduite provincial du secteur de l'éducation de l'Ontario⁷³³ définit les normes de comportement que tous les codes de conduites internes doivent respecter⁷³⁴. Cela instaure la possibilité d'un contrôle de conformité entre le code de conduite provincial et tout code de conduite interne ou autre document adopté en son nom. En effet, un des objectifs du code de conduite provincial est de s'assurer que les membres de la communauté scolaire soient traités avec respect et dignité⁷³⁵. Le gouvernement ontarien rajoute que compris dans les exigences de civisme⁷³⁶, de civilité et de respect⁷³⁷, se trouve l'obligation pour tous les membres de la communauté scolaire de respecter les lois applicables⁷³⁸. De plus, si les politiques et les lignes directrices établies dans le code de conduite provincial ne peuvent être assimilées à un règlement au sens de la *Loi de 2006 sur la législation*⁷³⁹, ce code de conduite est tout de même assimilé à une politique du ministre⁷⁴⁰. Le fait que le code de conduite soit une politique ministérielle lui confère la juridicité nécessaire à une analyse à l'aune de la Charte canadienne, le code tombant dans la catégorie de mesure gouvernementale⁷⁴¹.

Quant au sujet précis des codes vestimentaires, il est abordé dans la *Loi sur l'éducation*, celle-ci disposant qu'il revient au conseil d'établir les politiques et lignes directrices relatives au code vestimentaire approprié pour les élèves d'écoles relevant de sa compétence⁷⁴². Ces politiques et lignes directrices existent et sont valides dans le cadre du pouvoir de délégation du directeur de l'école de l'article 300.1⁷⁴³ mais, sans être des règlements au sens de la *Loi de 2006 sur la législation*⁷⁴⁴, elles doivent être compatibles avec celles du ministre en vertu de l'article 301 de la loi⁷⁴⁵. Il semble que la convergence des dispositions ontariennes précitées rend possible l'analyse des codes vestimentaires à l'aune de la Charte canadienne.

⁷³² *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E.2.

⁷³³ *Id.*, art. 301 (1)

⁷³⁴ *Id.*, art. 303 (1)

⁷³⁵ *Id.*, art. 301 (2) al. 1

⁷³⁶ *Id.*, art. 301 (2) al. 2

⁷³⁷ *Id.*, art. 301 (2) al. 3

⁷³⁸ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *Politique/Programmes Note 128*, en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/document/education-en-ontario-directives-en-matiere-de-politiques-et-de-programmes/politiqueprogrammes-note-128#>>

⁷³⁹ *Loi sur l'éducation*, préc., note 732, art. 301 (10)

⁷⁴⁰ *Id.*, art. 301 (4)

⁷⁴¹ Charte canadienne, par. 32 (2); GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 180

⁷⁴² *Loi sur l'éducation*, préc., note 732, art. 302 (5)

⁷⁴³ *Id.*, art. 302 (0.1)

⁷⁴⁴ *Id.*, art. 302 (10)

⁷⁴⁵ *Id.*, art. 302 (0.1)

Au Québec, il ne paraît pas aussi évident de garantir l'imputabilité de la Charte canadienne aux autorités des établissements primaires et secondaires, mais cela ne veut pas dire que ce ne serait pas une possibilité. On peut quand même assujettir les écoles au respect de la Charte québécoise, car elle s'applique aux relations entre acteurs privés⁷⁴⁶.

4.3. La discrimination et la violence normative des codes vestimentaires

En l'absence de jurisprudence en matière de codes vestimentaires scolaires, il nous semble pertinent d'analyser la question selon le droit canadien, profitant d'une certaine ouverture de la Cour suprême dans son interprétation du paragraphe 32 (1) de la Charte. Il paraît tout autant pertinent de faire l'analyse sur le plan du droit québécois car un recours sous la protection de la Charte québécoise semble avoir plus de chance de réussir du fait de son champ d'application plus large incluant les rapports entre acteurs privés. Sachant que le test de discrimination diffère face à la Charte canadienne et la Charte québécoise, nous emprunterons aux deux raisonnements dans ce qu'ils ont de commun, faisant les distinctions nécessaires. Nous nous servirons également de la théorie de la violence normative afin de comprendre l'effet préjudiciable des codes vestimentaires sans se limiter à un cadre strictement juridique.

4.3.1. Les codes vestimentaires créent-ils une distinction?

Afin de prouver une violation du paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne, il faut que le code vestimentaire, de façon directe ou indirecte, crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, donc qu'il crée un effet disproportionné sur les membres d'un groupe protégé⁷⁴⁷. Similairement, afin de démontrer une violation de l'article 10 de la Charte québécoise, il faut que le code vestimentaire crée une distinction et qu'elle soit fondée sur un motif énuméré audit article⁷⁴⁸.

Sans faire de recensement de tous les codes vestimentaires dans les écoles publiques du Canada, nous tenons à mentionner les interdictions les plus fréquentes. On retrouve le port de camisoles à fines bretelles, de mini-jupes, de chandails « bedaine »⁷⁴⁹, de chandails à épaules dénudées, de robes moulantes, de bustiers⁷⁵⁰ et de shorts courts⁷⁵¹. Une école avait également tenté de rendre le port du

⁷⁴⁶ TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 344, p. 15

⁷⁴⁷ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 27

⁷⁴⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 341, par. 35

⁷⁴⁹ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355, p. 607

⁷⁵⁰ Catherine ALLARD, « Des élèves dénoncent un code vestimentaire injuste et sexiste à l'école », *Radio Canada*, 29 mai 2018

⁷⁵¹ Violette CANTIN, « Propos choquants concernant l'habillement des filles dans une école secondaire », *Le Devoir*, 17 mai 2022

soutien-gorge obligatoire pour les filles⁷⁵². Les parties du corps qui sont souvent mentionnées sont les épaules, le dos, le ventre, les fesses et les seins⁷⁵³. De plus, les codes vestimentaires incluent des mots tels que propre, modeste, convenable, raisonnable⁷⁵⁴, bon sens⁷⁵⁵, décence, civisme, dignité et fierté⁷⁵⁶.

À ce stade-ci de l'analyse, il faudrait démontrer que les codes vestimentaires affectent les filles, par rapport aux garçons, de façon disproportionnée, donc qu'une distinction est faite au niveau du genre.

En 2021, la Coalition d'Ottawa contre la violence faite aux femmes (COCVFF) et le Centre d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel francophone d'Ottawa (CALACS) reprochèrent au Conseil des écoles catholiques du Centre-Est d'avoir adopté un code de vie qui, sans parler explicitement de genre ou de sexe, emploie des termes tels que « décent » et « modeste »⁷⁵⁷, souvent utilisés dans le passé pour établir et justifier des exigences sexistes qui ne visaient que les filles et les femmes⁷⁵⁸. À cela, le Conseil répondit que ses politiques étaient rédigées et mises en place de façon impartiale⁷⁵⁹. Or, nous savons que lorsque la discrimination est par suite d'un effet préjudiciable, l'analyse de la discrimination se fait par rapport à des normes en apparence neutres qui agissent en réalité comme des obstacles intégrés pour les membres d'un ou plusieurs groupes protégés⁷⁶⁰.

La militante en justice de genre Farrah Khan opine que lorsqu'on parle de vêtements mais qu'on ne mentionne que le dos, la poitrine, les fesses ou les ventres, on cherche à policer le corps des filles, des personnes trans et non-binaires⁷⁶¹. Les codes vestimentaires neutres traduisent un effet discriminatoire. Au Québec, il est possible que les interdictions ne visent expressément aucun genre, contrairement à l'arrêt américain *Peltier* où les filles ne pouvaient jouir de leurs droits ou profiter de leurs activités de la même façon que les garçons à cause du port obligatoire de jupes. C'est justement là qu'il est important de pouvoir reconnaître la discrimination malgré tout, car c'est

⁷⁵² Jessica NADEAU, « Mobilisation colorée contre le soutien-gorge obligatoire », *Le Devoir*, 28 mai 2016

⁷⁵³ RADIO CANADA, « LaSalle school removes dress code poster, deemed inappropriate by GECDSB », 19 mai 2022, en ligne : < <https://www.cbc.ca/news/canada/windsor/lasalle-dress-poster-removed-1.6458707> >

⁷⁵⁴ Alexandra ANGERS et Benjamin VACHET, « Plaidoyer contre les codes vestimentaires des écoles jugés « discriminatoires » », *Radio Canada*, 22 novembre 2021

⁷⁵⁵ Alyssa GRAY-TYGHTER, « Decoding the dress code: Unmasking inequities in school dress code policies », *Magazine of the Elementary Teachers' Federation of Ontario*, 2021, en ligne : < <https://etfvoice.ca/feature/decoding-dress-code-unmasking-inequities-school-dress-code-policies> >

⁷⁵⁶ Rose MOISAN-PAQUET, *Expériences et perceptions des filles à l'égard des codes vestimentaires des écoles secondaires publiques québécoises*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des sciences humaines et sociales, Université Laval, 2022, p. 47

⁷⁵⁷ Daniel LEBLANC, « Le code vestimentaire du CECCE jugé « discriminatoire » et « sexiste » », *Le Droit*, 22 novembre 2021

⁷⁵⁸ *Id.*

⁷⁵⁹ *Id.*

⁷⁶⁰ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 53

⁷⁶¹ Radio Canada, préc., note 753

ce qui permet de déceler l'institutionnalisation et l'aspect systémique de normes a priori neutres sur des groupes historiquement défavorisés⁷⁶². Ici, les filles, mais également les personnes de couleur, les élèves défavorisées financièrement, les jeunes trans et non-binaires sont ciblés⁷⁶³.

L'arrêt *Fraser* de la Cour suprême du Canada en 2020 mentionne que deux types d'éléments de preuve sont particulièrement utiles afin de démontrer qu'une norme a un effet disproportionné sur les membres d'un groupe protégé, soit la situation du groupe demandeur et les conséquences pratiques de la norme sur les membres des groupes demandeurs⁷⁶⁴. Dans le cas des codes vestimentaires, le second type de preuve semble davantage utile, car c'est dans la pratique que se joue la distinction. Mentionner les obstacles physiques, sociaux et culturels qui décrivent la situation des filles, des personnes de couleur et des personnes LBGTQ+ permet d'illustrer que c'est le fait qu'ils appartiennent à ces groupes, le fait qu'ils présentent les caractéristiques de ces groupes qui expliquent pourquoi ils sont désavantagés⁷⁶⁵.

Au Québec, parmi les actions, les messages écrits ou verbaux ayant soulevé l'ire des élèves au cours des dernières années, on retrouve ceux d'une directrice d'école: « Les filles, avec vos décolletés on voit vos seins arriver en classe 2 minutes avant vous; Moi quand je vois des filles qui montrent beaucoup leur peau je sais que ça va finir sur Saint-Laurent ça; Là, commencez pas à faire vos frustrées »⁷⁶⁶. On retrouve également une affiche dans une école secondaire de Windsor en Ontario qui illustre un cochon et les propos suivants : « *Dressing inappropriately is like rolling around in manure. Sure you'll get attention, but mostly from pigs! Remember: No backs. No butts. No boobs. No bellies*⁷⁶⁷ ». De plus, en 2016, une analyse de 31 codes vestimentaires d'écoles primaires québécoises menée par un professeur de l'Université Sherbrooke et chercheur régulier au Groupe de Recherche sur l'Éducation Éthique et au Centre de Recherche sur l'Enseignement et l'Apprentissage des Sciences a conclu que 75% des codes étudiés avaient des règles dirigées spécifiquement vers la tenue des jeunes filles et que ces règles étaient édictées afin de favoriser l'apprentissage des garçons⁷⁶⁸. Enfin, lorsque les filles ne respectent pas les exigences des codes vestimentaires, elles sont sanctionnées de façon tangible, car il arrive qu'elles ratent des cours et

⁷⁶² D. POTHIER, préc., note 256, p. 23

⁷⁶³ D. LEBLANC, préc., note 757

⁷⁶⁴ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, p. 5

⁷⁶⁵ *Id.*, par. 57

⁷⁶⁶ V. CANTIN, préc., note 751

⁷⁶⁷ Radio Canada, préc., note 753

⁷⁶⁸ Mathieu GAGNON et Stéphane MARIE, « Les codes vestimentaires à l'école primaire ont-ils un genre? », *Huffington Post*, 16 novembre 2016

qu'elles aient des mentions négatives dans leur dossier scolaire. Or, souvent les garçons adoptent les mêmes comportements qui leur sont reprochés, mais ils ne subissent pas la même sanction⁷⁶⁹.

Dans la *Recommandation générale n° 36 sur l'éducation des femmes et des filles* de 2017 du Comité de la CEDEF⁷⁷⁰, ce-dernier recommande aux États de prendre les mesures appropriées pour veiller au respect des droits des groupes désavantagés et marginalisés en éliminant les stéréotypes et la discrimination et en s'assurant que les codes vestimentaires obligatoires ne soient pas un obstacle à la réalisation de leur accès à une éducation inclusive⁷⁷¹. Sachant que le Canada fut déjà averti par le Comité du nombre de filles victimes de discrimination et de harcèlement sexuel dans les écoles⁷⁷², le harcèlement ressenti⁷⁷³ par des filles dont les shorts doivent être mesurés par un homme adulte⁷⁷⁴ ou des filles à qui on dit « dézippe ton manteau afin que je voie ce que tu portes⁷⁷⁵ » illustre que c'est parce qu'elles sont des filles qu'elles sont visées.

Une fois que cette distinction fondée sur un motif énuméré, en l'occurrence le genre, est démontrée, nous pouvons passer à la seconde et dernière étape du test de discrimination, qui cherche à analyser s'il y a discrimination.

4.3.2. Les codes vestimentaires créent-ils une distinction discriminatoire?

Pour démontrer que la distinction opérée par les codes vestimentaires est discriminatoire, il faut que la norme renforce, perpétue ou accentue un désavantage. L'objectif de l'analyse est d'examiner l'effet du préjudice sur le groupe touché et cela à la lumière des désavantages systémiques ou historiques⁷⁷⁶. Du côté du droit québécois, à ce stade, il faut démontrer comment la distinction a pour effet de détruire ou compromettre l'exercice d'un droit ou liberté de la Charte québécoise⁷⁷⁷.

À l'article 40 de la Charte québécoise, on retrouve le droit pour tous d'avoir accès à l'instruction publique gratuite dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi⁷⁷⁸ et l'article 4 dispose du droit à la sauvegarde de sa dignité humaine⁷⁷⁹. En arrimant ces dispositions et l'article 10, on trouve

⁷⁶⁹ R. MOISAN-PAQUET, préc., note, 756, p. 55

⁷⁷⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°36 sur le droit des filles et des femmes à l'éducation*, CEDAW/C/GC/36 (2017)

⁷⁷¹ *Id.*, par. 46

⁷⁷² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 62, par. 36 e)

⁷⁷³ R. MOISAN-PAQUET, préc., note 756, p. 13

⁷⁷⁴ Caroline CARON, *Vues, mais non entendues : les adolescentes québécoises francophones et l'hypersexualisation de la mode et des médias*, thèse de doctorat, Montréal, Département de communication, Université Concordia, 2009, p. 114

⁷⁷⁵ *Id.*, p. 116

⁷⁷⁶ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 76

⁷⁷⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 341, par. 35

⁷⁷⁸ Charte québécoise, art. 40

⁷⁷⁹ *Id.*, art. 4

l'interdiction de toute discrimination eu égard à l'exercice, par les élèves, du droit à l'instruction publique dans la dignité⁷⁸⁰.

Par souci de concision, nous ne chercherons pas à procéder à une analyse complète sous l'article 15 de la Charte canadienne, puis sous l'article 10 de la Charte québécoise et nous ne tenterons pas d'anticiper le raisonnement d'une Cour québécoise ou canadienne en matière de code vestimentaire discriminatoire. Au lieu de cela, nous tenterons d'analyser plusieurs éléments qui pourraient être pertinents pour consolider la reconnaissance de l'aspect discriminatoire de la distinction faite par ces codes, mais eu égard à la violence normative des codes vestimentaires.

Selon la *Loi sur l'instruction publique*, tombe sous la définition de la violence toute manifestation de force, de forme verbale, écrite, physique, psychologique ou sexuelle, exercée contre une personne, ayant pour effet d'engendrer des sentiments de détresse, de la léser, de la blesser ou de l'opprimer en s'attaquant à son intégrité ou à son bien-être psychologique ou physique, à ses droits ou à ses biens⁷⁸¹. Chaque conseil d'établissement a pour tâche d'élaborer un plan de lutte contre la violence et l'intimidation et ce dernier doit comprendre des mesures de prévention visant à contrer la violence motivée notamment par le racisme, l'orientation et l'identité sexuelle, un handicap ou une caractéristique physique⁷⁸². Cette liste n'est pas exhaustive et on peut donc l'interpréter comme visant à protéger toute caractéristique protégée sous les chartes canadienne et québécoise. De plus, c'est le rôle de tous les membres du personnel de collaborer à la mise en œuvre de ce plan afin que les élèves ne soient pas victimes de violence⁷⁸³. De façon plus générale, le centre de services scolaires doit s'assurer que chaque établissement scolaire offre un milieu d'apprentissage sain et sécuritaire afin que chaque élève puisse y développer son plein potentiel, à l'abri de la violence⁷⁸⁴. Malgré ces protections contre la violence dans les murs de l'école, qui est manifestement prise au sérieux par les autorités scolaires, aucune mesure structurelle n'est prise pour aborder la violence normative des codes vestimentaires. Celle-ci se manifeste sous plusieurs formes.

4.3.2.1. Codes vestimentaires : entre protection et punition des corps féminins

Le caractère formateur des écoles et de la discipline qu'elles emploient est fondamental dans l'analyse de la violence des codes vestimentaires. L'école construit et déconstruit les enfants

⁷⁸⁰ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, dossier n° 500-09-001750-918, 14, 15 et 16 mars 1994, RJQ, en ligne : < [Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec](#) >

⁷⁸¹ *Loi sur l'instruction publique*, préc., note 665, art. 13 (2)

⁷⁸² *Id.*, art. 75.1 (2)

⁷⁸³ *Id.*, art. 75.3

⁷⁸⁴ *Id.*, art. 210.1

jusqu'à en faire des citoyens dociles et obéissants⁷⁸⁵. Elle façonne la manière dont les élèves distingueront l'acceptable de l'inacceptable, le professionnel du non professionnel et le permis de l'interdit. C'est aussi un environnement propice à instaurer et normaliser une hiérarchie des corps, établissant quels seront les corps qui auront de la valeur et qui seront privilégiés par rapport aux autres⁷⁸⁶.

Sachant que l'école a longtemps été administrée par l'Église catholique au Québec, il nous semble pertinent de lier ce constat au fait que le pouvoir de régulation de l'habillement, la chasteté, la sexualité et la virginité des femmes a longtemps résidé dans les mains de la religion⁷⁸⁷. En retournant à l'arrêt américain *Peltier v. Charter Day School Inc.*, il ne semble pas hasardeux que le fondateur de l'école parle des filles en termes de « *fragile vessel that men are supposed to take care of and honor* »⁷⁸⁸ lorsqu'il cherche à défendre le code vestimentaire de l'école. Dans la Bible, on demande aux époux d'honorer leurs femmes en tant que « *weaker vessel* »⁷⁸⁹. Réitérer ces propos matérialise l'idée d'une femme fragile qui doit être protégée. On s'attend donc des filles à l'école, que ce soit aux États-Unis comme dans l'arrêt *Peltier*, au Québec à cause de l'héritage catholique ou ailleurs à cause de la prévalence du modèle hétéronormatif blanc répandu à travers le monde⁷⁹⁰, qu'elles témoignent des mêmes habitus de piété, de pureté, de soumission et de domesticité qui sont attendues de toutes les femmes⁷⁹¹. On remarque que même si plusieurs sociétés comme le Québec se sont émancipées de la religion, les relations contemporaines de pouvoir dépendent encore du maintien de certaines notions de masculinité et de féminité⁷⁹².

Au Québec, le début des années 2000 a connu une augmentation de ce qu'on appelle l'hypersexualisation des filles⁷⁹³, qui s'est d'abord manifestée sous forme de préoccupation face à la sexualité précoce des filles, puis de mise en garde face à la déviance que cette hypersexualité peut engendrer⁷⁹⁴. Suite à la libéralisation des sexualités dans les années 1990, engendrant une liberté individuelle et une permissivité dans les choix sexuels toujours plus accrues⁷⁹⁵, tenter de faire revenir ou faire perdurer le contrôle du corps des femmes et des filles revient à s'accrocher

⁷⁸⁵ M. FOUCAULT, préc., note 556, p. 185

⁷⁸⁶ Barbara L. FREDRICKSON et TOMI-ANN ROBERTS, « Objectification Theory: Toward Understanding Women's Lived Experiences and Mental Health Risks » (1997) 21-2 *Psychology of Women Quarterly* 173, p. 178

⁷⁸⁷ Hilary CHARLESWORTH, « Women and international law », (1994) 9 *Australian feminist studies* 115, p. 125

⁷⁸⁸ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc*, préc., note 22, p.10

⁷⁸⁹ BIBLE, 1 *Pierre* 3:7, en ligne: <<https://www.biblegateway.com/passage/?search=1%20Pierre%203%3A1-7&version=LSG;NIV>>

⁷⁹⁰ K. MARRINAN, préc., note 640

⁷⁹¹ P. HILL COLLINS, préc., note 534

⁷⁹² H. CHARLESWORTH, préc., note 787, p. 125

⁷⁹³ R. MOISAN-PAQUET, préc., note 756, p. 1

⁷⁹⁴ *Id.*

⁷⁹⁵ Monique SELIM, « Des régimes de droits sexuels entre fragmentation identitariste et normes globales », (2019) 74-1 *Multitudes* 108, p. 111

aux lambeaux d'un ordre symbolique qui garantissait autrefois une forme d'autorité issue d'arguments biopolitiques sexués⁷⁹⁶. Alors que les modèles sociaux traditionnels, telles la binarité du genre, la subordination des femmes, la présence des femmes au foyer, éclatent et les différenciations sexuelles et de genre d'origine culturelle s'effritent⁷⁹⁷, on se retrouve à une époque où l'école tergiverse constamment entre l'impératif de protéger les filles de l'hypersexualisation et les rapprocher d'une féminité soumise et pieuse, et les punir d'une sexualité considérée problématique afin de ne pas troubler l'apprentissage de leurs pairs. Les codes vestimentaires sont un outil de contrôle de cette sexualité ambivalente.

L'école étant obligatoire jusqu'à 16 ans, les codes vestimentaires, les punitions qui y sont attachées et les messages verbaux et physiques des membres de l'établissement scolaire sont internalisés, ce qui rend les modalités de la discipline pratiquée sur le corps des filles efficaces⁷⁹⁸, car elles sont naturalisées. Ainsi, les codes vestimentaires scolaires existent en toute conformité avec les normes vestimentaires qui existent dans l'espace public, chacun légitimant le maintien de l'autre⁷⁹⁹. Les codes vestimentaires suivent un modèle essentiellement juridique, centré sur l'énoncé de la loi et ses interdits, car tous les modes de domination et de soumission traduisent l'idée d'obéissance⁸⁰⁰. C'est pour cette raison que l'assujettissement aux codes vestimentaires et à leurs sanctions paraît normal et raisonnable⁸⁰¹, même en dehors de l'école.

4.3.2.2. La violence des codes vestimentaires dans l'espace public

Dans l'espace public, les codes vestimentaires peuvent légitimer certaines pratiques allant du regard désapprouvateur à l'agression sexuelle, passant par le harcèlement de rue⁸⁰². L'exposition « *What were you wearing*⁸⁰³ », présentée aux Nations Unies entre 2021 et 2022 et organisée par le Spotlight initiative, un mouvement onusien dont l'objectif est d'éradiquer la violence contre les femmes et les filles⁸⁰⁴, met en lumière les vêtements portés par des victimes d'agression sexuelle le jour de leur agression afin de réfuter la normalisation du lien entre vêtements et violence sexuelle. L'école est un sous-système social qui reflète à plus petite échelle, mais également renforce, certaines pratiques culturelles qui existent dans notre société. Selon nous, la démonisation de la mini-jupe et

⁷⁹⁶ *Id.*

⁷⁹⁷ J-F GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 589, p.36

⁷⁹⁸ M. FOUCAULT, préc., note 556, p. 175

⁷⁹⁹ Rouhollah AGHASALEH, « Oppressive Curriculum: Sexist, Racist, Classist, and Homophobic Practice of Dress Codes in Schooling », (2018) 22-4 *Journal of African American Studies* 95, pp. 95,96 et 103

⁸⁰⁰ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité. La volonté de savoir*, vol. I, Paris, Gallimard, 1978, p. 113

⁸⁰¹ R. AGHASALEH, préc., note 799, p. 98

⁸⁰² Shawn E. FIELDS, « Institutionalizing Consent Myths in Grade School », (2020) 73 *Campbell University School of Law* 173, p. 189

⁸⁰³ NATIONS UNIES, « *What Were You Wearing?* », UN Web TV (2022), en ligne : < <https://media.un.org/en/asset/k16/k16igyxy27> >

⁸⁰⁴ NATIONS UNIES, « The Spotlight Initiative to eliminate violence against women and girls », en ligne : < <https://www.un.org/en/spotlight-initiative/> >

la peur du hijab⁸⁰⁵ sont deux fins du même spectre portant sur un contrôle du corps des femmes qui passe par leurs vêtements. Peut-être qu'à une époque la religion était le principal vecteur normatif, imposant sa dichotomie entre les femmes modestes, décentes, respectueuses et les femmes immorales. Cependant, notre société continue de considérer la sexualité des femmes comme étant morale uniquement lorsqu'elle est sous contrôle. Les filles qui suscitent, même par inadvertance, du désir sont jugées sévèrement⁸⁰⁶.

En 2011, dans l'arrêt de la Cour du banc de la Reine du Manitoba *R v. Rhodes*⁸⁰⁷, Rhodes agresse sexuellement une jeune femme autochtone au Manitoba. Ces propos furent prononcés lors du jugement par la cour:

“ It must be acknowledged that the parties met in what can only be described as “inviting” circumstances. At 2:30 on a summer morning, two young women, one of which was dressed in a tube top without a bra and jeans and both of whom were made up and wore high heels in a parking lot outside a bar, made their intention publicly known that they wanted to party⁸⁰⁸ [...] the accused was led by circumstances to conclude that sex was in the air.”⁸⁰⁹

Le juge Dewar considéra également que le comportement et l'habillement des deux jeunes femmes étaient de la provocation et de la séduction et que le violeur était un Don Juan maladroit⁸¹⁰. Cette décision illustre comment on cherche à comprendre le violeur, à l'excuser, en déplaçant le blâme de lui et ses actions à la victime et ses vêtements. En reversant le fardeau de la responsabilité, qui repose à présent sur les femmes, on retrouve l'idée que les vêtements des filles justifient la violence qui est faite à leurs corps.

L'avocate Laura Schuler, parlant pour l'organisation féministe « March on Edmonton », plaide pour des codes vestimentaires qui ne créent pas deux poids deux mesures entre les filles et les garçons et pour des rédacteurs qui prennent en compte une société trop encline à sexualiser les filles et leur faire porter le blâme pour un harcèlement dont elles ne sont pas responsables⁸¹¹. Bannir les vêtements qui révèlent la peau parce qu'ils sont distrayants envoient le message aux filles que le regard des garçons est plus important que leur sentiment d'estime de soi et de valeur humaine et

⁸⁰⁵ Claire K. ALEXANDER, *The Motivations Behind Westerners' Obsession with the Islamic Veil*, article de recherche, Gettysburg, Département d'anthropologie, Gettysburg college, 2016, pp. 6 et 7

⁸⁰⁶ Sophie TORRENT, « Devenir « une belle jeune fille » : construction du genre dans les cours d'éducation sexuelle dispensés à des filles en situation de handicap », (2018) 18 *Genre, sexualité & société* 1, p. 2

⁸⁰⁷ *R v. Rhodes*, préc., note 9

⁸⁰⁸ *Id.*, p. 73-74

⁸⁰⁹ *Id.*, p. 47

⁸¹⁰ *Id.*, par. 77

⁸¹¹ Janet FRENCH, « 'Clothing itself isn't a distraction': Board urges Edmonton schools to rework dress codes », *Edmonton Journal*, 23 mai 2018 ; EDMONTON PUBLIC SCHOOL BOARD, *Minute Book. Board Meeting #12*, Edmonton, Edmonton School District n° 7, 2018, en ligne: < <https://www.epsb.ca/ourdistrict/board/archived/2017-18/may222018/> > 2:47:01 – 2:50:07

que leur apparence compte davantage que leurs accomplissements⁸¹². Lorsqu'on dit que le corps des jeunes filles est un problème, lorsque ce sont les seules qui sont suspendues et exclues, on crée des inégalités⁸¹³ et on sexualise un corps qui n'a pas lieu de l'être, surtout pas dans un milieu scolaire, et cela peut s'avérer très dommageable pour les filles⁸¹⁴. En plus de renforcer la binarité du genre, cette régulation des corps des filles leur fait comprendre que ce sont leurs corps qui sont inappropriés et qui méritent d'être régulés et punis⁸¹⁵. À l'école comme dans l'espace public, la notion subjective de sexy devient un fait objectif aux yeux des hommes, qui définissent également dans quel contexte ce sexy est permis ou pas⁸¹⁶. À l'école, les épaules, l'abdomen, le dos ou les cuisses deviennent des parties du corps objectivement sexuelles et réprimandées.

Jusqu'à présent, nous avons étudié la violence qu'occasionnent les codes vestimentaires sur les filles à l'école primaire et secondaire. Si on adoptait une analyse intersectionnelle de la discrimination vécue par les enfants à l'école, on constaterait que les enfants peuvent ne pas bénéficier d'une protection qui tienne compte de la complexité de leur identité⁸¹⁷. Par conséquent, les mêmes problématiques qui corrodent le traitement de la discrimination intersectionnelle devant les tribunaux peuvent se retrouver dans les écoles. Goli Rezai-Rashti, Professeure en sociologie de l'éducation à l'Université de Western Ontario, déplorait que les affaires de discrimination à l'école soient traitées sans étudier l'aspect systémique et relationnel des facteurs comme la race, le genre ou la classe sociale⁸¹⁸. L'égalité réelle doit prendre en considération le droit de chacun de voir ses différences reconnues, accommodées et protégées par le droit et par les politiques et pratiques sociales et institutionnelles⁸¹⁹, dans ce cas-ci dans les politiques et les pratiques scolaires⁸²⁰ comme les codes vestimentaires.

4.3.2.3. La violence intersectionnelle des codes vestimentaires

⁸¹² A. GRAY-TYGHTER, préc., note 755

⁸¹³ FÉDÉRATION DES JEUNES FRANCOPHONES DU NOUVEAU-BRUNSWICK ET REGROUPEMENT FÉMINISTE DU NOUVEAU BRUNSWICK, *Parlons Code Vestimentaire Inclusif Et Respectueux*, 2018, en ligne : <
https://www.fjfnb.nb.ca/_files/ugd/b42511_330afda1b99d4e819b8e65337b54107a.pdf >

⁸¹⁴ A. ANGERS et B. VACHET, préc., note 754

⁸¹⁵ GLSEN, *The 2015 National School Climate Survey. The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Queer Youth in Our Nation's Schools*, New York, Joseph G. KOSCIW, Emily A. GREYAK, Noreen M. GIGA, Christian VILLENAS, David J. DANISCHEWSKI, 2016, p. 39

⁸¹⁶ Duncan KENNEDY, « Sexual abuse, sexy dressing and the eroticization of domination », (1992) *New England Law Review* 1309, en ligne : <
<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Sexual%20Abuse,%20Sexy%20Dressing%20and%20the%20Eroticization%20of%20Domination.pdf>>, p. 1346

⁸¹⁷ Wanda CASSIDY et Margaret JACKSON, « The need for equality in education: An intersectionality examination of labeling and zero tolerance practices », (2005) 40-3 *McGill Journal of Education* 435, p.438

⁸¹⁸ Goli REZAI-RASHTI « Gender equity issues and minority students: connections of race, gender and social class », (1997) 28 *ORBIT: Ontario's magazine for schools*, p. 24

⁸¹⁹ WEST COAST WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, *Transforming women's future: A guide to equality rights, theory and action*, Vancouver, Melina Buckley, 2001, p. 42

⁸²⁰ W. CASSIDY et M. JACKSON, préc., note 817, p.439

Les vêtements détiennent un pouvoir de sceller le sort de personnes vulnérables du fait d'avoir historiquement été « l'autre »⁸²¹. Pour cette raison, les codes vestimentaires scolaires traduisent une histoire de colonialisme et de racisme. Par exemple, au Québec, l'interdiction de chapeau à l'intérieur de l'école remonte à l'époque où les peuples autochtones vivant sur le territoire du Québec furent colonisés par la présence française et le principe chrétien de retirer son chapeau à l'Église devint prévalent du fait de l'expansion de la religion⁸²². Les enfants autochtones dans les écoles résidentielles furent forcés de couper leurs cheveux et porter certains vêtements afin de les assimiler à la culture canadienne et au christianisme⁸²³.

Alors qu'interdire les casquettes parce que les enseignants arguent qu'ils doivent voir les yeux de leurs élèves est compréhensible, interdire certaines marques culturelles comme le bandana, le durag ou le foulard dans les classes, sachant qu'ils sont utilisés pour le style mais également pour protéger les cheveux afro⁸²⁴, brime le droit à l'expression de soi des personnes noires. Issus de la culture hip hop, le durag, le *hoodie*, le bandana et la casquette sont devenus des symboles de crime, de gangs et de violence⁸²⁵. Historiquement portés par des personnes noires, ils ont été exportés jusque dans les milieux non noirs⁸²⁶. Dans ce contexte cependant, seulement les corps noirs sont encore perçus comme un danger et les femmes noires souffrent doublement, à cause de leur genre et de leur race, de la punition d'être un corps déviant⁸²⁷. Un rapport du National Women's Law Center de 2018 a signalé, après avoir mené des entrevues individuelles avec des filles de 12 à 18 ans et avoir analysé les codes vestimentaires d'écoles à Washington D.C. aux États-Unis, qu'alors que les codes vestimentaires sont trop stricts et néfastes pour les étudiants, sans aucune raison valable, ce sont les filles noires en particulier qui sont injustement admonestées pour avoir violé ces règles⁸²⁸. Les écoles renforcent l'idée qu'être Noir.e est perturbateur pour l'environnement d'apprentissage et ne va pas de pair avec le succès académique⁸²⁹. Puisque la réussite académique est comprise à travers le prisme de valeurs des groupes dominants et que les personnes qui détiennent le pouvoir à l'école possèdent les caractéristiques de classe, de race, de genre et de

⁸²¹ R. AGHASALEH, préc., note 799, p. 106

⁸²² Ashley MOOR, « This Is Why It's Rude to Wear a Hat Indoors », *Bestlife*, 10 janvier 2019

⁸²³ RADIO CANADA, préc., note 753

⁸²⁴ A. GRAY-TYGHTER, préc., note 755

⁸²⁵ R. AGHASALEH, préc., note 799, p. 101

⁸²⁶ P. HILL COLLINS, préc., note 486, p. 85

⁸²⁷ R. AGHASALEH, préc., note 799, pp. 103-104

⁸²⁸ NATIONAL WOMEN'S LAW CENTER, *DRESS CODED. Black girls, bodies, and bias in D.C. schools*, Washington, Alexandra Brodsky, Nia Evans, Kayla Patrick, et al., 2018, en ligne: <https://nwc.org/wpcontent/uploads/2018/04/5.1web_Final_nwc_DressCodeReport.pdf>, p. 1

⁸²⁹ R. AGHASALEH, préc., note 799, p. 102

religion qui sont soutenues par cette structure, ils valorisent à leur tour les élèves qui adhèrent à ces valeurs⁸³⁰, ils décident qui sont les personnes civilisées et qui sont celles qui méritent du respect⁸³¹.

Le corps noir est policé à l'école, mais il est policé dans la rue, ce qui l'expose à une violence qui peut aller jusqu'à la mort⁸³². C'est l'intersection du *hoodie*, de la peau noire et de la classe ouvrière qui a occasionné la légitimation du meurtre du jeune Trayvon Martin⁸³³. Après son décès, le *hoodie* devint le sujet de l'enquête forensique⁸³⁴, plutôt que les motifs derrière cette acceptation de la violence envers les corps noirs. S'attarder sur le *hoodie* alors qu'une jeune personne noire est tuée par la police c'est la même chose que s'attarder sur les vêtements d'une femme qui est violée⁸³⁵.

En réaction à une image qui présentait un garçon et une fille vêtus d'habits empruntés au style hip hop et qui étaient interdits par une école dans un quartier majoritairement afro-américain des États-Unis⁸³⁶, le Professeur Rouhollah Aghasaleh de l'Université de Géorgie, basant ses recherches sur l'éducation, les études culturelles et le féminisme, argue que cette image envoie un message d'exclusion aux élèves noirs. Selon lui, les vêtements sont un construit social et ils ont la capacité de représenter l'ethnicité, la classe, la sexualité et le sentiment d'identité d'un élève, donc ce genre d'affiches signifie que seuls la culture et les vêtements blancs de classe moyenne sont privilégiés face à la culture et les vêtements d'élèves de couleur. Dans une institution publique, tous devraient recevoir un respect égal et toutes les cultures devraient être valorisées de façon égale. Il dit ceci pour conclure: *"How could we call for diversity and multiculturalism, and yet tell students to leave their cultural knapsack at the door?"*⁸³⁷ [...] *As an educator, I understand that our school system rarely does better than our law enforcement system when it comes to bodies*⁸³⁸.

4.3.3. L'appréhension des codes vestimentaires par le droit : prendre garde aux stéréotypes pour protéger la dignité des filles

La relation entre le droit et les codes vestimentaires, comme nous l'avons démontré, n'est pas des plus évidente. Face à l'absence de norme juridique explicite en la matière, en l'absence de jurisprudence, il est impossible de prévoir avec certitude comment les juges réagiraient par rapport

⁸³⁰ Gabrielle RICHARD, « Perspectives théoriques pour une définition des études sur le genre, les sexualités et les normativités » (2018) 3-1 *Revue Jeunes et société* 4, p. 7

⁸³¹ Elahe SOHBAT, *The Social Construction of Behaviour Problems in Schools: Contextualizing. Aggressive Youth and Aggressive Labels*, thèse de doctorat, Berkley, Faculté d'éducation, Université Simon Fraser, 2003, p. 69

⁸³² R. AGHASALEH, préc., note 799, p. 100

⁸³³ *Id.*, p. 103.

⁸³⁴ *Id.*, p. 99

⁸³⁵ *Id.*

⁸³⁶ *Id.*, p. 100

⁸³⁷ *Id.*, p. 102

⁸³⁸ *Id.*, p.99

à un litige où il serait question de codes vestimentaires discriminatoires. Il est tout de même possible d'énoncer quelques mises en garde.

L'école n'est pas contrainte par le même cadre rigide que les institutions législatives et judiciaires. Il n'y a pas de débats comme il y aurait des débats parlementaires, il n'y a pas d'opposition. Or, les normes qui ne sont pas tenues par les mêmes garanties démocratiques car adoptées selon un processus informel, peuvent plus facilement tergiverser vers l'arbitraire⁸³⁹. Dans la souplesse du procédé d'adoption des codes vestimentaires, il est plus facile de s'inspirer de normes sociales et d'emprunter à l'évidence. Il est toutefois dangereux de se rabattre sur les termes comme « modeste », « décent », « neutre » ou « raisonnable » et d'en tirer une conclusion normative simplement parce que cela paraît évident⁸⁴⁰ ou parce que ça a toujours été le cas. Les rédacteurs des codes, mais également les enseignants qui les appliquent, sont tenus à une moindre responsabilité que le seraient un législateur ou un juge, donc lorsqu'ils légitiment les normes vestimentaires en se fondant sur ces évidences historiques, il est plus difficile de les contester, car il est plus difficile de percevoir leur violence.

Ces évidences historiques peuvent être ancrées dans des stéréotypes, qui agissent à la fois comme motivation et comme justification publique du traitement différentiel discriminatoire, pouvant dans certains cas, comme celui des codes vestimentaires, fournir une rationalisation pratique pour un traitement qui était en fait motivé par un préjugé.⁸⁴¹

4.3.3.1. Les stéréotypes inhibant le droit à l'éducation des filles

Selon nous, les stéréotypes occupent une place importante dans la discrimination occasionnée par les codes vestimentaires et, grâce à l'évolution et l'état actuel du droit à la non-discrimination canadien et québécois, ils pourraient être reconnus sans alourdir le fardeau de preuve des requérantes tentant de faire admettre le caractère discriminatoire des codes vestimentaires.

L'idée que déceler les stéréotypes de genre ou de race est essentiel à la compréhension de situations de discrimination fondée sur le genre, tels les codes vestimentaires scolaires, nous vient d'abord de la CEDEF, puis de l'arrêt américain *Peltier v. Charter Day School* de 2022.

La CEDEF aborde l'influence que les stéréotypes peuvent avoir sur les droits des femmes de façon générale, mais aussi au niveau de l'éducation. D'abord, son article 5 mentionne explicitement les

⁸³⁹ Mary J. MATSUDA, préc., note 595, p. 2325

⁸⁴⁰ J-F GAUDREAU-DESBIEENS, préc., note 621, p. 25

⁸⁴¹ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 35

modèles sociaux, stéréotypes, coutumes et traditions qui empêchent de reconnaître les femmes comme étant une personne digne, égale, autonome et qui les empêchent de vivre une vie remplie selon leurs convictions⁸⁴². De surcroît, l'article 10 de la CEDEF dispose qu'il incombe aux États de prendre toutes les mesures appropriées afin d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes en matière d'éducation, ce qui inclut l'élimination de conceptions stéréotypées des rôles des hommes et des femmes à tous les niveaux et sous toutes ses formes⁸⁴³. La *Recommandation générale n° 36 sur le droit des filles et des femmes à l'éducation* dispose que l'école renforce les stéréotypes sexistes et maintient les liens de domination et subordination au lieu de s'attaquer aux normes et pratiques discriminatoires enracinées⁸⁴⁴. Pour cette raison, le Comité recommande aux États de redoubler d'efforts et prendre des mesures qui serviront à éliminer les stéréotypes qui perpétuent des discriminations indirectes envers les filles⁸⁴⁵ et qui exposent les filles, particulièrement celles issues de minorités, à des violences dans leur établissement scolaire⁸⁴⁶. Il enjoint également aux États de porter attention aux formulations neutres⁸⁴⁷, car les stéréotypes font paraître les identités et les rôles genrés comme réels, universels, naturels et essentiels⁸⁴⁸.

De plus, un des éléments qui facilita le jugement de la Cour américaine en 2022 dans *Peltier v. Charter Day School* réside dans les propos du fondateur de l'école lorsqu'il mentionna la galanterie et la fragilité des filles comme justification de ce code vestimentaire. Les juges affirmèrent qu'il était difficile d'imaginer un exemple plus clair d'un raisonnement fondé sur des stéréotypes de genre inacceptables⁸⁴⁹.

Après notre analyse établissant un lien entre les vêtements et la violence dans l'espace public et dans les écoles, il semble que les pratiques québécoises et canadiennes en matière de vêtements sont fondées sur des stéréotypes de genre et de race. Sachant qu'au Canada, les présomptions stéréotypées liant agression sexuelle et vêtements ne peuvent servir de défense devant les tribunaux⁸⁵⁰, nous pensons que les présomptions stéréotypées en matière de codes vestimentaires

⁸⁴² M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71

⁸⁴³ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, préc., note 17, art. 10

⁸⁴⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 770, par. 16

⁸⁴⁵ *Id.*, par. 27

⁸⁴⁶ *Id.*, par. 46 a)

⁸⁴⁷ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, préc., note 103

⁸⁴⁸ M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, préc., note 71, p. 242

⁸⁴⁹ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, préc., note 22, p. 21

⁸⁵⁰ *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 SCR 330, par. 103 : En l'espèce, Ewanchuk invita une jeune fille de 17 ans à passer un entretien d'emploi dans sa camionnette et il lui fit plusieurs avances, qu'elle refusa à chaque fois. Toutefois, ayant peur, elle feint un air détendu et confortable. Les juges de première et de seconde instance prononcèrent l'innocence d'Ewanchuk, affirmant qu'il avait obtenu le consentement implicite de la fille. La Cour suprême accueillit l'appel du ministère public et déclara M. Ewanchuk coupable d'agression sexuelle, car la défense de consentement implicite n'existait pas en droit criminel canadien. Dans le paragraphe cité, la Cour se

scolaires devraient tomber, autant face au test de discrimination de la Charte canadienne, que de celui de la Charte québécoise.

À l'époque de l'arrêt *R. c. Kapp* de la Cour suprême en 2008, il fallait que les personnes requérantes prouvent que la distinction opérée par la mesure étatique créait un désavantage en perpétuant des préjugés ou l'application de stéréotypes pour qu'on reconnaisse une discrimination⁸⁵¹. Aujourd'hui, les préjugés et l'application de stéréotypes sociaux ne sont plus nécessairement des facteurs à prendre en compte dans l'analyse de l'atteinte à l'égalité du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne⁸⁵². L'arrêt *Fraser* de la Cour suprême a confirmé qu'il fallait se garder d'utiliser les préjugés et stéréotypes comme des barrières supplémentaires pour les demanderessees ayant subi de la discrimination⁸⁵³.

Au Québec, si une requérante arrivait à prouver l'atteinte à l'égalité dans le droit à l'instruction garanti par la Charte québécoise, il reviendrait à l'établissement scolaire de démontrer l'exactitude des généralisations faites sur les filles et les élèves de couleur dans la rédaction ou dans les effets des codes vestimentaires⁸⁵⁴. En effet, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*⁸⁵⁵ de la Cour suprême en 1982, un arrêt ayant servi à l'établissement du test de l'exigence professionnelle justifiée de l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*⁸⁵⁶ de la même cour, la question était de savoir si fixer la retraite de pompiers à 60 ans était discriminatoire sur le fondement de l'âge⁸⁵⁷. La Cour suprême reconnut qu'il y avait une discrimination *prima facie*, car il y avait un traitement différentiel dans le statut d'emploi de personnes et c'était lié à l'âge, mais cela pouvait être acceptable s'il s'agissait d'une exigence professionnelle réelle⁸⁵⁸. Le nœud du problème, la question en filigrane, était de savoir si l'utilisation de l'âge comme critère d'emploi faisait l'objet de stéréotypes, prenant pour acquis que les personnes plus âgées étaient moins compétentes⁸⁵⁹. La pertinence de la décision tient donc à ce qu'à ce stade, le plaignant n'eut pas à prouver que supposer que les pompiers de plus de 60 ans

prononça ainsi : *Le moyen de défense spécieux fondé sur le consentement tacite (consentement supposé par la loi), tel qu'il a été appliqué en l'espèce, repose sur la présomption voulant que, à moins qu'elle proteste ou résiste, une femme est «réputée» consentir. En Cour d'appel, l'idée selon laquelle les femmes qui ne s'habillent pas discrètement sont réputées consentir a également fait surface. De tels stéréotypes sont bien enracinés dans bon nombre de cultures, y compris la nôtre. Ils n'ont cependant plus leur place en droit canadien.*

⁸⁵¹ *R. c. Kapp*, préc., note 211, par. 17

⁸⁵² *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 78

⁸⁵³ *Id.*, citant *Québec c. A*, préc., note 298, para. 329

⁸⁵⁴ Denise RÉAUME, préc., note 409, p. 82

⁸⁵⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 RCS 202

⁸⁵⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 360, par. 57-63

⁸⁵⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, préc., note 855, p. 202

⁸⁵⁸ *Id.*, pp. 207 et 208

⁸⁵⁹ Denise RÉAUME, préc., note 409, p. 77

seraient moins aptes à travailler était un stéréotype⁸⁶⁰. Ce fut à la ville d'Etobicoke de démontrer qu'elle n'apposait aucun stéréotype sur les pompiers plus âgés en prouvant que ses généralisations sur ces derniers étaient exactes, ce qu'elle ne fut pas en mesure de faire⁸⁶¹.

Outre les stéréotypes, nous pensons que l'une des dimensions fondamentales de la compréhension des codes vestimentaires scolaires se trouve dans les répercussions qu'elles ont sur la dignité des filles.

4.3.3.2. Les codes vestimentaires brimant la dignité des filles

L'abandon du test de discrimination de la décision de la Cour suprême *Law* en 1999, cette-dernière liant égalité et dignité, nous emmène à nous tourner vers la Charte québécoise pour parler de l'atteinte à l'égalité qu'engendrent les codes vestimentaires discriminatoires des écoles primaires et secondaires. La dignité, contrairement à l'égalité de la façon dont elle est comprise par la Cour suprême, ne s'analyse pas forcément de manière comparative. En effet, la Cour suprême rappelle dans son arrêt *Fraser* de 2020 que l'égalité du paragraphe 15 (1) est un concept intrinsèquement comparatif qui intervient aux deux étapes de l'analyse de l'article 15⁸⁶². Au niveau de la distinction, il faut se demander si la partie demanderesse s'est vue refuser un avantage accordé à d'autres ou si elle s'est vue imposer un fardeau qui n'a pas été imposé à d'autres⁸⁶³. Au niveau de la discrimination, la comparaison permet de comprendre le contexte de la situation de la partie demanderesse dans la société et de déterminer si la mesure contestée perpétue un désavantage ou un stéréotype⁸⁶⁴.

Lorsqu'on réfute la défense selon laquelle les codes vestimentaires sont neutres au niveau du genre ou de la race et qu'ils s'appliquent à tous les élèves de la même façon, lorsqu'on démontre qu'ils entravent la participation des filles dans les mêmes conditions que les autres élèves, on émet une comparaison. Cependant, faire une analyse au niveau de la dignité est essentiel, car c'est un principe qui ne s'évalue pas de façon comparative⁸⁶⁵. La raison pour laquelle les codes vestimentaires créent de la discrimination n'est pas uniquement parce que les filles ont été traitées différemment selon les normes établies par les groupes dominants⁸⁶⁶; c'est parce que considérées en elles-mêmes, les

⁸⁶⁰ *Id.*

⁸⁶¹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, préc., note 855, p. 213

⁸⁶² *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 172

⁸⁶³ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 306, par. 62

⁸⁶⁴ *Id.*, par. 65

⁸⁶⁵ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 39

⁸⁶⁶ *Id.*

filles, particulièrement les filles noires, se voient nier un avantage d'une façon qui inhibe ou annihile leur autonomie à se définir, elles se voient nier un droit qui leur est inhérent⁸⁶⁷.

La CEDEF dispose que la discrimination viole l'égalité des droits et le respect de la dignité humaine⁸⁶⁸, mais ce n'est pas la seule convention internationale à avoir mis de l'avant l'importance de la dignité. En ratifiant le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* en 1976⁸⁶⁹, le Canada s'est engagé à respecter, inter alia, l'article 13 eu égard au droit à l'éducation. Cette disposition spécifie que l'éducation vise le plein épanouissement de la personnalité humaine, du sens de sa dignité et du respect des droits de la personne⁸⁷⁰. L'objectification des filles à l'école contribue à une structure qui contrôle, discipline et crée la division entre l'humain et le moindre humain, rendant certains corps vulnérables à la conquête, au harcèlement, à l'agression ou au meurtre⁸⁷¹. À l'école, certains vêtements sont plus enclins que d'autres à être perçus comme des représentations des corps objectifiés. C'est le cas notamment des vêtements des filles et des personnes de couleur⁸⁷², qui servent d'alibis à une mentalité et des préjugés raciaux, coloniaux et genrés⁸⁷³ et qui permettent un traitement discriminatoire qui inhibe la valeur intrinsèque à tous les humains⁸⁷⁴.

En 2022, à l'école catholique Béatrice-Desloges à Ottawa, des filles s'étaient senties anxieuses, inconfortables, humiliées et dégradées suite à une méthode de vérification de leurs vêtements exigeant qu'elles soient examinées par des hommes enseignants et qu'elles lèvent leurs jambes pour mesurer leurs vêtements, alors que les garçons ne furent pas interpellés⁸⁷⁵. Ces méthodes de surveillance des vêtements, l'examen minutieux auxquels sont soumis les corps féminins et les jugements sur l'apparence des filles font naître un sentiment de honte chez elles : « *adults are telling them [girls] that they should essentially be ashamed of their bodies and their sexuality*⁸⁷⁶ ». La honte est une émotion qui peut s'accompagner d'une dévalorisation de soi et d'un sentiment de n'avoir

⁸⁶⁷ *Id.*, pp. 39 et 40

⁸⁶⁸ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, préc., note 17, préambule par. 7

⁸⁶⁹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Ratification of 18 International Human Rights Treaties*, en ligne : <
<https://indicators.ohchr.org/> >

⁸⁷⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 30, art. 13

⁸⁷¹ R. AGHASALEH, préc., note 799, p. 99

⁸⁷² *Id.*

⁸⁷³ *Id.*; Ann Anlin CHENG, *Second Skin. Josephine Baker & the Modern Surface*, Oxford, Oxford University Press, 2010

⁸⁷⁴ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 406, par. 101

⁸⁷⁵ Angie BONENFANT, « Des élèves d'Ottawa dénoncent une application « humiliante » du code vestimentaire », *Radio Canada*, 13 mai 2022

⁸⁷⁶ Rebecca RABY, « Polite, Well-dressed and on Time: Secondary School Conduct Codes and the Production of Docile Citizens », (2005) 42-1 *Revue canadienne de sociologie* 72, p.83

aucun pouvoir sur son corps. Elle régule ainsi le comportement, en plus de normaliser les standards sociétaux⁸⁷⁷ et de servir de mécanisme d'auto-discipline.

Les élèves étant encore à un âge fragile où ils cherchent à trouver qui ils sont et où ils peuvent facilement internaliser des sentiments négatifs par rapport à leur corps à cause de la violence qui leur est faite, favoriser leur estime de soi et leur épanouissement devrait être une priorité pour les écoles. Respecter leur dignité renforcerait leur sentiment d'identité. Ils auraient un plus grand sentiment de sécurité et de certitude quant à leur place à l'école, mais également dans le monde⁸⁷⁸. Alors que la race, l'origine ethnique ou nationale, la couleur, la religion ou le genre sont des aspects de la personnalité qui ont historiquement été utilisés afin de reléguer les personnes à un rang de valeur inférieure, ils demeurent des éléments de soi censés être revendiqués avec fierté⁸⁷⁹.

Selon la coordinatrice du CALACS à Ottawa, dans les écoles où les codes vestimentaires ont été changés, écoutant les doléances des élèves, les habillements n'ont pas connus de changements drastiques, mais la culture de l'école a évolué⁸⁸⁰. En effet, les codes vestimentaires font partie d'un curriculum qui est enseigné aux élèves, donc changer la culture présentement instaurée dans les écoles est apodictique⁸⁸¹, car les valeurs et la perspective dominantes sont transmises dans le cadre de la culture scolaire et les codes vestimentaires qui en résultent peuvent passer à côté de l'importance d'un rapport d'égalité qui prend en considération les variantes culturelles qui diffèrent du dogme culturel euro-centrique⁸⁸².

Selon nous, la résistance qui existe face au changement de cette culture du code vestimentaire et la résistance qui existe du côté de l'État de se saisir de la problématique des codes vestimentaires scolaires résultent de l'adéquation entre les normes vestimentaires et les normes juridiques, ces dernières puisant de la même culture et de la même compréhension des relations socioculturelles.

4.4. L'inaction du droit expliquée par l'adéquation aux mêmes normes que les codes vestimentaires

Foucault était d'avis que la discipline instaurée dans les écoles agissait dans les espaces dont l'État ne s'était pas saisi à cause de l'indifférence du droit⁸⁸³. Il nous semble cependant que ce n'est pas une question d'indifférence ou d'incurie, mais plutôt de permissivité et d'adéquation. L'État ne

⁸⁷⁷ B. L. FREDRICKSON et T-A ROBERTS, préc., note 786, p. 181-182

⁸⁷⁸ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 145

⁸⁷⁹ *Id.* p. 149

⁸⁸⁰ A. ANGERS et B. VACHET, préc., note 754

⁸⁸¹ *Id.*

⁸⁸² A. GRAY-TYGHTER, préc., note 755

⁸⁸³ M. FOUCAULT, préc., note 556, p. 180

s'est pas saisi de la question des codes vestimentaires à l'école parce que ce sont des normes qui abondent dans le même sens que les normes sur lequel le droit est fondé.

Au Québec, l'État n'est pas étranger au contrôle de ce qui peut être porté ou non par les femmes, notamment en matière de signes religieux avec la *Loi sur la laïcité de l'État*. La différence entre le port du hijab des femmes musulmanes et les codes vestimentaires sexistes des écoles primaires et secondaires au Québec est que le port du hijab repose sur une norme culturelle qui semble incommensurable avec la norme culturelle québécoise, cette dernière paraissant antagoniser le port du hijab au nom de l'égalité des genres⁸⁸⁴. Toutefois, restreindre les vêtements des filles à l'école repose sur une culture et une histoire avec lesquelles le Québec n'a pas entièrement divorcé. Comme nous l'avons mentionné plus tôt, jusqu'à très récemment, l'Église catholique était chargée de l'enseignement dans les écoles québécoises. Au milieu du XIX siècle au Québec, l'éducation catholique qualifiait de nudités indécentes celles qui dévoilaient une épaule, révélait un décolleté ou une jambe à nue, allumant ainsi des passions et des regards qui traduisaient des intentions d'agression. Les filles ne pouvaient être innocentes si elles s'exposaient de la sorte, car elles éveillaient des désirs coupables chez les garçons⁸⁸⁵. Le Québec peine à reconnaître que sa culture n'est pas neutre et peut illustrer un traditionalisme et une oppression qui se matérialisent par les codes vestimentaires.

Aujourd'hui, on semble retrouver l'influence catholique dans les codes vestimentaires, qui sexualisent et blâment les filles de la même manière que le faisait l'Église il y a des années. De même, comme nous l'avons vu avec l'arrêt *R v. Rhodes* de 2011, les vêtements des femmes continuent d'être mentionnés dans les procès liés aux violences sexuelles comme éléments contextuels. Il semble y avoir des similitudes entre l'origine historique des codes vestimentaires, les lois et décisions judiciaires québécoises en matière de vêtements des femmes, car toutes ces normes découlent d'un passé chrétien blâmant les femmes pour la violence dont elles sont victimes à cause de leurs vêtements. Ces similitudes pourraient expliquer l'adéquation entre le législateur québécois et les établissements scolaires ou du moins la tolérance de la problématique des codes vestimentaires discriminatoires par le législateur. Cela explique également comment, dans une situation de pluralisme juridique, les codes vestimentaires et les normes juridiques créent une hégémonie de violence normative sur les filles et les femmes. En effet, à l'école, les filles sont soumises à des mesures de discipline liées à leur choix de vêtements qui s'apparentent à la pénalité de droit criminel, sans toutefois présenter les mêmes conséquences juridiques. En dehors des murs

⁸⁸⁴ *Loi sur la laïcité de l'État*, préc., note 1

⁸⁸⁵ L'Abbé REYRE, *L'École des Jeunes Demoiselles, ou Lettre d'une mère vertueuse à sa fille, avec la réponse de la fille à sa mère*, Paris, Chez Boisse, 1825, p. 16.

de l'école, les vêtements qu'elles portent demeurent pertinents à la façon dont elles seront traitées et à la valeur de leur défense si elles sont victimes d'agression.

En 2020, alors que plusieurs collégiennes et lycéennes françaises protestaient les codes vestimentaires sexistes dans leurs écoles, en dénonçant sur les réseaux sociaux certains agissements et certaines politiques discriminatoires, le législateur français arborait le même silence face à cet enjeu que le législateur québécois. La seule fois qu'il se saisit de la problématique des codes vestimentaires à l'école fut en 2004 avec la *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*⁸⁸⁶. Cette loi interdit le port de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics, ce qui fut retranscrit dans le Code de l'éducation⁸⁸⁷.

Dans l'arrêt américain *Peltier v. Charter Day School* de 2022, les juges ont conclu leur raisonnement en affirmant que rien n'empêchait aux écoles publiques d'enseigner des valeurs universelles de respect et de gentillesse⁸⁸⁸. Au Québec, les enseignants ont le devoir de prendre les moyens appropriés pour enseigner à leurs élèves le respect des droits de la personne⁸⁸⁹. De plus, les enseignements de l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême du Canada en 2020 nous rappellent qu'alors même que le gouvernement n'est pas à l'origine des inégalités, notamment des inégalités de genre, de race, d'identité de genre ou de classe, il lui revient de s'assurer de l'égal bénéfice de la loi⁸⁹⁰. Cela veut dire que si les juges peuvent trancher sur l'enjeu des codes vestimentaires afin de protéger les droits et libertés des élèves, ça n'empêche pas que le gouvernement puisse intervenir en amont afin d'aborder la problématique, s'assurer de l'égal bénéfice des services scolaires par tous les élèves et éviter qu'un litige ne se rende devant les tribunaux. Toutefois, l'école étant son propre espace social et juridique, il peut être souhaitable d'arriver à un terrain d'entente qui n'implique aucune action formellement juridique.

4.5. Neutraliser les codes vestimentaires : pistes de solution sur mesure

Au Canada, l'égalité formelle et l'égalité matérielle sont reconnues depuis des années⁸⁹¹. On peut cependant aller plus loin et chercher l'égalité transformative dont fait mention la CEDEF⁸⁹² dans le contexte scolaire afin de neutraliser la violence des codes vestimentaires. Pour ce faire, il faudrait

⁸⁸⁶ *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, J.O. 17 mars 2004, p. 5190

⁸⁸⁷ Art.L.141-5-1 du Code de l'Éducation

⁸⁸⁸ *Peltier v. Charter Day Sch., Inc.*, préc., note 22, p. 34

⁸⁸⁹ *Loi sur l'instruction publique*, préc., note 665, art. 22 (3)

⁸⁹⁰ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 136

⁸⁹¹ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 100

⁸⁹² S. CUSACK et L. PUSEY, préc., note 73, p.10

la transformation des écoles, donc la transformation de la culture discriminatoire dont elle s'inspire et qui ne tient compte que de la réalité masculine, blanche, cisgenre et de classe moyenne. Ensuite, il faudrait la transformation des codes vestimentaires, qui sont la manifestation normative de cette culture.

L'avantage d'appréhender l'école comme institution disciplinaire comme le faisait Foucault c'est que, contrairement au droit où cela serait plus complexe du fait de la lourdeur et de la rigidité des procédés juridiques, les élèves peuvent manier un certain pouvoir de contestation dans leur établissement scolaire. Les élèves peuvent décider de s'associer, de refuser les codes, de passer outre les sanctions disciplinaires et donc de rompre avec les modalités de la discipline. L'école étant obligatoire, ils peuvent mettre de la pression sur les autorités, dénoncer et protester de manière spontanée, sans s'exposer aux mêmes conséquences qu'un travailleur ou une femme livrée au harcèlement de rue. Si l'habillement a la capacité de renforcer les arrangements de pouvoir existant, cela veut dire qu'il a également le pouvoir de les contester⁸⁹³.

4.5.1. Négociation centrée autour des élèves

Si les enseignants sont responsables d'inciter les élèves à favoriser un environnement scolaire sécuritaire et inclusif⁸⁹⁴, cela peut passer par l'invitation aux élèves à participer à l'élaboration des codes et des règles de conduite⁸⁹⁵.

En janvier 2023, le Conseil des écoles catholiques du Centre-Est (CECCE) a envoyé une lettre aux parents et tuteurs afin de les informer de l'adoption d'un code vestimentaire inclusif et non genré. Cette annonce arrive après des consultations débutant en 2021 avec plusieurs parties prenantes, dont le sommet des élèves, le réseau des élèves, les groupes d'élèves des écoles, des travailleuses sociales, des directions d'écoles, des syndicats, des conseils d'écoles (parents), des conseillers scolaires, du personnel scolaire et le centre de la diversité des genres et de la sexualité. Le CECCE se targue de son approche qui s'inscrit dans l'apprentissage continu des réalités et des valeurs fondamentales des jeunes, dans l'ouverture d'esprit à un paysage socioculturel changeant et dans la discussion autour de questions sensibles sur la race, le genre, l'orientation sexuelle, les agressions, le privilège et la discrimination⁸⁹⁶.

⁸⁹³ Wendy PARKINS, *Fashioning the Body Politic: Dress, Gender, Citizenship*, New York, Bloomsbury, 2002, p.4.

⁸⁹⁴ W. CASSIDY et M. JACKSON, préc., note 817, p. 440

⁸⁹⁵ *Id.*

⁸⁹⁶ ÉCOLE ÉLÉMENTAIRE SAINT-GUILLAUME, « NOUVEAU CODE VESTIMENTAIRE - EN VIGUEUR LE 9 JANVIER 2023 », *Conseil des écoles catholiques du Centre-Est*, 2022, en ligne : < https://saint-guillaume.ecolecatholique.ca/fr/Des-Nouvelles_157/Nouveau-Code-Vestimentaire--En-Vigueur-Le-9-Janvier-2023_259 >

Il reste à voir si ces consultations sont légitimes et ne sont pas simplement des formalités. En effet, en 2021, le vice-président de la Fédération de la jeunesse franco-ontarienne et élève d'un collège qui relève du CECCE, affirmait que les élèves n'étaient consultés qu'une fois et que leurs paroles ne pesaient que très peu dans la balance par rapport aux parents et aux membres du personnel⁸⁹⁷. Il est nécessaire que les élèves, particulièrement ceux appartenant à des minorités et des groupes historiquement marginalisés, participent dans l'élaboration de ces politiques vestimentaires et soient guidés par des organisations militant pour l'égalité et luttant contre la violence⁸⁹⁸.

4.5.2. Uniformité de codes vestimentaires respectueux des droits de la personne

Avoir un code vestimentaire par école au Québec pourrait être un élément positif si cela voulait dire qu'il prenait en considération les particularités de la population estudiantine à laquelle il s'adresse. Cependant, l'uniformité d'une politique vestimentaire, au moins par centre de services scolaires, pourrait être plus souhaitable, surtout si cette politique était traitée comme une loi, donc érigée avec les mêmes garanties démocratiques et la même transparence.

La procédure administrative 355 sur les codes vestimentaires du Centre scolaire du district d'Avon Maitland District en Ontario⁸⁹⁹ est un exemple très pertinent à ce sujet. En rendant public son code vestimentaire, mais surtout en inscrivant les normes juridiques qui ont servi de référence et d'encadrement à sa rédaction, tels que la *Loi sur l'éducation*, le *Code de conduite de l'Ontario pour le secteur de l'éducation*, le *Code des droits de la personne de l'Ontario* et la Charte canadienne⁹⁰⁰, ce centre scolaire crée une responsabilité de la part des personnes qui rédigeront et appliqueront le code. Elles devront s'assurer de la compatibilité du code vestimentaire à ces normes juridiques. La procédure administrative dispose que la philosophie du district est de garantir un environnement sécuritaire, inclusif et équitable. Ainsi, les codes vestimentaires ne doivent pas renforcer les stéréotypes et doivent permettre aux élèves d'exercer leur droit d'apprendre dans un environnement libre de discrimination où ils peuvent exprimer leur individualité⁹⁰¹. Plusieurs normes vestimentaires adoptées par différents districts scolaires à travers le Canada semblent refléter ce souci d'égalité, d'inclusion et de célébration de la diversité⁹⁰².

⁸⁹⁷ A. ANGERS et B. VACHET, préc., note 754

⁸⁹⁸ D. LEBLANC, préc., note 757

⁸⁹⁹ AVON MAITLAND DISTRICT SCHOOL BOARD, *Administrative Procedure 355: Student Dress Code*, Seaforth, 2022, en ligne : https://www.amdsb.ca/apps/pages/index.jsp?uREC_ID=1088879&type=d&pREC_ID=1380560 >

⁹⁰⁰ *Id.*

⁹⁰¹ *Id.*

⁹⁰² *Id.*

Ces exemples paraissent aborder et corriger les critiques exposées dans notre analyse. Plutôt que de les restreindre, ils accordent ou reconnaissent des droits aux élèves. De plus, ces codes peuvent servir d'exemple et de moyens de pression pour des élèves cherchant à illustrer que le changement de codes vestimentaires peut être mené à terme avec succès et satisfaction.

Au Canada, l'éducation des enfants est considérée l'un des piliers de l'action gouvernementale⁹⁰³. En adoptant des codes vestimentaires scolaires inclusifs et respectueux de favoriser la dignité, l'égalité et la liberté d'expression des élèves, on reconnaît que l'école n'est pas seulement un lieu où se transmet la connaissance; c'est un lieu qui offre l'espoir de créer un monde meilleur, un monde juste et équitable⁹⁰⁴. C'est un lieu où on peut développer sa compétence culturelle, soit la compréhension, l'appréciation et l'interaction respectueuse avec des personnes d'autres cultures ou systèmes de croyance que les siens⁹⁰⁵. Le Comité de la CEDEF mentionne qu'afin d'atteindre des changements de culture – dans notre cas de la culture vestimentaire reposant sur le blâme et la subordination de certains corps – l'implication des enseignants, mais également des médias, est nécessaire car ils ont le pouvoir de favoriser un environnement propice à l'égalité de genres⁹⁰⁶. Semer l'égalité des genres et l'égalité raciale depuis l'école serait une des façons de répondre à la préoccupation du Comité de la CEDEF, qui demande aux États qu'ils prennent les mesures nécessaires pour garantir que les femmes soient sur la même ligne de départ que les hommes⁹⁰⁷.

-
- *All students should be able to dress for school without fear of unnecessary discipline, body shaming, bias or discrimination;*
 - *Individuals are responsible for managing their own personal biases and perspectives/opinions (distractions) related to others' choices of clothing;*
 - *Students have a right to wear clothing of their choice that expresses their self-identified gender;*
 - *Students have a right to wear religious attire without fear of discipline or discrimination;*
 - *Student dress code enforcement must not result in unnecessary barriers to school attendance ;*

HAMILTON-WENTWORTH DISTRICT SCHOOL BOARD, *Student Dress Code Guidelines and Next Steps*, Hamilton, 2021, en ligne : <<https://www.hwdsb.on.ca/blog/student-dress-code-guidelines-and-next-steps/>> :

- *Students have the right to express themselves, feel comfortable in what they wear, and have the freedom to make dress choices (e.g., clothing, hairstyle, makeup, jewelry, fashion, style, culture, etc.). Students have the responsibility to respect the rights of others, and support a positive, safe, and shared environment ;*

TORONTO DISTRICT SCHOOL BOARD, *Student Dress Policy - Questions and Answers*, Toronto, en ligne : <<https://www.tdsb.on.ca/Elementary-School/Beyond-the-Classroom/Student-Dress/Questions-and-Answers>> :

- *May wear tops that expose arms, shoulders, stomachs, midriff, neck lines, cleavage, and straps;*
- *May wear bottoms that expose legs, thighs and hips and expose underwear bands;*
- *May wear any headwear or head covering that does not obscure the face including but not limited to, ball caps, head scarves, hoodies, toques, etc.;*
- *Notwithstanding the above, students may wear dress or headwear requirements to support religious/creed accommodations and similar human rights accommodations;*
- *Cannot wear underwear as outerwear, excluding sports bras which are athletic wear;*

Fiona COLLIENNE, « Le plus grand conseil scolaire d'Ottawa change le code vestimentaire de toutes ses écoles », *Radio Canada*, 9 juin 2022 :

- *Tous les élèves ont le droit de s'exprimer à travers leurs vêtements sans crainte d'humiliation, de préjugé ou de discrimination.*

⁹⁰³ Alan SEARS & Andrew S. HUGHES, « Citizenship education and current educational reform », (1996) 21-2 *Canadian Journal of Education* 123, p. 123

⁹⁰⁴ W. CASSIDY et M. JACKSON, préc., note 817, p.435

⁹⁰⁵ Tori DEANGELIS, « In search of cultural competence », (2015) 46-3 *American Psychology Association* 64, p. 64

⁹⁰⁶ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, préc., note 106

⁹⁰⁷ S. CUSACK et L. PUSEY, préc., note 73, p. 11

Si on favorise le respect des droits des filles, elles ont certainement davantage de chance d'atteindre une égalité de résultat, donc d'être habilitées à réussir, notamment dans leur milieu de travail. Pour ce faire, il faut cependant que cet environnement soit prompt à enlever les obstacles sur leur chemin⁹⁰⁸. Après tout, la Charte canadienne et les chartes provinciales protègent tous les citoyens canadiens, incluant les enfants. Il faut que les garanties des chartes soient appliquées dans le meilleur intérêt des enfants et leur permettent de devenir des citoyens autonomes et confiants⁹⁰⁹.

Ainsi, avec l'arrivée d'une nouvelle génération dans le milieu du travail, on peut espérer que les changements initiés à l'école soient bien accueillis ou du moins initient des conversations, orientent les débats et influencent les mentalités. En effet, une des difficultés auxquelles sont confrontées les femmes sur le marché du travail est que les codes vestimentaires qui existent depuis l'école et dans l'espace public persistent et sont juxtaposés à une autre catégorie de codes sexuels : les codes sur l'apparence.

5. Les codes sur l'apparence au travail

La prémisse des codes sur l'apparence est que la beauté est la source primaire de pouvoir pour les femmes⁹¹⁰. Les codes sur l'apparence font de la beauté la monnaie d'échange pour garantir ou favoriser le succès économique et social des femmes⁹¹¹. Dans notre époque contemporaine, les femmes valorisent leur carrière professionnelle⁹¹², donc un refus ou une incapacité à adhérer aux nombreuses sollicitations qui leur sont envoyées quant à leur apparence est lourd de conséquences⁹¹³. Ainsi, à cause de la pression socioculturelle qui pèse sur les femmes afin qu'elles atteignent certains standards de beauté⁹¹⁴, l'attention qu'elles portent à leur apparence physique est une stratégie délibérée ou inconsciente pour se garantir les meilleures opportunités⁹¹⁵.

Les codes sur l'apparence créent des différences entre les femmes et les hommes, qui ne sont ni naturelles, ni essentielles, ni biologiques. Une fois ces différences en place, elles sont mobilisées pour faire valoir la naturalité du genre⁹¹⁶. D'un côté, lorsque certaines féminités transgressent les propositions incorrigibles, soit des axiomes qui ne sont jamais remis en question⁹¹⁷ et à partir

⁹⁰⁸ *Id.*

⁹⁰⁹ W. CASSIDY et M. JACKSON, préc., note 817, p. 442

⁹¹⁰ B. L. FREDRICKSON et T-A ROBERTS, préc., note 786, p. 178

⁹¹¹ *Id.*

⁹¹² A. MCROBBIE, préc., note 635, p. 15

⁹¹³ *Id.*, p. 18

⁹¹⁴ B. L. FREDRICKSON et T-A ROBERTS, préc., note 786, p. 178

⁹¹⁵ INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, *Normes sociales, poids et image corporelle au Québec. deux exemples d'actions préventives*, Québec, Gérald Baril, Marie-Claude Paquette, Lyne Mongeau et Johanne Laguë, 2012, p. 13

⁹¹⁶ Candace WEST et Don H. ZIMMERMANN, «Doing Gender», (2009) 1-2 *Gender and Society* 125, p. 137

⁹¹⁷ S. J. KESSLER et W. MCKENNA, préc., note 684, p. 4

desquelles l'activité sociale est construite⁹¹⁸, les expressions de genre tels que les cheveux courts, les poils non épilés ou les cheveux afro sont daubées⁹¹⁹, car elles sont associées à des images dégradantes. Cette association mentale et sociale et les conséquences qui s'ensuivent colonisent l'esprit de façon invisible⁹²⁰. D'un autre côté, les femmes qui répondent aux codes sur l'apparence sont complimentées et récompensées, ce qui est internalisé comme un auto-perfectionnement normal et nécessaire⁹²¹. Les codes sur l'apparence se présentent comme une porte vers des opportunités sans précédent dans des milieux autrefois hermétiquement fermés aux femmes et ils se servent de la liberté individuelle comme fer de lance : « Les jeunes femmes se réclament d'une démarche librement choisie, niant ce faisant l'existence du pouvoir patriarcal, alors que les exigences de la mode et de la beauté les maintiennent dans une position de sujets dociles, mus par la recherche de « l'absolue perfection »⁹²²».

Les codes sur l'apparence sont des codes qui peuvent exister en eux-mêmes, mais souvent ils s'ajoutent aux codes vestimentaires dans le milieu professionnel. En effet, alors que l'école est obligatoire au Québec, il n'est pas possible de refuser l'admission d'élèves seulement à cause de caractéristiques comme leur taille, leur poids ou leur beauté. Les codes sur l'apparence complètent les codes vestimentaires, car ils sont deux facettes du même problème. Les personnes visées par les codes vestimentaires n'échappent pas aux codes sur l'apparence, à quelques nuances – que nous aborderons – près. Ainsi, les codes sur l'apparence s'exerçant dans le champ des intérêts privés du travail, les droits des femmes, des personnes de couleur, des minorités religieuses et des personnes LGBTQ+ sont encore plus précaires. Comme les codes vestimentaires, les codes sur l'apparence sont une incarnation des efforts déployés afin de cimenter l'hégémonie masculine menacée par la présence des femmes sur le marché du travail⁹²³. Il y a toutefois deux façons dont ces codes se manifestent, selon si les femmes occupent des positions de service ou des positions de pouvoir.

Historiquement, les emplois où un service est procuré ont été et continuent d'être genrés et racialisés⁹²⁴. Les femmes qui travaillent dans le service à la clientèle doivent maintenir une apparence attirante et respecter un code vestimentaire qui souligne une sexualité suggestive⁹²⁵.

⁹¹⁸ J. W. MESSERSCHMIDT, préc., note 629, p. 78

⁹¹⁹ *Id.*, p. 25

⁹²⁰ Akeia A. F. BENARD, « Colonizing Black Female Bodies Within Patriarchal Capitalism: Feminist and Human Rights Perspectives », (2016) 1 *Sexualization, Media, & Society* 1, p.5

⁹²¹ A. MCROBBIE, préc., note 635, p. 19

⁹²² *Id.*, p. 24

⁹²³ A. MCROBBIE, préc., note 635, p. 18

⁹²⁴ Evelyn NAKANO GLENN, « From Servitude to Service Work: Historical Continuities in the Racial Division of Paid Reproductive Labor », (1992) 18 *Journal of Women in Culture and Society* 1, p. 6

⁹²⁵ Valerie CAVE, Scott LAWLEY et Jocelyn BAKER, « Performance, gender and sexualised work. Beyond management control, beyond legislation? A case study of work in a recruitment company » (2013) 32 *Equality, Diversity and Inclusion: An International Journal* 475, p. 477

Dans ce contexte hétéronormatif, au milieu de relations patriarcales, les femmes sont perçues comme existant pour répondre aux besoins des hommes⁹²⁶. À plusieurs reprises, les employeurs ont pris pour acquis que les femmes respecteraient les standards de beauté et/ou ils ont imposé des exigences liées à l'apparence qui faisaient peser sur elles un fardeau plus lourd que celui qui pesait sur les hommes⁹²⁷. Le port de talons-hauts⁹²⁸, l'exigence de se conformer à des standards de poids plus difficilement atteignables⁹²⁹ et le poids de façon générale⁹³⁰, le port de maquillage, la démarche féminine, le port de bijoux⁹³¹, la dissimulation des cheveux gris⁹³², la dissimulation des rides⁹³³, l'épilation des poils au visage⁹³⁴, le port d'une tenue sexy et la poitrine généreuse⁹³⁵ sont tous des critères qui furent demandés des femmes afin qu'elles soient engagées ou qui furent mentionnés comme raison de leur renvoi.

La situation peut être plus compliquée pour les femmes qui détiennent des positions de pouvoir dans des domaines traditionnellement masculins comme les sciences naturelles, les finances ou la politique⁹³⁶. Dans un rapport du Conseil d'Europe sur la violence sexiste envers les femmes en politique publié en 2020⁹³⁷, il a été révélé que l'accent mis sur le corps des femmes en politique est fait afin de miner leur rôle en tant que politiciennes compétentes⁹³⁸. Un exemple de cela est une parlementaire européenne qui affirme s'être fait dire par un ministre « Vous êtes si belle que je ne peux pas vous écouter⁹³⁹ », détournant l'attention de sa fonction législative afin de la sexualiser⁹⁴⁰. Dans ces milieux qui demeurent hostiles à la présence des femmes, cela allant à l'encontre des schémas traditionnels de genre⁹⁴¹, les femmes oscillent sur un fil étroit. En effet, s'appliquent à

⁹²⁶ *Id.*, p. 478

⁹²⁷ Katharine. T. BARTLETT, « Only Girls Wear Barrettes: Dress and Appearance Standards, Community Norms, and Workplace Equality », (1994) 92-8 *Michigan Law Review* 2541, p. 2543

⁹²⁸ *Magnuson v. Peak Technical Servs., Inc.*, 808 F. Supp. 500, p. 506 : Le gérant d'un concessionnaire automobile dit à une de ses employées que comme ses jambes étaient très sexy, il ne voulait plus qu'elle porte des souliers plats.

⁹²⁹ *Jarrell v. Eastern Airlines, Inc.*, 430 F. Supp. 884, p. 885: une hôtesse de l'air dénonça la politique de la compagnie aérienne Eastern Airlines en matière de poids, car elle exigeait que les femmes soient disproportionnellement plus légères par rapport aux hommes, ce qui créait des standards plus difficiles à atteindre.

⁹³⁰ *Maddox c. Vogue Shoes*, préc., note 14

⁹³¹ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, p. 490 : L'intimée avait un poste de cadre supérieure dans un bureau de comptable, mais lorsqu'elle se présenta pour devenir une associée principale, sa candidature fut temporairement suspendue. Pour augmenter ses chances, on lui suggéra de marcher, parler et se vêtir de façon plus féminine, de porter du maquillage, de bien se coiffer et de porter des bijoux.

⁹³² Ed PILKINGTON, « Woman 'sacked for having grey hair' », *The Guardian*, 10 juillet 2011

⁹³³ J. PLUNKETT, préc., note 15

⁹³⁴ Kara SWISHER, « Her Mustache or Her Job? », *Washington Post*, 25 mars 1994: Une technicienne en audio-visuel dans un Ritz-Carlton allègue avoir été renvoyée, malgré son excellent travail, à cause de sa moustache.

⁹³⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13

⁹³⁶ Leeat RAMATI-ZIBER, Nurit SHNABEL et Peter GLICK, « The Beauty Myth: Prescriptive Beauty Norms for Women Reflect Hierarchy-Enhancing Motivations Leading to Discriminatory Employment Practices », (2020) 119-2 *Journal of Personality and Social Psychology: Interpersonal Relations and Group Processes* 317, p. 330

⁹³⁷ Conseil de l'Europe, *Lutter contre la violence sexiste à l'égard des femmes en politique au niveau local et régional*, Rés. 459 (2020), en ligne : < <https://rm.coe.int/lutter-contre-la-violence-sexiste-a-l-egard-des-femmes-en-politique-au/1680a061c4> >

⁹³⁸ *Id.*, par. 37

⁹³⁹ *Id.*, par. 48

⁹⁴⁰ *Id.*

⁹⁴¹ K. T. BARTLETT, préc., note 927, p. 2547

elles tous les critères mentionnés plus haut – port de talons-hauts, minceur, port de maquillage, dissimulation des rides, etc. – mais pèsent également sur elles l’obligation de ne pas être trop sexy car cela serait distrayant⁹⁴², ça les ferait paraître moins compétentes⁹⁴³ et ça donnerait l’impression qu’elles tentent de s’accaparer le pouvoir des hommes⁹⁴⁴. Ces femmes doivent paraître qualifiées, mais elles ne doivent pas sembler imiter les hommes en étant trop masculines, indépendantes ou assertives⁹⁴⁵, donc elles doivent porter des talons hauts, des ornements et du maquillage afin de démontrer qu’elles ne divorcent pas de façon radicale et menaçante des marqueurs de genre socialement acceptés⁹⁴⁶.

La particularité des codes sur l’apparence est que même lorsqu’ils ne sont pas formellement obligatoires et écrits, ils s’appliquent quand même⁹⁴⁷. Cela se remarque surtout au stade de l’embauche, où l’employeur peut évaluer certaines caractéristiques immuables pour exclure la candidature d’une femme⁹⁴⁸. Une fois employée, la personne se trouve face à des traditions sur l’apparence qui sont si profondément instituées, omniprésentes et fréquentes qu’un code formel n’est plus nécessaire, car les attentes sur ce qui est jugé normal et raisonnable de porter constituent la réalité à la fois des employeurs et des employés⁹⁴⁹.

5.1. La qualification normative des codes sur l’apparence : entre norme sociale et culturelle

Notre thèse est que les codes sur l’apparence sont des normes sociales et culturelles. Nous avons vu en première partie que les normes établissent des principes dont les personnes et les groupes se servent pour distinguer les valeurs, attitudes et comportements appropriés, attendus, exigés ou désirables, de ceux qui ne le sont pas⁹⁵⁰. La différence que nous opérons entre les normes sociales et les normes culturelles tient au groupe que ces normes visent. Au Québec, les normes sociales s’appliquent à tout la société québécoise et, comme le disait le Professeur de Yale Robert Ellickson, elles gardent la société soudée⁹⁵¹. Il existe cependant plusieurs communautés culturelles au sein de cette société⁹⁵². Les normes qu’elles respectent, que ce soit en matière d’art, de droits

⁹⁴² *Id.*

⁹⁴³ Peter GLICK, Sadie LARSEN, Cathryn JOHNSON et Heather BRANSTITER, « Evaluations of Sexy Women In Low- and High-Status Jobs », (2005) 29-4 *Psychology of Women Quarterly* 389, p. 390

⁹⁴⁴ A. MCROBBIE, préc., note 635, p. 23

⁹⁴⁵ K. T. BARTLETT, préc., note 927, p. 2547

⁹⁴⁶ *Id.*, p. 2552

⁹⁴⁷ *Id.*, p. 2551

⁹⁴⁸ *Id.*

⁹⁴⁹ *Id.*

⁹⁵⁰ N. DHAWAN, E. FINK, J. LEINIUS, R. MAGEZA-BARTHEL, préc., note 457, p. 2

⁹⁵¹ Robert ELLICKSON, préc., note 456

⁹⁵² Gouvernement du Québec, *Fiche du terme « communauté culturelle »*, Thésaurus de l’activité gouvernementale, en ligne : < <https://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=2891> >

fondamentaux, de système de valeurs, de traditions ou de croyances⁹⁵³, peuvent diverger des normes de la majorité de la société québécoise, mais elles peuvent également y adhérer. Lorsque les normes culturelles diffèrent des normes sociales ou juridiques, souvent parce que la personne est issue d'une autre culture, la tension peut monter et les conflits peuvent proliférer⁹⁵⁴.

Afin de corroborer notre propos selon lequel les codes sur l'apparence sont des normes sociales et culturelles, nous désirons introduire la *Charte d'engagement volontaire visant la promotion d'une image corporelle saine et diversifiée*⁹⁵⁵ en tant qu'action du gouvernement du Québec pour lutter contre les normes associant beauté et maigreur dans le milieu artistique, dans les médias et dans la société⁹⁵⁶.

En 2005 et en 2006, le décès de jeunes femmes mannequins au Brésil et en Argentine signala les ravages de l'anorexie et de la boulimie passés sous silence dans le milieu de la mode. En septembre 2006, la communauté de Madrid écarta cinq mannequins du défilé prisé de la Pasarela Cibeles, car elles souffraient de maigreur extrême et la ville voulait protéger les adolescentes espagnoles d'une glorification de la maigreur. Suite aux événements de Madrid, le monde de la mode revendiqua sa liberté de création, mais un mouvement se formait déjà en Angleterre, en France, en Italie et aux États-Unis pour remédier à cette problématique de maigreur extrême⁹⁵⁷. Au Québec, parmi les axes d'interventions prioritaires du *Plan d'action gouvernemental de promotion des saines habitudes de vie et de prévention des problèmes reliés au poids 2006-2012*⁹⁵⁸, on retrouvait la modification des normes sociales⁹⁵⁹ dans le but d'influencer les conduites individuelles⁹⁶⁰. Afin de promouvoir des normes sociales favorables à des saines habitudes de vie et à une variété de schémas corporels⁹⁶¹, le plan gouvernemental soulignait l'influence des messages médiatiques sur les normes et sur la culture⁹⁶², cette-dernière comprenant entre autres l'art, le droit, la morale et la coutume⁹⁶³. Ainsi, le

⁹⁵³ UNESCO, préc., note 523

⁹⁵⁴ Y. GUENZOU, préc., note 522, p. 268

⁹⁵⁵ MINISTÈRE DE LA CONDITION FÉMININE DU QUÉBEC, *Charte d'engagement volontaire visant la promotion d'une image corporelle saine et diversifiée*, Québec, 2009, en ligne : < <https://enseignerlegalite.com/wp-content/uploads/2019/03/Charte-que%CC%81be%CC%81coise-pour-une-image-corporelle-saine-et-diversifie%CC%81e.pdf> >

⁹⁵⁶ INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, préc., note 915, p. 1

⁹⁵⁷ *Id.*, p. 14

⁹⁵⁸ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Plan d'action gouvernemental de promotion des saines habitudes de vie et de prévention des problèmes reliés au poids 2006-2012*, Québec, La Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2006

⁹⁵⁹ *Id.*, p. 29

⁹⁶⁰ *Id.*, p. 4

⁹⁶¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 958, p. 29

⁹⁶² *Id.*, p. 44

⁹⁶³ *Id.*, p. 45

Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine se vit confier le mandat de rédiger une charte, finalement adoptée le 16 octobre 2009⁹⁶⁴.

Le fait que des jeunes mannequins soient décédées sous la pression sociale de maigreur renforce l'idée que les normes sociales peuvent avoir une plus grande influence et guider davantage la conduite des personnes que le droit dans certaines instances⁹⁶⁵. Les normes sociales comme les codes sur l'apparence maintiennent la stabilité d'un système de genre binaire fondé sur l'autorité patriarcale⁹⁶⁶. Les femmes qui contestent ces normes soulèvent le caractère fictif du genre, ses artifices et dévoilent son existence performative dans la vie quotidienne⁹⁶⁷. C'est pour cette raison qu'elles rencontrent de la résistance même une fois devant les tribunaux, ces-derniers étant censés repérer l'influence des normes sociales sur les normes juridiques discriminatoires. Aux États-Unis, dans les arrêts *O'Donnell v. Burlington Coat Factory Warehouse, Inc.* de 1987⁹⁶⁸ et *Carroll v. Talman Federal Savings & Loan* de 1978⁹⁶⁹, des femmes travaillant à la banque devaient porter des uniformes spéciaux, alors que les hommes pouvaient mettre des vêtements professionnels de leur choix. La Cour avait déclaré cela inacceptable, car les uniformes donnaient un aspect moins professionnel aux femmes et ils étaient dégradants. Cependant, la Cour avait également affirmé que si les codes vestimentaires étaient justifiés selon les normes sociales communément acceptées et les besoins de l'employeur, cela aurait pu être acceptable⁹⁷⁰. C'est dire l'importance des normes sociales dans notre société, qui peuvent prévaloir sur les normes juridiques protégeant les personnes de la discrimination.

Toutefois, parler des codes sur l'apparence comme étant seulement des normes sociales occulte une partie importante de la problématique, soit son aspect culturel. La culture occidentale, particulièrement la culture américaine, s'est répandue à travers le monde et a réussi à y imposer ses standards de beauté inatteignables⁹⁷¹, en plus de les consolider à l'interne. Ces standards continuent d'influencer la vision de beauté qu'ont internalisée les Afro-américaines⁹⁷². De plus, lorsque les personnes de couleur immigrer dans les pays d'Europe ou d'Amérique du Nord, il est probable qu'elles s'acculturent aux normes occidentales et adoptent ses façons de penser au niveau de la

⁹⁶⁴ INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, préc., note 915, p. 18

⁹⁶⁵ J. N. DROBAK préc., note 455, p. 247

⁹⁶⁶ A. MICROBBIE, préc., note 635, p. 27

⁹⁶⁷ *Id.*, p. 20

⁹⁶⁸ *O'Donnell v. Burlington Coat Factory Warehouse, Inc.*, 656 F. Supp. 263 (S.D. Ohio 1987)

⁹⁶⁹ *Carroll v. Talman Fed. Sav. & Loan Ass'n of Chicago*, 448 F. Supp. 79 (N.D. Ill. 1978)

⁹⁷⁰ K. T. BARTLETT, préc., note 927, p. 2567 ; *O'Donnell v. Burlington Coat Factory Warehouse, Inc.*, préc., note 968, par. 266

⁹⁷¹ Kristen MARRINAN, préc., note 640, p. 4

⁹⁷² *Id.*, p. 7

beauté et l'attractivité physique⁹⁷³. Les normes sur la beauté ne sont donc pas un tout monolithique : elles sont à la fois sociales et culturelles. Ce sont des normes qui évoluent au fil des civilisations humaines et qui varient selon des facteurs géographiques et culturels. Le patriarcat capitaliste impérialiste suprémaciste blanc de bell hooks sépare les femmes selon leur classe sociale, leur nationalité, leur couleur et leur culture. Dans la façon de penser binaire caractéristique de l'hétéronormativité, la belle femme blanche, mince, aux cheveux lisses et blonds, aux yeux bleus et aux lèvres fines ne peut exister et être valorisée que si elle a son Némésis, soit la femme noire voluptueuse, avec sa peau foncée, son nez large, et ses cheveux afro⁹⁷⁴. Les femmes noires sont dans une position où la valeur qui leur est accordée dépend encore plus de leur physique que de leurs capacités, se retrouvant au bas d'une échelle où les femmes blanches sont en haut et les femmes asiatiques, latinas, autochtones et arabes évoluent dans le milieu⁹⁷⁵.

Ainsi, les codes sur l'apparence qui s'appliquent aux femmes exhibent une violence intersectionnelle sur les femmes ne souscrivant pas aux normes sociales et culturelles prescrites. Afin d'analyser cette violence, nous nous pencherons sur l'enjeu des cheveux afro et son appréhension par le droit.

5.2. La violence des codes sur l'apparence : les cheveux afro face au droit

Le meilleur exemple de la violence intersectionnelle des codes sur l'apparence est avec les codes qui punissent les femmes noires ayant des cheveux afro. En effet, les cheveux afro sont des signes distinctifs chez la majorité des personnes noires, donc en établissant la blancheur comme norme⁹⁷⁶, sachant que la féminité blanche prisée par le modèle hétéronormatif blanc ne peut exister sans son pendant de féminité déviante⁹⁷⁷, on empêche les cheveux afro d'accéder aux standards de beauté et de respecter les codes sur l'apparence.

La décision *Rogers v. American Airlines, Inc.*, rendue par la Cour américaine du district sud de New-York en 1981⁹⁷⁸, a longtemps été l'arrêt de principe en matière de cheveux afro des femmes noires et des politiques capillaires dans le milieu de travail⁹⁷⁹. Nous l'analyserons sous un angle de violence normative, mais également sous un angle juridique, faisant des parallèles avec la

⁹⁷³ Ching-Yi CHENG, *Acculturation and cultural value orientations of immigrant Chinese Americans: Effects on body image, aesthetics for appearance, and involvement in dress*, thèse de doctorat, Ames, Department of Philosophy, Iowa State University, 2000, p. 38

⁹⁷⁴ P. HILL COLLINS, préc., note 486, p. 89

⁹⁷⁵ *Id.*

⁹⁷⁶ *Id.*, p. 25

⁹⁷⁷ *Id.*, p. 81

⁹⁷⁸ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 10

⁹⁷⁹ Renee Henson, « Title VII's Application of Grooming Policies and its Effect on Black Women's Hair in the Workplace: *Rogers v. Am. Airlines, Inc.*, 527 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981) », *University of Missouri Libraries*, 2017, en ligne:

<<https://libraryguides.missouri.edu/c.php?g=593919&p=4124519>>

jurisprudence canadienne et québécoise en matière d'inégalité de genre, d'inégalité raciales et de codes sur l'apparence.

5.2.1. *Rogers v. American Airlines, Inc.*: les faits et le raisonnement des juges derrière le refus de reconnaître la discrimination

En l'espèce, la compagnie American Airlines avait demandé à Renée Rogers, hôtesses de l'air afro-américaine, de cesser de porter ses cheveux en cornrows et de faire un chignon à la place, car ses cornrows violaient la politique capillaire en place⁹⁸⁰. La plaignante avait présenté comme argument devant la Cour américaine du district sud de New-York que la requête de son employeur était discriminatoire sur les fondements du sexe et de la race⁹⁸¹. Elle demandait protection sous le 13^e amendement de la Constitution américaine, qui a aboli l'esclavage et la servitude involontaire⁹⁸², car elle assimilait l'interdiction de porter ses cheveux en cornrows à un badge d'esclavage, soit une distinction fondée sur la couleur de peau qui associait les personnes noires aux États-Unis à un statut d'esclave⁹⁸³. Elle demandait également une protection sous le *Civil Rights Act* de 1964⁹⁸⁴, qui interdit la discrimination au travail basée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale⁹⁸⁵ et l'article 42 U.S. Code § 1981⁹⁸⁶ sur l'égalité de protection de la loi, notamment dans les contrats⁹⁸⁷.

La Cour avait écarté la discrimination basée sur le sexe, car la requête aurait pu autant s'appliquer à une femme qu'à un homme⁹⁸⁸. La neutralité prêtée à la politique capillaire était plus pertinente aux yeux de la Cour que le fait que les cornrows étaient davantage portées par des femmes. Le juge était d'avis que la politique capillaire obligeant le chignon et sanctionnant le port de cornrows avait des effets négligeables sur les opportunités d'emploi et que l'enjeu était de moindre importance contrairement aux droits constitutionnels fondamentaux comme le droit au mariage ou le droit à avoir des enfants⁹⁸⁹. Selon la Cour, une politique d'embauche fondée sur les codes capillaires ou la longueur des cheveux relevait davantage du choix de l'employeur de gérer son entreprise que de l'égalité d'opportunité professionnelle⁹⁹⁰.

⁹⁸⁰ *Id.*, p. 1

⁹⁸¹ *Id.*

⁹⁸² U.S. CONST. Amend. 13, § 1

⁹⁸³ Jennifer MASON MCAWARD, «Defining the Badges and Incidents of Slavery», (2012) 14-3 *Journal of Constitutional Law* 561, p. 576

⁹⁸⁴ 42 U.S.C., § 2000e-2000e-17

⁹⁸⁵ *Id.*, 2000e-2

⁹⁸⁶ 42 U.S.C. § 1981 (1976)

⁹⁸⁷ *Id.*

⁹⁸⁸ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p. 3

⁹⁸⁹ *Id.*, p. 2

⁹⁹⁰ *Id.*, p. 3

La Cour avait également écarté la discrimination basée sur la race, malgré que la plaignante ait affirmé que les cornrows étaient: “*historically, a fashion and style adopted by Black American women, reflective of cultural, historical essence of the Black women in American society*”⁹⁹¹. Elle avait fait référence à l’actrice Cicely Tyson aux Oscars et à la vision de Malcolm X sur les cheveux afro afin de soutenir l’importance des cornrows pour les femmes noires⁹⁹². Selon la partie défenderesse, Renee Rogers s’était mise à se coiffer avec des cornrows après qu’une actrice blanche ait popularisé la même coiffure dans un film⁹⁹³. La Cour considérait les cornrows comme un style capillaire, contrairement à l’afro, facilement altérable et même s’il était socialement associé à une race en particulier, l’interdire ne constituait pas un traitement discriminatoire de la part de l’employeur. De plus, comme Renee Rogers était libre de changer de travail si elle était insatisfaite de la requête de son employeur, elle ne pouvait invoquer le badge d’esclave⁹⁹⁴. Si la plaignante ne contestait pas l’affirmation de la compagnie que la politique capillaire avait été adoptée afin de l’aider à projeter une image conservatrice et professionnelle, elle s’opposait aux répercussions que cette politique avait sur son droit à porter des cornrows⁹⁹⁵. Enfin, bien que le *Civil Rights Act* puisse protéger les employés des abus économiques et psychologiques d’un employeur, selon la Cour, la plaignante ne démontrait pas en quoi ses allégations légitimaient d’engager la responsabilité de la compagnie pour avoir créé un environnement de travail lourdement chargé de discrimination raciale ou un environnement pollué par la discrimination au point de détruire complètement la stabilité émotionnelle et psychologique des employés appartenant à des groupes minoritaires⁹⁹⁶.

5.2.2. Le problème de l’absence d’une analyse intersectionnelle

Le manque d’analyse intersectionnelle de l’arrêt *Rogers* est un des premiers éléments qui fait défaut à la plaignante. Au moment où l’arrêt fut rédigé, l’intersectionnalité n’était pas encore entrée dans le raisonnement juridique⁹⁹⁷. Quelques années avant l’arrêt *Rogers* de la Cour américaine du district sud de New-York en 1981, l’arrêt *DeGraffenreid v. General Motors*⁹⁹⁸ avait refusé de reconnaître que les femmes noires formaient une catégorie sociale qui nécessite d’être protégée de la discrimination sur le fondement du sexe et de la race, de peur que ça leur donne un *super remedy*,

⁹⁹¹ *Id.*

⁹⁹² *Id.*, p. 3 et 4

⁹⁹³ *Id.*, p. 4

⁹⁹⁴ *Id.*, p. 3

⁹⁹⁵ *Id.*, p. 5

⁹⁹⁶ *Id.*, p. 4

⁹⁹⁷ Kimberle CRENSHAW, préc., note 141

⁹⁹⁸ *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Division*, 413 F Supp 142

donc un avantage par rapport aux hommes noirs ou aux femmes blanches en matière d'allégations de discrimination⁹⁹⁹.

Au Canada, à la même époque, les tribunaux des droits de la personne des provinces canadiennes mentionnèrent très peu les femmes noires dans leurs décisions, appréhendant leur expérience de discrimination comme si elles étaient des femmes blanches ou des hommes noirs¹⁰⁰⁰. On remarqua un certain progrès avec la décision *Radek* de 2005 du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique¹⁰⁰¹, qui parlait en termes de motifs combinés ou interreliés de discrimination¹⁰⁰² dans un cas d'harcèlement sexuel d'une femme noire. En 2010, le Tribunal des droits de la personne du Québec, sans mobiliser un cadre d'analyse intersectionnel, avait reconnu qu'une approche contextualisée et sensible à la discrimination intersectionnelle était pertinente¹⁰⁰³. Toutefois, des années plus tard, malgré les arrêts de la Cour suprême du Canada *Withler c. Canada* de 2011¹⁰⁰⁴, *Law* de 1999¹⁰⁰⁵ et *Corbière c. Canada* de 1999¹⁰⁰⁶ qui illustraient l'importance d'une analyse intersectionnelle, les juges de l'arrêt *Fraser* de 2020 ne saisirent pas l'opportunité d'effectuer une analyse intersectionnelle, en l'espèce entre le sexe et le statut parental ou familial¹⁰⁰⁷. Cela peut être dû à la résistance des juges face aux réclamations et aux arguments intersectionnels¹⁰⁰⁸ malgré la réception de plaidoyers et d'arguments de plusieurs requérants et d'intervenants citant l'intersectionnalité comme approche essentielle afin de régler des cas d'égalité¹⁰⁰⁹. Ainsi, que ce soit aux États-Unis en 1981 avec l'arrêt *Rogers* ou en 2020 au Canada avec l'arrêt *Fraser*, on remarque que l'intersectionnalité demeure un cadre théorique très pertinent, quoiqu'utilisé de façon incomplète ou avec réticence.

Dans l'arrêt *Rogers*, le manque d'analyse intersectionnelle explique le raisonnement morcelé de la Cour et son emploi d'un syllogisme décontextualisé typique de la modernité juridique, qui n'arrive pas à remarquer l'absence de neutralité dans la politique capillaire de la compagnie American Airlines. La demande de Renee Rogers représentait donc un défi, car elle s'attaquait non seulement

⁹⁹⁹ *Id.*, p. 4

¹⁰⁰⁰ N. DUCLOS, préc., note 430, p. 30

¹⁰⁰¹ *Radek c. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services (No. 3)*, 2005 BCHRT 302 en ligne : <
<https://www.canlii.org/en/bc/bchrt/doc/2005/2005bchrt302/2005bchrt302.html?resultIndex=1> >

¹⁰⁰² *Id.*, par. 464

¹⁰⁰³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, préc., note 427, par. 216

¹⁰⁰⁴ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 306, par. 58 et 63

¹⁰⁰⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 179, par. 93 et 94

¹⁰⁰⁶ *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 72

¹⁰⁰⁷ J. KOSHAN, préc., note 287, p. 30

¹⁰⁰⁸ Shreya ATREY, préc., note 301, p. 1

¹⁰⁰⁹ Pour passer en revue les décisions sur l'article 15 de la Charte Canadienne où le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes (FAEJ) et d'autres intervenants ont présenté des arguments de la sorte devant la Cour suprême, voir Jena MCGILL & Daphne GILBERT, «Of Promise and Peril: The Court and Equality Rights» dans Matthew P HARRINGTON (dir.), *The Court and the Constitution: A 150-year Retrospective*, Toronto, LexisNexis, 2017, p. 235

au raisonnement judiciaire, mais à la façon de raisonner du juge. Lorsqu'on analyse l'interdiction de cornrows de la compagnie aérienne d'un point de vue culturel et historique, comme le fait la plaignante lorsqu'elle affirme que les cornrows étaient une coiffure pertinente à l'histoire et la culture des personnes afro-américaines¹⁰¹⁰, on se rend compte que la pseudo-neutralité de la mesure est ancrée dans les stéréotypes de genre, de race et dans la dévalorisation du corps de la femme noire.

5.2.3. Les conséquences de la déshistoricisation et la déculturisation des cheveux afro

Dans plusieurs cultures et civilisations, la chevelure est un important symbole de féminité pour les femmes¹⁰¹¹. Pour les femmes noires, les cheveux ont toujours été une partie essentielle de leur identité. Avant les colonisations, les femmes africaines portaient leurs cheveux avec fierté et les coiffures étaient multiples, certaines spécifiques au rang ou au statut social¹⁰¹². Lorsque l'esclavage et la colonisation débutèrent, les choses changèrent drastiquement. Ce qui était autrefois un signe de fierté était à présent une indication, selon les maîtres d'esclaves et les colons, de la proximité entre les Africains et les animaux, donc un signe d'infériorité et de laideur¹⁰¹³. Pour essayer d'être intégrées aux sociétés blanches américaines et européennes et réfuter l'idée selon laquelle elles étaient inférieures et indomptables, les personnes noires, surtout les femmes, commencèrent à adopter des perruques ou altérer la nature de leurs cheveux avec des défrisants chimiques. Avec le *Civil rights movements*, la visibilité de grandes figures noires comme El-Hajj Malek El-Shabazz, Muhammad Ali, Maya Angelou et les membres du Black Panther Party, quelques personnes noires recommencèrent à porter leurs cheveux naturels, mais ce n'était pas un mouvement répandu. Dans les années 80, les défrisants chimiques revinrent à la mode et ce fut ainsi jusqu'à récemment, les personnes noires portant de plus en plus leurs cheveux naturels¹⁰¹⁴.

Au Canada, Viola Desmond fut la première femme noire canadienne à ouvrir un salon de coiffure pour personnes noires en 1930, car elle avait été rejetée des autres salons à cause de sa couleur de peau¹⁰¹⁵. Encore aujourd'hui, au Québec, les soins pour cheveux afro ne sont pas dans les programmes de coiffure¹⁰¹⁶. Les salons de coiffure de personnes noires étant distincts des autres salons, les femmes noires coiffent leurs cheveux seules ou entre elles, grâce à des amis et des

¹⁰¹⁰ Rogers v. American Airlines, Inc., préc., note 12, p. 3

¹⁰¹¹ Tayo BERO, « Tangled Roots: Decoding the history of Black Hair », *Radio Canada*, 28 janvier 2021

¹⁰¹² *Id.*

¹⁰¹³ *Id.*

¹⁰¹⁴ *Id.*

¹⁰¹⁵ CANADIAN MUSEUM FOR HUMAN RIGHTS, « One woman's resistance. Viola Desmond's Story », 29 janvier 2018, en ligne : <<https://humanrights.ca/story/one-womans-resistance>>

¹⁰¹⁶ Mayssa FERAH, « Des cheveux crépus à aimer », *La Presse*, 23 août 2020

membres de la famille, ce qui peut renforcer un sentiment positif d'appartenance culturelle, mais ce qui peut également créer un sentiment de marginalisation sociale. En effet, les salons de coiffure pour personnes noires sont parfois des lieux où l'oppression internalisée des femmes noires par rapport à leurs traits négroïdes s'expriment le plus¹⁰¹⁷. Nier l'importance des cheveux afro pour les personnes noires est une forme de violence, qui efface la culture, l'histoire et l'identité. L'afrofémiste bell hooks disait ceci : *“As objects, one's reality is defined by others, one's identity created by others, one's history named only in ways that define one's relationship to those who are subject. As subjects, people have the right to define their own reality, establish their own identities, name their history”*¹⁰¹⁸.

En méconnaissant cette histoire et cette culture ou en les considérant comme des facteurs qui ne sont pas pertinents à son raisonnement, le juge se dessaisit d'outils qui auraient pu l'aider à adopter une approche holistique lui permettant de reconnaître la discrimination. Au lieu de cela, il semble minimiser la violence normative du code capillaire d'American Airlines parce qu'il s'agit d'une norme non juridique.

5.2.4. Qualification normative et discrimination : absence de corrélation

Dans *Rogers*, la Cour américaine du district sud de New-York mentionne que le code capillaire est une question de faible importance relativement aux intérêts constitutionnels protégés par le 14^e amendement sur l'égalité de protection de la loi et au titre VII sur l'interdiction de discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale, en comparaison aux droits fondamentaux que sont le droit d'avoir des enfants ou de se marier¹⁰¹⁹. Il semble que la Cour considère que puisque le code capillaire est une norme adoptée par une entreprise, le litige est de moindre importance ou la discrimination en est amoindrie. Or, sachant que les droits de la personne sont indivisibles et ne peuvent être hiérarchisés¹⁰²⁰, ce n'est pas la source institutionnelle de la politique capillaire qui devrait importer, mais plutôt l'effet qu'elle a sur les droits et les obligations de la plaignante et les normes sociales et culturelles qu'elle véhicule. De plus, l'article 2 e) de la CEDEF dispose que les États parties doivent condamner toutes les formes de discrimination et parmi celles-ci, on retrouve la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une entreprise¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ P. HILL COLLINS, préc., note 486, p. 91

¹⁰¹⁸ bell hooks, *Talking Back: Thinking Feminist, Thinking Black*, Boston, Routledge, 1989, p. 42

¹⁰¹⁹ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p. 2

¹⁰²⁰ *Déclaration sur le droit au développement*, Res. 41/128, Doc. Off. A. G. N. U. , 41^e sess., 97^e séance, A/RES/41/128 (1986), préambule al. 10

¹⁰²¹ *Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, préc., note 17, art. 2

Similairement, au Canada, dans l'arrêt de 2011 *Armstrong v. Anna's Hair & Spa* du Tribunal des droits de la personne d'Ontario, un homme noir s'était fait refuser un service de massage de la tête et de lavage de cheveux parce que le salon ne s'occupait pas des cheveux des Noirs.¹⁰²² Les dommages et intérêts accordés à l'homme semblaient refléter une minimisation du préjudice subi parce que ce-dernier venait d'une norme capillaire non écrite d'une entreprise. En effet, couplée à des arguments subjectifs comme les sentiments et le respect de soi¹⁰²³, l'analyse fondée sur la dignité permet de reconnaître le tort, le tribunal ne niant pas l'effet que le refus de service ait pu causer sur la personne¹⁰²⁴. Cependant, l'analyse ne s'attaqua pas aux relations de pouvoir et aux dynamiques sociales¹⁰²⁵ qui permettent de déceler le traitement inégal des cheveux afro. Ainsi, au moment de déterminer la compensation monétaire du demandeur, le tribunal affirma que le traitement offensant de l'intimé au demandeur était de moindre gravité¹⁰²⁶, notamment parce que l'interaction entre les parties était de courte durée. Toutefois, la Cour suprême argue que le droit à la sauvegarde de la dignité de la personne n'exige pas la présence de conséquences définitives et que même une atteinte temporaire à la dignité peut constituer une violation¹⁰²⁷.

Il semble que la Cour américaine du district sud de New-York dans *Rogers* et le Tribunal des droits de la personne d'Ontario dans *Armstrong v. Anna's Hair & Spa* tiennent compte de certains facteurs qui ne devraient pas être pertinents au prononcé d'une situation discriminatoire, en plus de décider unilatéralement de l'importance des caractéristiques personnelles alors que celles-ci varient d'une personne à l'autre et dépendent beaucoup des valeurs sociales¹⁰²⁸ ou culturelles. Convaincu que la politique capillaire n'a pas de grandes répercussions, le juge de la décision *Rogers* affirme qu'une politique d'embauche qui fait une distinction sur les codes capillaires ou la longueur des cheveux s'apparente davantage au choix de l'employeur de gérer son entreprise comme il l'entend qu'à une situation d'égalité d'opportunité professionnelle¹⁰²⁹. De plus, il soutient que les traits ethniques ne sont pas protégés par le titre VII sur l'interdiction de discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale¹⁰³⁰. Cela est problématique pour deux raisons.

Les motifs énumérés comme la race sont des éléments issus des contextes social et historique fondamentaux à la compréhension des systèmes et des relations dans lesquelles la discrimination

¹⁰²² *Armstrong c. Anna's Hair & Spa*, 2010, CanLII 1751, (HRTO), par. 2 (ci-après « Armstrong »)

¹⁰²³ *Id.*, par. 77

¹⁰²⁴ *Id.*, par. 78

¹⁰²⁵ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 111

¹⁰²⁶ *Armstrong c. Anna's Hair & Spa*, préc., note 1022, par. 79

¹⁰²⁷ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, préc., note 269, par. 106.

¹⁰²⁸ J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 322, p. 54

¹⁰²⁹ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p. 3

¹⁰³⁰ *Id.*, p. 2

se manifeste¹⁰³¹, donc en dissociant les cheveux afro de la race¹⁰³², le juge méconnaît la construction de la race dans la société, incluant les stéréotypes de race¹⁰³³, et il ne reconnaît pas en quoi les cheveux afro peuvent servir de proxy pour la race et devenir une cible ostensible de pratiques, attitudes et normes racistes. Il y a un manque de réalisme quant aux relations raciales aux États-Unis et c'est un problème qui pourrait également se retrouver au Québec. En effet, puisque l'article 10 de la Charte québécoise énumère des motifs protégés de façon exhaustive¹⁰³⁴, les employeurs québécois auraient a priori la latitude d'affirmer que leur code sur l'apparence serait neutre au niveau de la race ou du genre, alors qu'il viserait des caractéristiques personnelles comme les cheveux afro. Selon la juriste, activiste et Professeure de droit Wendy Greene de l'Université de Drexel à Philadelphie aux États-Unis, la texture des cheveux, tout comme la couleur de peau, a longtemps servi de marqueur social. L'affirmation selon laquelle les coiffures naturelles des cheveux afro sont une expression de l'identité raciale est courante pour les personnes afro descendantes¹⁰³⁵. Une fois que cela est pris en considération, il est difficile d'affirmer que les cheveux afro ne sont pas un élément inextricablement lié à la race, surtout sachant que les cheveux afro sont encore la source de refus de certains droits et privilèges dans le cadre scolaire et professionnel¹⁰³⁶.

Ensuite, permettre l'interdiction des cornrows dans le cadre des décisions qui reviennent à l'employeur illustre un débalancement de pouvoir entre les droits de l'employeur et les droits des employé.es. Les cours ont souvent excusé les codes sur l'apparence fondés sur les normes communément acceptées, tantôt considérant leur impact sur les employés comme trivial, tantôt considérant leur effet sur les genres comme neutre ou les considérant essentiels aux objectifs professionnels de l'employeur¹⁰³⁷. Banaliser les codes sur l'apparence pour les employés, mais les considérer importants pour l'employeur illustre une incohérence dans le raisonnement des juges¹⁰³⁸. Au lieu d'atteindre l'autonomisation et le respect sur le lieu de travail, les femmes, particulièrement les femmes issues de groupes marginalisés, sont censées s'intégrer à la structure professionnelle et juridique existante, sans redéfinition des droits ou des normes du travail. Lorsque les femmes demandent plus ou qu'elles remettent en question les normes juridiques et sociales ou culturelles

¹⁰³¹ WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND, préc., note 299, p. 52

¹⁰³² Laura DOYLE, « Cheveux crépus et droits humains », *le délit*, 18 février 2020

¹⁰³³ *Id.*

¹⁰³⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Libertés et droits fondamentaux / Droit à l'égalité: principes généraux », *Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine*, 2023, en ligne : < <https://www.caij.qc.ca/dossier/commission-des-droits-de-la-personne-et-des-droits-de-la-jeunesse-2> >

¹⁰³⁵ *Arnold v. Barbers Hill Indep. Sch. Dist.*, 479 F. Supp. 3d 511, 2020 U.S., p. 2

¹⁰³⁶ *Id.*, p. 1-2

¹⁰³⁷ K. T. BARTLETT, préc., note 927, p. 2544

¹⁰³⁸ *Id.*

au lieu de s'y conformer, elles paraissent radicales et leurs demandes paraissent exiger un traitement de faveur¹⁰³⁹.

De plus, lorsque les jugements de valeur sur ce qui est neutre, ce qui est trivial et ce qui est discriminatoire ne sont pas réexaminés, leur lien avec les normes sociales et culturelles fait en sorte qu'ils renforcent les préjugés et stéréotypes de genre et de race cachés dans les codes sur l'apparence¹⁰⁴⁰. Ces jugements reflètent le degré élevé de consensus social concernant les attentes liées à l'apparence¹⁰⁴¹ et il est difficile d'aller à l'encontre de ce consensus. Ainsi, les codes sur l'apparence voulant qu'une femme porte une jupe et des talons et qu'un homme garde ses cheveux courts peuvent paraître anodins, insignifiants et neutres pour un employeur, jusqu'au moment où les hommes se mettent à porter des jupes et des talons-hauts et que les femmes se rasent les cheveux¹⁰⁴². La transgression normative marginaliserait les personnes s'y risquant, mais démontrerait également l'absence de neutralité, d'insignifiance ou de naturalisation de ces postulats socio-culturels.

Les personnes transgenres et non-binaires subissent de la discrimination parce qu'elles ne correspondent pas à ce à quoi s'attend un employeur en matière de genre¹⁰⁴³. En 2014, la Commission ontarienne des droits de la personne, dans le cadre de sa politique sur la prévention de la discrimination liée à l'identité de genre et l'expression de genre¹⁰⁴⁴, avertit que les politiques vestimentaires et d'apparence devaient être inclusives pour tous, permettant notamment aux personnes transgenres de s'habiller en concordance avec leur identité et expression de genre¹⁰⁴⁵. Les codes vestimentaires et les codes sur l'apparence sont donc autant une question de discrimination qu'une question d'autonomie corporelle¹⁰⁴⁶, car ils empêchent les femmes, mais également les personnes de couleur et les personnes LGBTQ+, de faire leurs propres choix et d'exprimer leur vraie identité¹⁰⁴⁷. Le fait que l'apparence soit altérable ne veut pas dire ipso facto qu'une coiffure comme les cornrows ne soit pas fondamentale au sens de dignité et d'estime de soi

¹⁰³⁹ Caroline A. FOREL et DONNA M. Matthews, *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man*, New York, New York University Press, 2000, p. 5

¹⁰⁴⁰ K. T. BARTLETT, préc., note 927, p. 2558

¹⁰⁴¹ *Id.*

¹⁰⁴² *Id.*, p. 2559

¹⁰⁴³ Erin MULVANEY, « Dress Codes Central in Supreme Court Gender Identity Bias Debate », *Bloomberg Law*, 24 septembre 2019, en ligne : < <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/dress-codes-central-in-supreme-court-gender-identity-bias-debate> >

¹⁰⁴⁴ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle*, Toronto, 2014, en ligne :

<<https://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Policy%20on%20preventing%20discrimination%20because%20of%20gender%20identity%20and%20gender%20expression.pdf>>

¹⁰⁴⁵ *Id.*, p. 41

¹⁰⁴⁶ K. T. BARTLETT, préc., note 927, p. 2546

¹⁰⁴⁷ *Id.*

de la personne, au même titre que le genre ou la race¹⁰⁴⁸. Dans le cas des personnes transgenres et non-binaires, en réclamant une autonomie corporelle qui retire à l'employeur le pouvoir d'imposer un code sur l'apparence et un code vestimentaire fondés sur le sexe biologique de ses employés¹⁰⁴⁹, elles illustrent la capacité des employeurs de normaliser des postulats socio-culturels et des stéréotypes de genre.

Les personnes tenues en otage par les codes sur l'apparence ont beaucoup à perdre. Outre leurs opportunités professionnelles, elles ont à perdre leur capacité à créer les paramètres nécessaires à leur réalité et leur vie en société. La jurisprudence canadienne et québécoise en matière de codes sur l'apparence semble remédier à certaines lacunes de l'arrêt *Rogers* de 1981 aux États-Unis, quoique nous y décelions également quelques faiblesses potentiellement problématiques. La décision *Beaublanc* du Tribunal des droits de la personne du Québec en 1999 en particulier est utile afin de voir les difficultés que les personnes victimes de codes sur l'apparence discriminatoires pourraient rencontrer en faisant valoir leurs droits.

5.2.5. Analyse de la discrimination des codes sur l'apparence à l'aune de la jurisprudence québécoise

Dans le jugement *Beaublanc* de 1999, la CDPJQ avait d'abord cherché à démontrer que madame Landriau avait été victime de discrimination fondée sur le sexe du fait d'avoir été congédiée pour la taille de ses seins, puis elle s'était attelée à démontrer que cette discrimination lui avait causé une atteinte à son droit à la dignité humaine en vertu de l'article 4 de la Charte québécoise¹⁰⁵⁰.

En procédant en deux étapes, soit en faisant une analyse sur la discrimination vécue par la plaignante, puis en répétant la même démarche avec la dignité, il est possible qu'on évite de tomber dans le piège des arrêts suivant *Law* de 1999, qui réduisaient la discrimination à la question subjective du ressenti de la personne¹⁰⁵¹. On remarque également que lorsque vient le temps pour le tribunal d'aborder la question de l'atteinte à la dignité, 11 paragraphes sont consacrés à lister et décrire les traités internationaux qui protègent les personnes contre les atteintes à la dignité humaine¹⁰⁵², alors que l'analyse de l'atteinte à la dignité est réduite à un seul paragraphe¹⁰⁵³. D'un côté, l'introduction du droit international peut être bénéfique aux femmes, notamment si on puise

¹⁰⁴⁸ *Id.*, p. 2558

¹⁰⁴⁹ E. MULVANEY, préc., note 1043

¹⁰⁵⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13, par. 15

¹⁰⁵¹ F. FARADAY, M. DENIKE et K. STEPHENSON, préc., note 172, p. 15

¹⁰⁵² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13, par. 23-39

¹⁰⁵³ *Id.*, par. 40

dans la richesse des dispositions de la CEDEF, tels les articles 2¹⁰⁵⁴ et 5¹⁰⁵⁵ développés dans notre première partie et portant sur les différents vecteurs normatifs de discrimination envers les femmes. D'un autre côté, on peut se demander si l'utilisation de la dignité serait aussi limpide dans un cas plus complexe où l'atteinte à la dignité serait plus subtile.

En effet, le Tribunal souligne que le fait d'exiger que madame Laudriau ait des gros seins ou qu'elle dévoile son corps pour conserver son emploi est *clairement* une distinction fondée sur le sexe dans la reconnaissance de l'exercice en pleine égalité du droit à des conditions de travail sans discrimination¹⁰⁵⁶. Il est possible que puisque la distinction discriminatoire était évidente, il y avait également une atteinte évidente à la dignité et à son identité féminine¹⁰⁵⁷. Le tribunal reprit les paroles du juge Sheehan dans l'affaire *Restaurant de la courtisane* du Tribunal des droits de la personne du Québec en 1998, où une serveuse s'était fait renvoyer pour s'être plainte du nouveau code vestimentaire qui exigeait le port de talons-hauts, de jupes courtes et de hauts moulants¹⁰⁵⁸:

« Il y a des gens qui pensent qu'une personne n'est pas une femme à moins de rencontrer l'image stéréotypée qu'ils ont des femmes <...>. Cette façon de voir repose sur des préjugés et des stéréotypes; elle conduit à une forme de discrimination fondée sur le sexe... »¹⁰⁵⁹

Ce passage est pertinent pour les femmes et les filles qui subiraient un préjudice à cause du refus ou de l'incapacité à se conformer à l'image stéréotypée que certains se font des femmes. Cependant, il est également plausible que les normes sociales et culturelles en matière d'apparence se soient immiscées dans les codes sur l'apparence au travail depuis si longtemps ou de façon si subtile, qu'elles paraissent raisonnables et que les juges ne soient pas capables de déceler les stéréotypes aidant à construire cette unique image acceptable de la femme et de la féminité.

Du côté des allégations de discrimination raciale, la décision *Armstrong* du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario en 2011, reprenant les principes de décision *Radek* du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique en 2005, rappelle que les stéréotypes raciaux sont souvent le résultat de croyances inconscientes, de biais et de préjugés¹⁰⁶⁰. Le racisme envers les personnes noires et ses subtiles manifestations sont bien reconnus en droit canadien¹⁰⁶¹. Les juges

¹⁰⁵⁴ *Supra*, notes 86-97

¹⁰⁵⁵ *Supra*, notes 98-111

¹⁰⁵⁶ *Id.*, par. 18

¹⁰⁵⁷ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 406, par. 99

¹⁰⁵⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2362-1661 Québec Inc. (Restaurant la Courtisane)*, préc., note 452

¹⁰⁵⁹ *Id.*, par. 11

¹⁰⁶⁰ *Armstrong c. Anna's Hair & Spa*, préc., note 1022, par. 49e)

¹⁰⁶¹ *Sinclair v. London (City)*, 2008 HRTO 48, par. 18 : En l'espèce, un jour où il était à la mairie et n'avait pas reçu un service satisfaisant, le parajuriste Vincent Sinclair perdit patience, haussa le ton, frappa le comptoir, puis se fit escorter hors de l'édifice par un garde de sécurité. La plainte du parajuriste alléguait qu'il avait été traité de façon discriminatoire par la ville de London à cause de sa race. Si le

écrivait en 1993 que le racisme envers les personnes noires faisait partie de la psyché de la communauté canadienne, qu'une portion significative de la communauté tenait des vues racistes et qu'une portion encore plus grande agissait inconsciemment sur la base de stéréotypes raciaux négatifs. Les institutions reflètent et perpétuent ces stéréotypes négatifs¹⁰⁶². Cette ouverture à reconnaître le racisme internalisé de la société et du droit canadien est d'une importance qui ne peut être sous-estimée. Nier le racisme systémique et nier son emprise tentaculaire sur les institutions et entreprises canadiennes, c'est l'invisibiliser, c'est refuser de reconnaître les allégations de discrimination raciale et rendre superfétatoires les actions positives prises par le gouvernement afin de les contrer. La violence des codes sur l'apparence, et plus généralement des codes sexuels, s'exerce dans cette invisibilité.

Les exigences de maquillage et de couverture des cheveux gris pour une présentatrice télévisée soumise quotidiennement à l'examen du public, l'obligation de se raser les poils de jambe pour une serveuse dans un restaurant où la clientèle cible serait majoritairement masculine ou le refus d'accepter les cornrows comme étant une coiffure bien entretenue et professionnelle seraient des avenues faciles à emprunter et à justifier dans cette invisibilisation systémique des stéréotypes qui alimentent les codes sur l'apparence. La violence que cela engendrerait pourrait demeurer indétectable face au test de l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU* de la Cour suprême en 1999 en matière d'exigence professionnelle justifiée¹⁰⁶³. Selon ce-dernier, un employeur peut justifier une norme *prima facie* discriminatoire seulement s'il démontre qu'il l'a adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail, qu'il l'a adoptée en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail ou que la norme était raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail¹⁰⁶⁴.

Dans la décision *Beaublanc*, le Tribunal mentionne qu'il est acceptable qu'un employeur exige que les employés soignent leur apparence, surtout s'ils travaillent dans le public, mais que l'exigence d'avoir de gros seins ne pourrait être considérée une exigence professionnelle au sens de l'article 20 de la Charte¹⁰⁶⁵. De même, dans l'arrêt *Rogers*, le défendeur affirmait que la politique capillaire avait été adoptée pour aider la compagnie à projeter une image conservatrice et professionnelle¹⁰⁶⁶.

Tribunal n'accueillit pas la plainte de Sinclair, l'arrêt permit de revisiter la question du profilage racial et des autres formes subtiles de racisme encore prévalentes dans notre société.

¹⁰⁶² *R. v. Parks*, 1993 CanLII 3383 (ON CA), en ligne: <<https://canlii.ca/t/1npp2>>, p. 369

¹⁰⁶³ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 360, par. 57-63

¹⁰⁶⁴ *Id.*

¹⁰⁶⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 13, par. 22

¹⁰⁶⁶ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p.3

La Commission ontarienne des droits de la personne déclare, dans le cadre de son enquête des codes vestimentaires sexualisés dans les restaurants, que s'il est raisonnable pour les employeurs de s'attendre à ce que leurs employés aient une apparence bien soignée, il faut tenir compte du fait qu'il existe plusieurs textures de cheveux et que les coiffures privilégiées par les employés peuvent l'être pour des raisons en lien avec le genre, la race, l'origine ethnique, l'ancestralité, la religion ou d'autres motifs du code¹⁰⁶⁷. Au Canada, plusieurs exemples illustrent des exigences qui sont plus lourdes pour les femmes aux cheveux afro au nom du professionnalisme. En 2016, une employée se fit dire que ses tresses ne respectaient pas le look propre et professionnel de la marque Zara¹⁰⁶⁸. En 2019, une autre employée se fit mettre en garde que ses cheveux naturels allaient faire peur aux clients¹⁰⁶⁹. En 2015, un employeur dit à une serveuse noire qu'il ne voulait pas de ses tresses dans son restaurant et elle fut renvoyée¹⁰⁷⁰. En agissant de la sorte, les employeurs ne respectent pas ce que le législateur prévoit en matière d'exigence professionnelle justifiée¹⁰⁷¹ lorsqu'ils discriminent certaines employées à cause de leurs cheveux afro ou de la forme de leur corps.

Face à ces formes de discrimination raciale, la formation et la sensibilisation de tout individu, tels que les employeurs et les employés d'entreprises, les directeurs d'école, mais particulièrement les juges et les personnes appelées à enquêter sur des allégations de discrimination raciale, est fondamentale¹⁰⁷². Contrairement au juge dans l'arrêt *Rogers*, il faut que les juges intègrent à leur évaluation du test de l'exigence professionnelle justifiée une approche de compétence culturelle¹⁰⁷³, qui passe par la conscience de soi en tant qu'être inhéremment culturel sujet à des préjugés et des stéréotypes, la reconnaissance des effets néfastes de la pensée et du comportement discriminatoires sur les relations humaines et l'acquisition des compétences nécessaires, dont le sens de l'auto-critique, afin d'atténuer l'effet de ces comportements négatifs¹⁰⁷⁴.

Enfin, une dernière remarque doit être faite par rapport à certains propos tenus dans la décision *Armstrong* du Tribunal des droits de la personne d'Ontario en 2011. Le Tribunal affirme que les présomptions sur les cheveux des Noir.es ne font pas de sens, car il n'existe pas de cheveux de

¹⁰⁶⁷ Commission Ontarienne des Droits de la Personne, *Pas au menu : Rapport d'enquête sur les codes vestimentaires sexualisés et fondés sur le sexe dans les restaurants de l'Ontario. Problèmes persistants et solutions*, Toronto, en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/fr/pas-au-menu-rapport-d%E2%80%99enqu%C3%AAtes-sur-les-codes-vestimentaires-sexualis%C3%A9s-et-fond%C3%A9s-sur-le-sexe-dans-les/probl%C3%A8mes-persistants-et-solutions>>

¹⁰⁶⁸ RADIO CANADA, « Cree Ballah says she quit her job because Zara told her to remove her box braids », 13 avril 2016, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/zara-hair-complaint-1.3534664>>

¹⁰⁶⁹ Angelyn FRANCIS, « A Black AGO worker was told her hair could 'scare' customers. The gallery agreed that was discrimination and promised to do better. A year later, she's still fighting for justice », *Toronto Star*, 30 juin 2020

¹⁰⁷⁰ Christopher CURTIS, « Montreal steakhouse ordered to pay former worker \$14.5K », *Montreal Gazette*, 5 décembre 2018

¹⁰⁷¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 360, par. 249

¹⁰⁷² Pierre BOSSET, « Les mesures législatives de lutte contre la discrimination raciale au Québec » (2005) 17-2 *Nouvelles pratiques sociales* 15, p. 22

¹⁰⁷³ David M. TANOVICH, « The Further Erasure of Race in Charter Cases », (2006) 6 *Criminal Reports* 38, p.40

¹⁰⁷⁴ Rose VOJVODIC, « "Change is Pain": Ethical Legal Discourse and Cultural Competence », (2005) 8 *Legal Ethics* 55, p. 66

Blancs, d'Asiatiques ou de Noir.es. Il poursuit en déclarant que même si certains individus de descendance africaine noire ont des cheveux frisés, d'autres les ont ondulés ou lisses et que les individus, peu importe leur race, peuvent avoir des cheveux plus difficiles à gérer du fait de leur longueur, leur texture et leur style¹⁰⁷⁵. Selon nous, il peut être dangereux de se prononcer de la sorte.

D'abord, même si en théorie, il ne devrait y avoir de cheveux de Noir.es ou de Blancs, en pratique c'est le cas. Au lieu de promouvoir la justice sociale, refuser de voir la couleur des gens, ou dans notre cas de voir la différence dans leurs cheveux, est une nouvelle forme de racisme qui peut être encore plus subtile et indirecte¹⁰⁷⁶ car elle invisibilise la violence exercée sur la personne.

De plus, dire que certaines personnes noires n'ont pas les cheveux afro (frisés) donne une opportunité aux employeurs de comparer les employées noires entre elles et de dire que leur politique capillaire n'est pas discriminatoire, car une telle employée noire aux cheveux ondulés la respecte contrairement à une autre aux cheveux afro. Si les juges de la décision *Fraser* de la Cour suprême du Canada en 2020 rappellent qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres d'un groupe soient affectés de la même façon afin de prouver qu'ils ont subi une discrimination indirecte¹⁰⁷⁷, on note que dans le passé, les cas de discrimination indirecte où seulement certains membres d'un groupe protégé subissaient les effets de la mesure ou de la loi, le lien entre ces effets négatifs et le motif énuméré bafoué était effacé dans l'analyse de la Cour si elle ne portait pas assez attention au contexte social¹⁰⁷⁸. Dans la société, l'effet du colorisme veut que plus une femme noire a la peau pâle, le nez fin ou les cheveux bouclés ou ondulés, plus elle est valorisée, plus elle a de chance d'être acceptée et de se voir offrir des opportunités qui ne sont pas toujours présentées aux femmes foncées ou aux cheveux afro¹⁰⁷⁹.

Ensuite, cela fait fi de l'importance de la relation entre les cheveux afro, la race et la discrimination raciale. Dans l'arrêt *Rogers*, la compagnie attestait que la plaignante avait commencé à porter ses cheveux en cornrows après que le style ait été popularisé par une actrice blanche¹⁰⁸⁰. Les cornrows sont une coiffure africaine qui remonte à des millénaires¹⁰⁸¹. Le fait que des personnes blanches portent des cornrows et que ce soit utilisé comme argument contre les femmes noires est

¹⁰⁷⁵ *Armstrong c. Anna's Hair & Spa*, préc., note 1022, par. 57

¹⁰⁷⁶ Marcella LAFEVER, « Racism in Canada: We still have a lot of work to do », *Practically Speaking (University of the Fraser Valley)*, 5 avril 2020

¹⁰⁷⁷ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 104, par. 74; Dianne POTHIER, préc., note 267, p.58

¹⁰⁷⁸ Melina BUCKLEY & Fiona SAMPSON, préc., note 270, p. 496

¹⁰⁷⁹ Adeola EGBEYEMI, « Shedding Light on Colorism: How the Colonial Fabrication of Colorism Impacts the Lives of African American Women », (2019) 2 *Journal of Integrative Research & Reflection* 1, p.6

¹⁰⁸⁰ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p. 4

¹⁰⁸¹ Princess GABBARA, « Cornrows and sisterlocks and their long history », *Ebony*, 20 janvier 2017

problématique, car cela témoigne d'une appropriation culturelle¹⁰⁸². Le premier volet de ce problème est que les personnes blanches peuvent adopter ces coiffures par désir d'exotisme et non parce que leurs cheveux en sont mieux entretenus et protégés. En effet, le cheveu afro a des particularités, car il est sec, il pousse en spirale en déviant la gravité, il s'emmêle extrêmement facilement et il prend plus de temps à être coiffé. Le placer dans des cornrows permet de le garder en place et le maintenir hydraté. En plus de cela, les personnes non afro descendantes qui adoptent des coiffures afro ne sont pas nécessairement au courant de l'histoire, ni de l'ampleur du combat des femmes noires à s'affirmer, notamment à travers leurs cheveux. Le second volet problématique de cette démarche est que ces personnes blanches sont ensuite reconnues comme étant à l'origine d'un élément culturel ne leur appartenant pas. Alors que ce-dernier devient acceptable et matière à admiration lorsqu'elles s'en approprient, les groupes de personnes qui sont véritablement à l'origine de cet élément culturel ne sont pas reconnus comme tels, ils ne profitent pas du privilège de s'en prévaloir et ils sont discriminés lorsqu'ils l'arborent. Alors que des personnes noires continuent de perdre leurs droits et privilèges à cause de leurs cheveux et leurs coiffures afro¹⁰⁸³ et que des personnes non-noires continuent de faire de l'argent grâce à l'exploitation décontextualisée de ces coiffures¹⁰⁸⁴, l'appropriation culturelle nous enseigne que ce sont les coiffures afro *sur* les corps noirs qui sont considérés inacceptables et qui livrent les personnes noires à un traitement discriminatoire.

Pour ces raisons, il semble important que la définition de ce qui constitue une discrimination raciale inclut la texture des cheveux. Dans *Beaublanc*, le Tribunal retient la définition de la discrimination fondée sur le sexe de l'arrêt *Janzen* de la Cour suprême du Canada de 1989¹⁰⁸⁵. Dans le cadre du travail, il s'agit d'une discrimination liée à des pratiques et 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 sexe¹⁰⁸⁶. Il serait possible de dire que ce sont les attitudes et pratiques limitant les conditions d'emploi en raison de caractéristiques prêtées aux personnes de la race noire, telle la texture des cheveux, qui constituent une discrimination envers les personnes noires.

¹⁰⁸² Oxford Reference, *Overview Cultural Appropriation*, The Concise Oxford Companion to English Literature (3), « cultural appropriation », en ligne :

<<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095652789;jsessionid=A47AA60DDA96E31D3299A52D15D8DB51>> L'appropriation culturelle cible généralement les appropriations occidentales de thèmes, pratiques et éléments créatifs ou artistiques non occidentaux ou non blancs et elle porte des connotations d'exploitation et de domination.

¹⁰⁸³ *Arnold v. Barbers Hill Indep. Sch. Dist.*, préc., note 1044

¹⁰⁸⁴ Mackenzie WAGONER, « The Dreadlocks Debate: How Hair Is Sparking the Conversation of the Moment », *Vogue*, 21 septembre 2016

¹⁰⁸⁵ *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252

¹⁰⁸⁶ *Id.*, p. 1279

Ainsi, contrairement aux juges de l'arrêt *Rogers* de la Cour du district sud de New-York qui considéraient que la stabilité émotionnelle et psychologique des travailleurs issus de groupes minoritaires ne saurait être qualifiée d'infrangible à cause de la politique capillaire d'American Airlines¹⁰⁸⁷, il nous semble que les codes sur l'apparence interdisant les coiffures et cheveux afro engendrent une forme de discrimination intersectionnelle sur le fondement de la race et du genre qui fragilise la santé psychologique et la situation économique des femmes noires.

5.3. La violence économique et psychologique des codes sur l'apparence

L'internalisation des codes sur l'apparence et l'invisibilisation de leur violence masquent le travail constant d'entretien du corps, de la jeunesse à la vieillesse, qui pèse sur les femmes¹⁰⁸⁸. Ce travail affecte les femmes sur le plan physique, économique et psychologique.

Quand on pense au fait que les écoles de coiffure au Québec n'ont pas de cours sur les cheveux afro, on réalise que non seulement les cheveux afro ne sont pas valorisés, les cheveux et coiffures afro ne peuvent être traduits dans des termes qui gouvernent la réalité, car ils sont effacés. Sanctionner le port d'un afro c'est sanctionner la manière dont les cheveux sortent naturellement du crâne de certaines personnes et donc faire de ces personnes « l'autre ». La coercition des codes sur l'apparence en lien avec les cheveux afro va au-delà des politiques d'entreprises et même les femmes d'un certain statut social et occupant des positions de visibilité, y sont soumises.

La première sénatrice Afro-américaine Carol Moseley-Braun s'était attirée moquerie et désapprobation le jour de sa cérémonie d'inauguration en 1993, car elle avait porté des tresses. Elle trouva cela déplorable car elle avait pris beaucoup de temps à perfectionner sa coiffure¹⁰⁸⁹. Des années plus tard, l'ancienne Première Dame des États-Unis Michelle Obama admit que la raison pour laquelle ses cheveux étaient toujours lisses lors de la présidence de son mari était parce qu'elle savait que les États-Unis n'étaient pas prêts à avoir une Première Dame portant ses cheveux naturels ou portant des tresses. Afin que l'administration et le pays puissent se concentrer sur des enjeux plus importants, elle choisit de lisser ses cheveux pendant 8 ans¹⁰⁹⁰. L'approche stratégique de Michelle Obama en matière de cheveux lui a permis de se prémunir contre les reproches, les critiques et les attaques contre elle et son mari, mais cela illustre des barrières devant l'atteinte de l'égalité réelle des femmes issues de communautés opprimées¹⁰⁹¹, qui ne sont pas nécessairement

¹⁰⁸⁷ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p. 4

¹⁰⁸⁸ A. MCROBBIE, préc., note 635, p. 19

¹⁰⁸⁹ Anne NORTH, « America's sexist obsession with what women politicians wear, explained », *Vox*, 3 décembre 2018

¹⁰⁹⁰ Jonathan EDWARDS, « Michelle Obama says Americans 'weren't ready' for her natural hair », *The Guardian*, 17 novembre 2022

¹⁰⁹¹ J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 322, p. 58

reconnues comme de la discrimination raciale ou de genre¹⁰⁹². À cause de l'invisibilisation de la violence des codes sur l'apparence, il n'y a pas eu de questionnement quant à ce que les femmes noires devaient subir et l'argent qu'elles devaient investir afin de donner l'illusion d'avoir des cheveux lisses.

Lisser les cheveux au peigne chaud, chauffé directement au poêle ou à la cuisinière, une méthode prisée dans les années précédant le fer plat, était dangereux dans la mesure où il pouvait brûler la peau si la personne bougeait, ce qui arrivait souvent chez les enfants¹⁰⁹³. Ce genre de chaleur sur les cheveux à répétition est extrêmement dommageable pour les cheveux à long terme. Les perruques sont peut-être moins dommageables, mais elles demeurent coûteuses. Les défrisants chimiques sont encore le moyen le plus dangereux pour les cheveux et les femmes noires les utilisent. Ils contiennent de l'hydroxyde de sodium, du guanidine carbonate, de l'acide succinique, de l'acide thio-glycolique, soit des produits corrosifs qui peuvent causer des brûlures, des vésications et des lésions aux yeux, qui sont nocifs à l'indigestion et à l'inhalation et qui peuvent causer des lésions chimiques graves¹⁰⁹⁴. De plus, ces produits ont été prouvés comme augmentant les chances de cancer du sein chez les femmes noires de 31% et augmentant les chances de fibromes utérins, ce qui peut causer de grandes douleurs et de l'infertilité¹⁰⁹⁵. Certains produits peuvent bloquer le fonctionnement des hormones naturelles, comme l'œstrogène, et vont même jusqu'à déranger les réponses naturelles du corps¹⁰⁹⁶. De plus, des recherches ont démontré que moins de 25% de produits de beauté et de cheveux ciblant les femmes noires ont un faible taux de risque par rapport à l'utilisation d'ingrédients dangereux, contrairement à 40% pour les produits destinés à la population générale. Les personnes qui travaillent dans les salons de coiffure pour Noir.es sont également exposées à ces risques du fait de les manipuler tous les jours¹⁰⁹⁷.

Puisqu'il n'y a pas de cours de coiffure qui comprend un chapitre pour les cheveux afro, les Noir.es doivent ouvrir leur propre salon, ce qui maintient dans l'ombre tous ces enjeux. Cela normalise l'association des cheveux afro à une anomalie, à un manque d'entretien capillaire, surtout sachant que les cheveux participent aux images contrôlantes des femmes noires, car ils rappellent à la fois leur féminité et leur négritude. La violence prend une nouvelle dimension lorsque la perception négative des cheveux afro mène à une internalisation de cette perception.

¹⁰⁹² *Id.*, p. 61

¹⁰⁹³ P. HILL COLLINS, préc., note 486, p. 91

¹⁰⁹⁴ Ntianu OBIORA, « The harsh truth about hair relaxers », *Pulse*, 18 novembre 2022

¹⁰⁹⁵ Safiya CHARLES, « 'Under protected:' Women ingest hair products' toxins every day. For black women, it's worse », *Montgomery Advertisment*, 24 février 2020

¹⁰⁹⁶ *Id.*

¹⁰⁹⁷ Stephenetta Isis HARMON, « These are the most toxic beauty products marketed to Black women », *Hype Hair*, 7 décembre 2016

En collaboration avec le Strategic Training Initiative for the Prevention of Eating Disorders: A Public Health Incubator (STRIPED) de l'université d'Harvard, le Dove Self-Esteem Project a publié un rapport en octobre 2022 appelé “*The real cost of beauty ideals*”¹⁰⁹⁸, le premier à étayer les effets négatifs, autant psychologiques, médicaux, qu'économiques, des idéaux racistes et genrés liés à l'apparence¹⁰⁹⁹. Quoique l'étude se soit déroulée aux États-Unis, la problématique des normes de beauté dépasse les frontières américaines et il nous semble que les apprentissages de l'étude peuvent aisément se transposer au Canada.

Les standards de beauté peuvent mener une personne à juger son apparence négativement, menant à une insatisfaction corporelle, et ils peuvent également mener à de la discrimination fondée sur l'apparence¹¹⁰⁰. L'insatisfaction corporelle est une attitude négative sévère et persistante par rapport à l'apparence physique qui est causée par les standards de beauté préjudiciables¹¹⁰¹. La discrimination fondée sur l'apparence inclut le poids, le teint de peau, la texture de cheveux, entre autres, et l'injustice qu'elle engendre est visible dans le secteur de l'éducation, de l'emploi, des services de santé, etc.¹¹⁰². Les effets préjudiciables de l'insatisfaction corporelle incluent des troubles alimentaires, de la dépression, de l'anxiété, une faible estime de soi, des pensées et actions suicidaires, des comportements risqués au niveau de la consommation de drogues et d'alcool, un évitement de l'école, du travail et des interactions sociales, l'emploi de produits et de procédures dangereuses comme la chirurgie esthétique, les défrisants chimiques et les crèmes éclaircissantes¹¹⁰³. Notons que les crèmes éclaircissantes représentaient un marché de 2.3 milliards de dollars aux États-Unis en 2020¹¹⁰⁴ et c'est un enjeu reconnu par l'Organisation Mondiale de la Santé¹¹⁰⁵, car le mercure présent dans ces crèmes engendre de graves problèmes de santé comme l'hyperpigmentation, le carcinome, des infections virales, bactériennes et fongiques de la peau¹¹⁰⁶, le cancer de la peau, l'empoisonnement au mercure et des dommages aux reins¹¹⁰⁷. Ces crèmes sont particulièrement utilisées en Afrique Sub-Saharienne, au Moyen-Orient, en Asie et en Amérique Latine, ce qui veut certainement dire que le blanchiment de la peau est en réaction à la

¹⁰⁹⁸ DOVE SELF-ESTEEM PROJECT et STRATEGIC TRAINING INITIATIVE FOR THE PREVENTION OF EATING DISORDERS: A PUBLIC HEALTH INCUBATOR, «Report: The real cost of beauty ideals» *STRIPED News*, en ligne: <<https://www.hsph.harvard.edu/striped/wp-content/uploads/sites/1267/2022/10/Real-Cost-of-Beauty-Report-10-4-22.pdf>>

¹⁰⁹⁹ *Id.*, p. 9

¹¹⁰⁰ *Id.*, p. 25

¹¹⁰¹ *Id.*, p. 17

¹¹⁰² *Id.*

¹¹⁰³ *Id.*, p. 51

¹¹⁰⁴ *Id.*, p. 86

¹¹⁰⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mercury in skin lightening products*, Geneva, Department of Public Health, Environmental and Social Determinants of Health, 2019, en ligne: <<file:///C:/Users/user/Downloads/WHO-CED-PHE-EPE-19.13-eng.pdf>>

¹¹⁰⁶ DOVE SELF-ESTEEM PROJECT et STRATEGIC TRAINING INITIATIVE FOR THE PREVENTION OF EATING DISORDERS: A PUBLIC HEALTH INCUBATOR, préc., note 1098, p. 86 et 176

¹¹⁰⁷ *Id.*, p. 86

discrimination sur le teint de la peau et au colorisme¹¹⁰⁸. Les conséquences de la discrimination fondée sur l'apparence incluent des problèmes de santé comme de la dépression, de l'anxiété, de la phobie sociale, des dérégulations physiologiques, du stress post-traumatique, de la dysfonction sensorielle, des expériences psychotiques, voire la mort¹¹⁰⁹. De plus, la discrimination fondée sur l'apparence cause des pertes d'opportunités d'emplois et une perte de revenus, un plus haut taux d'incarcération et de suspensions scolaires et un plus bas taux de scolarisation¹¹¹⁰. En tout, les standards de beauté nocifs ont coûté à l'économie américaine 305 milliards de dollars à cause de l'insatisfaction corporelle et 501 milliards de dollars à cause de la discrimination fondée sur l'apparence en 2019¹¹¹¹. Dans les deux cas, le coût économique et psychologique est un fardeau qui pèse disproportionnellement sur les filles et les femmes¹¹¹².

Étant le produit d'une construction sociale, les idéaux normatifs de beauté perpétuent les désavantages qui affectent déjà certains groupes. Les personnes avec des traits majoritairement blancs sont systématiquement et structurellement privilégiées alors que celles avec le teint plus foncé et les cheveux afro tendent à être dévalorisées¹¹¹³. La prévalence de l'insatisfaction corporelle est à son plus haut chez les femmes noires et à son plus bas chez les hommes blancs¹¹¹⁴. Les femmes noires passent trois fois plus de temps à styler et lisser leurs cheveux et neuf fois plus d'argent sur des produits capillaires et de beauté que les femmes de tous les autres groupes raciaux et ethniques¹¹¹⁵. En effet, les femmes se lisent les cheveux pour obtenir un emploi car si elles se présentent avec leurs cheveux naturels ou des tresses elles risquent de ne pas l'obtenir¹¹¹⁶. De façon générale, qu'elles s'exécutent ou non, les femmes noires ressentent cette pression de lisser leurs cheveux pour obtenir un emploi¹¹¹⁷. La discrimination sur les cheveux naturels afro affecte 5 millions de personnes dans la communauté noire aux États-Unis¹¹¹⁸ et une femme afro-américaine sur quatre en a été victime¹¹¹⁹.

Toutefois, protégeant les femmes noires victimes de la violence des codes sur l'apparence visant les cheveux afro, on retrouve une initiative législative qui nivèle le terrain de jeu. Il s'agit du

¹¹⁰⁸ *Id.*, p. 86 et 181

¹¹⁰⁹ *Id.*, p. 70

¹¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹¹ *Id.*, p. 17

¹¹¹² *Id.*, p. 9

¹¹¹³ *Id.*, p. 25

¹¹¹⁴ *Id.*, p. 41

¹¹¹⁵ *Id.*, p. 86

¹¹¹⁶ Claudia TATE, *Black Women Writers at Work*, New York, Haymarket Books, 1983, p. 141; Christy ZHOU KOVAL et Ashleigh Shelby ROSETTE, « The Natural Hair Bias in Job Recruitment » (2020) 12-5, *Social Psychological and Personality Science*, 741, p. 741

¹¹¹⁷ C. Z. KOVAL et A. S. ROSETTE, « The Natural Hair Bias in Job Recruitment », préc., note 1116, p. 742

¹¹¹⁸ *Id.*, p. 12

¹¹¹⁹ *Id.*, p. 45

*C.R.O.W.N. (Create a Respectful and Open World for Natural Hair) Act*¹¹²⁰, un projet de loi adopté par la Chambre des Représentants du Congrès des États-Unis le 18 mars 2022 dont l'objectif est d'interdire toute forme de discrimination sur les cheveux et coiffures afro¹¹²¹.

5.4. Le *CROWN Act* : couronner la lutte contre la violence des codes sur les cheveux afro

Les codes sexuels, englobant les codes vestimentaires et les codes sur l'apparence, ne sont pas étrangers au droit. Les codes sexuels évoluent en symbiose avec le droit, surtout lorsque normes juridiques et codes sexuels puisent des mêmes stéréotypes, préjugés ou normes sociales et culturelles. On peut voir poindre un changement lorsque le législateur se saisit de la problématique des codes sexuels, non pour entériner sa violence, mais pour la faire cesser et promouvoir un nouveau narratif.

Le *CROWN Act* interdit la discrimination des cheveux et des coiffures afro¹¹²², incluant les coiffures afro protectrices, dont les tresses, les locs, les twists, les bantu knots, les cornrows et les afros¹¹²³. Une des particularités du *CROWN Act* est qu'il s'agit d'une législation résultant d'un mouvement de la société civile. En effet, c'est le produit d'une coalition américaine rassemblant les organisations *National Urban League*, *Color of Change*, *Western Center on Law & Poverty* et la marque Dove. La campagne autour du *CROWN Act* est aussi le résultat d'efforts de la part de l'ancienne sénatrice californienne Holly J. Mitchell et des co-fondatrices Esi Eggleston Bracey, Kelli Richardson Lawson, Orlena Nwokah Blanchard et Adjoa B. Asamoah¹¹²⁴. Le premier État à avoir adopté le *CROWN Act* est la Californie, en 2019¹¹²⁵. Cette première législation a modifié la définition de « race » dans le *Fair Employment and Housing Act*¹¹²⁶ et le *Education Code* de Californie¹¹²⁷ afin de garantir que la protection des cheveux et coiffures afro s'étende au travail et aux écoles primaires et secondaires¹¹²⁸. Depuis le *CROWN Act* californien, plusieurs législateurs fédéraux et de différents états américains ont montré leur soutien à cette initiative. Aujourd'hui, le *CROWN Act* est une législation dans 23 états américains et dans 51 municipalités¹¹²⁹. C'est

¹¹²⁰ *Id.*

¹¹²¹ H.R.2116, 117th Cong., préc., note 671, (ci-après « *CROWN Act* »)

¹¹²² *Id.*

¹¹²³ *Id.*, § 2 (a) (4)

¹¹²⁴ DOVE et CROWN COALITION, «Creating a Respectful and Open World for Natural Hair. The Official Campaign of The CROWN Act Led by the CROWN Coalition», 2019, en ligne: < <https://www.thecrownact.com/> >

¹¹²⁵ SB-188, ch. 58, *An act to amend Section 212.1 of the Education Code, and to amend Section 12926 of the Government Code, relating to discrimination*, (2019), en ligne: < https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=2019202005B188 >

¹¹²⁶ CA, Government Code, tit. 2, § 12926, (1980), *California Fair Employment and Housing Act*

¹¹²⁷ CA, Education Code, tit. 1, art. 212.1, (1976), *Definitions [210 - 214]*

¹¹²⁸ DOVE et CROWN COALITION, préc., note 1125, en ligne: <<https://www.thecrownact.com/about>>

¹¹²⁹ *Id.*

également un projet de loi au niveau fédéral, ayant été adopté par la Chambre des Représentants en mars 2022, mais n’ayant pas passé devant le Sénat en décembre 2022. Le projet de loi sera introduit à nouveau dans la session législative de 2023¹¹³⁰.

Le *CROWN Act*, comme il avait été présenté et adopté par la Chambre des Représentants des États-Unis en 2022, peut être informellement divisée en deux. D’abord, une section sur les conclusions quant à la situation factuelle des cheveux et des coiffures afro, l’objectif du Congrès et le but de la législation¹¹³¹. Ensuite, les autres sections démontrent les modifications qu’emmènerait le *CROWN Act* dans la société américaine et dans le droit américain, notamment dans le *Civil Rights Act* de 1964¹¹³². Nous nous rappelons que dans l’arrêt *Rogers* de la Cour de district sud de New-York en 1981, la plaignante affirmait que la discrimination qu’elle subissait à cause de ses cornrows violait le *Civil Rights Act*, ce-dernier interdisant la discrimination travail basée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l’origine nationale¹¹³³.

Le *CROWN Act* rappelle que les cheveux, comme la couleur de peau, ont servi de motifs de discrimination raciale¹¹³⁴ et que cette dernière se produit entre autres à cause de stéréotypes de longue date associés à la texture et aux coiffures afro¹¹³⁵. La discrimination raciale est reflétée dans les politiques et les pratiques d’écoles et de milieux de travail qui bannissent les cheveux afro et les coiffures afro communément portées par les personnes afro descendantes¹¹³⁶. La loi dispose que l’interprétation judiciaire étroite du concept de discrimination raciale¹¹³⁷ a permis à des employeurs de discriminer des personnes afro descendantes qui portaient leurs cheveux naturels ou des coiffures afro protectrices dans l’impunité¹¹³⁸.

Ensuite, le Chambre des Représentants décrète que le gouvernement fédéral doit reconnaître que les personnes dont la texture des cheveux ou les coiffures sont historiquement et actuellement associées à des personnes afro-descendantes souffrent systématiquement de discrimination à l’école, au travail et dans d’autres contextes à cause de stéréotypes¹¹³⁹. De plus, le *CROWN Act* met l’accent sur l’importance de l’élaboration d’une législation claire et globale qui aborde la privation systémique d’opportunités académiques et professionnelles à cause de la texture des cheveux et des

¹¹³⁰ *Id.*,

¹¹³¹ H.R.2116, 117th Cong., préc., note 671, § 2

¹¹³² *Id.*, § 2-8

¹¹³³ *Rogers v. American Airlines, Inc.*, préc., note 12, p. 3; 42 U.S.C., § 2000e-, préc., note 1130

¹¹³⁴ H.R.2116, 117th Cong., préc., note 671, § 2 (a) (2)

¹¹³⁵ *Id.*, § 2 (a) (3)

¹¹³⁶ *Id.*, § 2 (a) (5)

¹¹³⁷ *Id.*, § 2 (a) (9)

¹¹³⁸ *Id.*, § 2 (a) (8)

¹¹³⁹ *Id.*, § 2 (b) (1)

coiffures associées à la race¹¹⁴⁰ afin d'empêcher les décisions, pratiques et politiques engendrées par et reflétant les stéréotypes liés à la race¹¹⁴¹. Ultiment, l'objectif du *CROWN Act* est d'instituer une définition du terme « race » qui accorde la même protection contre la discrimination raciale que le Congrès américain désirait garantir avec ses lois fédérales de droit civil¹¹⁴². Cette protection législative est fondamentale car elle permet à la discrimination fondée sur les cheveux afro de ne pas être une affaire emmenée devant les tribunaux par les femmes et les filles les plus privilégiées et accordant des accommodations individuelles au lieu de changements structurels¹¹⁴³.

Ce qui est intéressant avec la première section de la loi *CROWN Act* c'est qu'elle agit de façon concrète. Les législateurs mentionnent des exemples de discrimination capillaire¹¹⁴⁴ et critiquent l'interprétation judiciaire étriquée du concept de race, qui excluait des caractéristiques comme les cheveux afro, puisque cela avait fait échouer les réclamations de personnes noires victimes de discrimination. En plus de contextualiser la problématique de façon factuelle, ils le font de façon historique. En mentionnant l'association historique entre les cheveux afro et la race, en mentionnant le rôle des stéréotypes dans la discrimination raciale, les législateurs ne déresponsabilisent pas la société américaine, ils la forcent à confronter son passé et sa participation au maintien de certaines inégalités. Ainsi, dans le cas d'un litige portant sur les cheveux et les coiffures afro, quand les juges décortiqueront les faits afin de les traduire dans un langage juridique, ils ne pourront user du pouvoir exorbitant que confère le droit de sélectionner, délimiter et rejeter ce qui est pertinent ou non selon leurs propres standards de raisonabilité. En effet, le droit, par sa prétention d'avoir une méthode presque scientifique de reconnaissance de la vérité¹¹⁴⁵, peut valider l'imposition de certaines normes sur des groupes minoritaires, sans qu'il soit pris en compte que les législateurs et les juges sont souvent issus des groupes dominants¹¹⁴⁶, que ce soit au niveau du genre, de la race, de la religion ou autre. Nous qualifions ce pouvoir d'exorbitant car lorsque les juges tranchent des litiges portant sur les droits des femmes ou des minorités raciales, ils bénéficient de l'autorité réservée aux détenteurs de la vérité juridique¹¹⁴⁷ et ils perpétuent une unique vérité juridique. Avec le *CROWN Act*, les juges devront toujours respecter l'objectif de la loi et le contexte historique, politique et social dans lequel elle s'insère et ils devront sanctionner tout manquement à cette loi

¹¹⁴⁰ *Id.*, § 2 (b) (2)

¹¹⁴¹ *Id.*, § 2 (b) (4)

¹¹⁴² *Id.*, § 2 (c)

¹¹⁴³ Elizabeth SHILTON, préc., note 329, pp. 57 et 58

¹¹⁴⁴ H.R.2116, 117th Cong., préc., note 671, § 2 (a) (6)

¹¹⁴⁵ C. SMART, préc., note 588, p. 9

¹¹⁴⁶ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 589, p. 37

¹¹⁴⁷ C. SMART, préc., note 588, p. 13

pour ne pas renforcer les inégalités horizontales entre les individus et la hiérarchisation des femmes noires en tant que groupe social subordonné par rapport aux groupes sociaux dominants¹¹⁴⁸.

Exprimer de façon explicite, grâce à une loi, la nécessité de protéger les femmes noires de la discrimination sur les cheveux afro, démontre un législateur qui est soucieux d'aborder et de répondre de façon explicite aux problèmes qui s'érigent entre ces femmes et l'égalité réelle. Au Québec, nous avons vu ce genre de volonté législative avec l'ajout de l'identité ou l'expression de genre en tant que motifs protégés par l'article 10 de la Charte québécoise. En effet, alors que le Tribunal des droits de la personne avait reconnu la protection contre la discrimination à l'égard d'une personne transgenre en 1998 dans sa décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maison des jeunes A*¹¹⁴⁹, cela ne protégeait pas l'ensemble des personnes transgenres dans leur diversité¹¹⁵⁰. Se prononçant sur l'adoption de l'amendement, la ministre de la Justice de l'époque, Stéphanie Vallée, affirma que des organisations de défense des droits LGBTQ+ et des experts en santé et en travail social, avaient suggéré la formulation actuelle « d'identité et d'expression de genre ». C'était dans le but de protéger les personnes transgenres de la discrimination en raison de leur identité de genre, puisqu'elle ne correspond pas au sexe attribué à la naissance, mais également de la discrimination survenant à cause de la façon dont elles expriment leur identité de genre. Même si cette expression de genre semblait être incluse dans l'identité de genre, la ministre accepta la formulation suggérée, car elle reconnaissait l'importance de verbaliser et exprimer la protection garantie aux personnes transgenres, notamment afin de démontrer que le législateur québécois se référerait à une réalité concrète et voulait répondre aux préoccupations des différents groupes sociaux¹¹⁵¹.

Enfin, en insistant sur la nécessité d'une action étatique législative venant remédier au caractère systémique de la discrimination subie par les personnes afro descendantes à cause de leurs cheveux et en présentant une liste non exhaustive de lieux ou institutions où devrait s'appliquer la loi¹¹⁵², les législateurs du *CROWN Act* ne laissent aucune marge pour quiconque tenterait de réfuter la réalité de cet enjeu ou de minimiser sa violence. Plus que cela, ils semblent chercher cette égalité

¹¹⁴⁸ A. ROBERT SANGIULIANO, préc., note 227, p. 631

¹¹⁴⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (M.L.) c. Maison des jeunes A*, [1998] RJQ 2549 – 33 CHRR 263; En l'espèce, ML était employée de la Maison des jeunes et malgré la bonne qualité de son travail, la Maison des jeunes a mis fin à son emploi, principalement parce qu'elle était une femme transgenre en début de transition. Le Tribunal dut se demander si mettre fin au contrat de travail de ML pouvait être considéré comme un acte discriminatoire au sens de l'article 10 de la Charte québécoise.

¹¹⁵⁰ Jean-Sébastien SAUVÉ, « L'interdiction de discriminer les personnes trans dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2015) 23 *Enfances Familles Générations* 108, p. 117

¹¹⁵¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des relations avec les citoyens*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 9 juin 2016, « Étude détaillée du projet de loi no 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres », p. 11

¹¹⁵² H.R.2116, 117th Cong., préc., note 671, § 2 (b) (3)

transformative à laquelle fait référence le comité de la CEDEF¹¹⁵³, en éduquant le justiciable sur les différentes coiffures afro, en intégrant au domaine de la réalité capillaire les cheveux des personnes noires et en les protégeant. Cette reconnaissance étatique des cheveux afro permet aux personnes autrefois ostracisées de persister dans leur être, de normaliser leur individualité et leur affirmation identitaire comme faisant partie de l'ordre naturel.

5.5. S'inspirer du CROWN Act pour enrayer les codes sexuels au Canada et au Québec

Au Québec et au Canada, il n'existe pas d'équivalent du *CROWN Act*, pas plus qu'il n'existe de législation pour encadrer les codes vestimentaires à l'école, les codes vestimentaires et les codes d'apparence des entreprises privées. La *Charte d'engagement volontaire visant la promotion d'une image corporelle saine et diversifiée* est une initiative louable, mais étant volontaire, donc ne bénéficiant pas de la coercition du droit, on doute qu'elle puisse engendrer des changements structurels. Toutefois, on peut quand même s'inspirer du processus ayant mené à la Charte, car il pourrait être utile à l'édification de normes étatiques cherchant à lutter contre les codes sexuels.

L'avènement de la *Charte d'engagement volontaire visant la promotion d'une image corporelle saine et diversifiée* est le résultat du constat d'une situation purement factuelle. Suite aux décès des mannequins brésilienne et argentine aux mains de la boulimie et l'anorexie, et sous une pression interne et un rejet sur le plan international des exigences exorbitantes de maigreur, le Ministère de la culture, des communications et de la condition féminine (MCCCF) prit action¹¹⁵⁴. Il convoqua des représentants des gouvernements provinciaux, de l'industrie de la mode, des médias et de la publicité afin de les conscientiser sur l'ampleur et le danger que représentent la projection d'une seule image corporelle et la pression sociale à l'atteindre, et afin de proposer un plan d'action concret afin de renverser ces normes. Un des enjeux sur la table était le statut des femmes qui demeurait contrôlé par la mode, les produits cosmétiques et les médias, renvoyant l'idéal d'un corps jeune, maigre et sans imperfection¹¹⁵⁵.

Au Canada, les faits démontrent que 80% des femmes, depuis l'âge de 13 ans, éditent leurs photos avant de les publier sur les réseaux sociaux pour tenter de correspondre aux standards de beauté. Les deux tiers des participantes affirment que si les images qu'on leur envoyait étaient plus réalistes, elles se sentiraient plus confiantes, moins jugées et seraient davantage en mesure de publier leurs photos sans les modifier. Elles affirment également qu'elles aimeraient qu'on accorde

¹¹⁵³ *Supra*, notes 73, 78, 79, 80 et 81

¹¹⁵⁴ INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, préc., note 915, p. 13

¹¹⁵⁵ *Id.*

plus d'importance à qui elles sont et non à leur apparence¹¹⁵⁶. En 2017, l'organisation Girl Guides Canada pour les jeunes filles a publié une étude démontrant que 59% des filles ressentaient de la pression de la société, que ce soit des médias, des réseaux sociaux, des amis, des parents ou des enseignants, de se conformer aux idées de ce que c'est que d'être une fille. De plus, 56% des filles disaient recevoir des messages contradictoires quant à la manière dont elles devaient agir, se vêtir et paraître. Enfin, 71% des filles utilisant les réseaux sociaux ont dit faire face à des problèmes d'estime de soi en tentant de se conformer aux idéaux sociaux de beauté¹¹⁵⁷. Ainsi, les faits démontrent que les femmes et les filles canadiennes sont confrontées à un mal-être à cause des standards de beauté.

Revenant au processus d'adoption de la *Charte d'engagement volontaire visant la promotion d'une image corporelle saine et diversifiée*, après qu'on ait abordé le sujet de l'image corporelle, en 2006 le colloque du Réseau Québécois d'Action pour la Santé des Femmes (RQASF) permit d'initier des rencontres, notamment avec le ministre de la Santé de l'époque, Philippe Couillard et l'Institut universitaire en santé mentale Douglas de Montréal¹¹⁵⁸. En 2007, des étudiants de la polyvalente Saint-Jérôme demandèrent au gouvernement d'agir pour contrevenir au culte de la maigreur à travers une pétition. Des présentations du RQASF furent faites auprès du cabinet du ministre de la Santé. Une deuxième pétition fut présentée, demandant au gouvernement d'agir sur les causes de l'anorexie et d'encadrer l'industrie de la mode, et elle ramassa plus de 2000 signatures¹¹⁵⁹.

Ainsi, en cherchant à découvrir la source du problème de la maigreur extrême, on a établi un lien entre la pression sociale exercée sur les femmes à atteindre un corps parfait, le profit que l'industrie de la mode et des cosmétiques faisait grâce aux insécurités des femmes et la reproduction de cet idéal de beauté par la publicité et les médias¹¹⁶⁰. Le gouvernement ne s'est pas arrêté au fait que la norme de maigreur était sociale ou culturelle pour se saisir de la problématique. Au contraire, afin de s'assurer qu'elles se rallient autour des nouvelles normes au lieu de s'ériger contre elles, le gouvernement inclut dans son plan plusieurs parties prenantes. Puisque le substrat des codes sur l'apparence se trouve dans les standards de beauté et que ces derniers sont créés et communiqués à travers plusieurs canaux sociaux et culturels¹¹⁶¹, les chercheurs scientifiques, les employeurs, les individus, la famille et les amis, le gouvernement, les écoles, les milieux de santé, l'industrie de la

¹¹⁵⁶ Lynn DESJARDINS, « Most young women changing their looks for social media: survey », *Radio Canada International*, 20 avril 2021

¹¹⁵⁷ GIRL GUIDES OF CANADA, *Over Half of Girls in Canada Say They Face Unrealistic Expectations That Negatively Impact Their Self-Esteem*, Toronto, en ligne: <<https://www.girlguides.ca/web/Documents/GGC/media/media-releases/IDG-NewsRelease2017.pdf>>, p. 2

¹¹⁵⁸ INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, préc., note 915, p. 17

¹¹⁵⁹ *Id.*

¹¹⁶⁰ INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, préc., note 915, p. 13

¹¹⁶¹ DOVE SELF-ESTEEM PROJECT et STRATEGIC TRAINING INITIATIVE FOR THE PREVENTION OF EATING DISORDERS: A PUBLIC HEALTH INCUBATOR, préc., note 1098, p. 24

beauté et les médias font tous partie d'un partenariat multisectoriel indispensable à l'avènement d'un changement social¹¹⁶². Cependant, puisque le droit n'est pas simplement un outil d'oppression ou de libération, mais également le site formel et institutionnalisé de luttes de pouvoir¹¹⁶³, légiférer en matière de codes sexuels, à l'image du *CROWN Act*, semble être la meilleure garantie afin de prévenir toute discrimination, suspendre la violence normative et se réappropriier l'écriture d'un narratif protégeant et promouvant les droits fondamentaux des femmes, particulièrement des femmes noires.

CONCLUSION

Les codes sexuels sont des normes qui exercent une violence qui affecte toutes les femmes. En faire le point focal de notre étude nous a rapidement confronté à la réalité d'une problématique souvent documentée à travers des articles de journaux¹¹⁶⁴, abordée avec des lunettes sociologiques dans des articles de revues¹¹⁶⁵ ou analysée juridiquement de façon fragmentaire, traitant les codes vestimentaires à l'école¹¹⁶⁶ et les différents codes sur l'apparence dans le milieu du travail¹¹⁶⁷ distinctement. C'est pour cela que ce travail de recherche était si fondamental. Il traitait des codes sexuels en tant que fardeau pesant sur toutes les femmes, mais aussi des codes sexuels en tant que normes venant renforcer les dynamiques de pouvoir qui défavorisent les femmes appauvries de capital social et politique, comme les femmes noires vivant en Occident. Il étudiait ces codes sexuels en examinant, mais sans s'y arrêter, leur qualification normative, qu'ils se déploient à l'école ou au travail, dans la sphère publique ou privée.

Ce mémoire de recherche avait pour objectif d'analyser l'appréhension des normes par le droit afin de saisir l'effet préjudiciable des codes sexuels sur les femmes, plus particulièrement sur les femmes noires. Nous voulions comprendre comment le droit international, canadien et québécois en matière de droit à la non-discrimination protégeait les femmes des codes sexuels, comment la qualification normative des codes sexuels changeait leur appréhension par le droit et quel rôle jouait le droit dans la violence intersectionnelle des codes sexuels. In fine, notre analyse a fait converger plusieurs constats colligés comme suit.

Tout d'abord, tous les codes sexuels présentent un schéma de violence similaire. Ils sont fondés et mis en œuvre à cause de stéréotypes et des préjugés ancrés dans l'histoire, dans la société et dans

¹¹⁶² *Id.*, p. 96

¹¹⁶³ *Id.*, p. 138

¹¹⁶⁴ M. Ferah, préc., note 1016; V. CANTIN, préc., note 751

¹¹⁶⁵ R. AGHASALEH, préc., note 799

¹¹⁶⁶ G. OTIS et C. BRUNELLE, préc., note 355

¹¹⁶⁷ K. T. BARTLETT, préc., note 927

la culture. Ils sont maintenus grâce à des images contrôlantes et une dépossession discursive de groupes opprimés – à cause de leur race, leur genre ou autre caractéristique énuméré ou analogue – faisant paraître leurs revendications juridiques comme émotives, partisans et irrationnelles¹¹⁶⁸ face à un droit érigé sur le principe de raisonabilité, elle-même perçue comme neutre et objective¹¹⁶⁹. De plus, les codes sexuels violent la dignité, l'autonomie, l'égalité et la liberté des femmes, ils invisibilisent cette atteinte à leurs droits et ils minent leur santé physique et mentale¹¹⁷⁰.

Ensuite, la séparation entre les normes, par exemple les normes juridiques et les normes sociales, n'est pas hermétique, l'idée de la norme juridique comme ontologiquement distincte et supérieure étant une fiction¹¹⁷¹. Le Professeur de droit Roderick A. Macdonald de l'Université McGill disait qu'en pratique, les portes permettant aux nouveaux principes d'accéder au droit ne sont pas neutres¹¹⁷². Ainsi, le passage de normes et de principes sociaux à des normes et des principes juridiques dépend de l'histoire et de la culture, ces derniers expliquant les raisons et la facilité ou les difficultés de ce passage¹¹⁷³. De plus, comme nous l'avons vu avec l'arrêt *Rogers* de la Cour de district sud de New-York en 1981, la qualification normative des codes sexuels n'est pas forcément proportionnelle avec leur violence et elle ne devrait pas, selon nous, être un obstacle à leur réception par les tribunaux.

Puis, le caractère généralisé des codes sexuels, au lieu de favoriser la reconnaissance de la discrimination qu'ils exercent envers les femmes, normalise cette discrimination. L'avocate, écrivaine et militante féministe américaine Catharine Mackinnon, disait que les femmes ne forment pas un groupe social susceptible d'être décimé et que si c'était le cas, la violence fait contre les femmes serait qualifiée de génocide¹¹⁷⁴. La violence normative des codes sexuels est une réalité qui n'est formellement et matériellement pas, à quelques exceptions près comme le *CROWN Act*, sanctionnée par le droit international, national ou provincial. La progression de la violence des codes sexuels dépend de la transformation des normes sociales, culturelles et juridiques et de la volonté de la société à créer un environnement qui tient en grande inimité la violence envers les femmes¹¹⁷⁵.

¹¹⁶⁸ *Id.*

¹¹⁶⁹ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 589, p. 42, citant Elizabeth GROSZ, préc., note 656, p. 187

¹¹⁷⁰ DOVE SELF-ESTEEM PROJECT et STRATEGIC TRAINING INITIATIVE FOR THE PREVENTION OF EATING DISORDERS: A PUBLIC HEALTH INCUBATOR, préc., note 1098

¹¹⁷¹ M. BAIER, préc., note 453, p. 43

¹¹⁷² R. A. MACDONALD, préc., note 533, p. 54

¹¹⁷³ *Id.*, p. 54

¹¹⁷⁴ Catharine A. MACKINNON, «Women's September 11th: Rethinking the International Law of Conflict », (2006) 47-1 *Harvard International Law Journal* 1, p. 11 note 596, p. 14

¹¹⁷⁵ UN WOMEN, «Five essential facts to know about femicide», 25 novembre 2022, en ligne: < <https://www.unwomen.org/en/news-stories/feature-story/2022/11/five-essential-facts-to-know-about-femicide>>

De plus, la juxtaposition de ces violences nous fait constater une certaine antinomie. Plus les codes sexuels touchent toutes les femmes, plus leur violence est globale et plus elle est facilement invisibilisée. C'est le cas des codes vestimentaires. Toutes les femmes y sont soumises, qu'elles soient dans la rue, au travail ou à l'école, donc ces exigences paraissent raisonnables et si ce n'est pas le cas, il demeure difficile de s'y soustraire. Toutefois, quand une femme s'écarte du standard implicite de la femme blanche occidentale chrétienne hétérosexuelle et cisgenre, donc quand on ajoute au fait d'être femme un élément d'altérité raciale comme les cheveux afro par exemple, il semble qu'on puisse plus facilement parler en termes de discrimination. Se faire interdire le port d'une coiffure afro en tant que femme noire donne un levier supplémentaire de revendications d'égalité. En même temps, plus les efforts déployés pour contrer les codes sexuels sont morcelés, du fait que les codes affectent un groupe minoritaire, plus il sera difficile d'obtenir la conscientisation multisectorielle impérative à révéler leur violence, surtout en l'absence d'analyse intersectionnelle. Aux États-Unis, des 26 juristes qui ont propulsé le *CROWN Act* du stade des pourparlers au statut de loi, 26 étaient Noirs.¹¹⁷⁶, donc peu de personnes blanches se sentaient interpellées par cet enjeu.

Aussi, nos recherches nous ont emmenées à constater qu'il est possible que les concepts d'égalité, de liberté ou de dignité ne soient pas en mesure de transcender les normes sociales et culturelles qui les ont produites¹¹⁷⁷. Cependant, nous pensons qu'il demeure fondamental de se prêter à un exercice critique des codes sexuels et de leur capacité à affecter la jouissance de ces droits. Sans chercher à se libérer entièrement de toutes normes et de leur pouvoir sur soi¹¹⁷⁸ ou à trouver une subjectivité pure derrière le travail des normes, nous pensons qu'il faut plutôt retirer le potentiel de violence des normes en s'interrogeant sur leur provenance¹¹⁷⁹ et suspendre leur pouvoir de sanction sur la vie des femmes. Ainsi, même s'il est pratiquement impossible d'extirper les codes sexuels de leur fondement historique et normatif, il faut plutôt procéder à un examen fondamental des normes sociales et culturelles et des stéréotypes de genre et de race qui sous-tendent les codes et que la CEDEF, la Charte canadienne ou la Charte québécoise étaient censées éliminer¹¹⁸⁰.

Enfin, si les discours et les images de la culture populaire ont établi le corps de la femme blanche occidentale comme norme dictant les standards de beauté¹¹⁸¹ et si l'utilisation des médias, des

¹¹⁷⁶ DOVE et CROWN COALITION, *préc.*, note 1125

¹¹⁷⁷ K. T. BARTLETT, *préc.*, note 927, p. 2545

¹¹⁷⁸ *Id.*, p. 91

¹¹⁷⁹ *Id.*, p. 90

¹¹⁸⁰ K. T. BARTLETT, *préc.*, note 927, p. 2544; Mary WHISNER, «Gender-Specific Clothing Regulation: A Study in Patriarchy», (1982) 5 *Harvard Women's Law Journal* 73, p. 84

¹¹⁸¹ A. MCROBBIE, *préc.*, note 635, p. 25

réseaux sociaux, de la télévision, des vidéo-clips et des séries télévisées participe grandement à la diffusion des standards de beauté¹¹⁸² et des images contrôlantes¹¹⁸³, il paraît judicieux de se servir de nouveaux discours et de nouvelles images afin de renverser le statu quo. En effet, la culture est un système créatif, une ressource en constante évolution, qui peut être reformulée¹¹⁸⁴. Au Québec comme au Canada, la culture populaire peut être cruciale pour la réappropriation des images contrôlantes¹¹⁸⁵, la promotion de l'inclusivité et la diversité et la valorisation juridique, sociale et culturelle d'identités jusqu'ici marginalisées. Les images positives pourraient aider les femmes et les filles, particulièrement celles issues de groupes minoritaires, à se libérer du carcan des stéréotypes et des normes préjudicielles qui engendrent les codes sexuels.

Sans modèles de représentation à l'école, au travail ou sur nos écrans, la discrimination liée aux codes sexuels aurait beau être illégale, personne n'oserait opérer de transgression normative et se présenter au monde de façon authentique. Dans l'arrêt *Hak c. Procureur général du Québec* de la Cour supérieure du Québec en 2021¹¹⁸⁶, où des personnes issues de minorités religieuses tentaient de prouver que la *Loi sur la laïcité* portait atteinte à leurs droits et libertés fondamentaux, la Cour affirma que l'absence systématique dans un espace social de personnes auxquelles une autre, partageant les mêmes caractéristiques, peut s'identifier constitue un obstacle dans la reconnaissance sociale de la valeur de ces caractéristiques et un facteur de marginalisation pour toute personne qui cherche à obtenir cette reconnaissance¹¹⁸⁷. De plus, des recherches ont démontré que l'influence des médias permet l'acceptation de nouvelles normes au niveau individuel et permet la propagation et l'acceptation de différentes normes au niveau social¹¹⁸⁸. Ces nouvelles normes permettront la mise en place des conditions d'autonomie¹¹⁸⁹ nécessaires afin que les femmes sentent qu'elles ont devant elles, en théorie comme en pratique, une vraie série d'options et de choix valables¹¹⁹⁰.

Ainsi, simultanément à un droit soucieux de protéger les femmes noires, entre autres groupe social marginalisé, contre la violence des codes sexuels, il est important de retrouver des figures de la culture populaire qui promeuvent une nouvelle image, qui imposent le respect et qui inspirent un courage d'acceptation et de célébration de soi venant déraciner les causes et contrecarrer les effets

¹¹⁸² DOVE SELF-ESTEEM PROJECT et STRATEGIC TRAINING INITIATIVE FOR THE PREVENTION OF EATING DISORDERS, *préc.*, note 1098, p. 24

¹¹⁸³ P. HILL COLLINS, *préc.*, note 486, p. 85

¹¹⁸⁴ Sally ENGLE MERRY, «Constructing a global law – violence against women and the human rights system», (2003) 28-4 *Law & Social Inquiry* 941, p. 946.

¹¹⁸⁵ *Id.*, p. 10

¹¹⁸⁶ *Hak c. Procureur général du Québec*, *préc.*, note 2

¹¹⁸⁷ *Id.*, par. 994

¹¹⁸⁸ Eric ARIAS, « How Does Media Influence Social Norms? Experimental Evidence on the Role of Common Knowledge », (2018) 7-3, *Political Science Research and Methods*, 561, p. 561

¹¹⁸⁹ J. RAZ, *préc.*, note 278, p. 425

¹¹⁹⁰ A. ROBERT SANGIULIANO, *préc.*, note 227, p. 642

des codes sexuels. En 2015, Zendaya arbore des dreadlocks lors de la cérémonie des Oscars en 2015 et des critiques médiatiques considèrent cette coiffure inappropriée pour une soirée aussi prestigieuse que les Oscars¹¹⁹¹. Quelques années plus tard, elle est la plus jeune actrice à être doublement récipiendaire d'un Emmy Award pour meilleure actrice et la deuxième femme noire à gagner un prix dans cette catégorie¹¹⁹². Rihanna est une des premières femmes noires à créer une ligne de maquillage pour toutes les couleurs de peau, en plus de créer une ligne de lingerie où le défilé célèbre la sexualité positive et inclusive¹¹⁹³. La Professeur et spécialiste en critical race theory Akeia Benard avait ceci à dire à ce propos:

“Through the lens of hip-hop feminism, we may see how Black (academic) feminists negotiate this imposed narrative through working, researching, and producing scholarly work despite the lack of resources to take sabbatical while Black women in popular culture such as Nicki Minaj, Rihanna, and Beyonce negotiate within this narrative by projecting the images of Black female bodily power/independence that are recognizable by the public¹¹⁹⁴.”

Enfin, le récit¹¹⁹⁵ de Michelle Obama nous rappelle que si des femmes ayant une aussi grande influence, autant dans la culture populaire que dans son engagement pour les droits des femmes et des filles¹¹⁹⁶, peuvent être contraintes par la violence des codes sexuels, en l'occurrence les code sur l'apparence en matière de cheveux afro, il est temps de changer les normes et la culture permettant à cette violence de nuire aux droits des femmes et des filles, particulièrement celles vulnérables à la discrimination intersectionnelle. Comme le dit l'auteure Chimamanda Ngozi Adichie : « *People make culture. If it is true that the full humanity of women is not our culture, then we can and must make it our culture¹¹⁹⁷.* »

¹¹⁹¹ Emily KIRKPATRICK, «Zendaya Says Giuliana Rancic's Infamous Comment About Her Oscars Dreadlocks Made Her Think About How She Could "Have a Lasting Impact"», *Vanity Fair*, 19 mars 2019

¹¹⁹² Jon BLUSTEIN, «Zendaya Makes Emmy History (Again) With 'Euphoria' Drama Actress Win at 2022 Emmy Awards», *Rolling Stones*, 13 septembre 2022

¹¹⁹³ Tricia MCKINNON, «How Rihanna's Fenty Brand is Leading in Diversity & Inclusion», *Indigo 9 Digital*, 3 mai 2022

¹¹⁹⁴ Akeia A. F. BENARD, préc., note 920, p. 8

¹¹⁹⁵ *Supra*, notes 614-616

¹¹⁹⁶ THE WHITE HOUSE, *Michelle Obama*, Washington D.C., Frank Freidel et Hugh Sidey, 2016, en ligne:

<<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/first-families/michelle-obama/>> : une des causes de Michelle Obama fut l'éducation des femmes et des filles.

¹¹⁹⁷ Chimamanda NGOZI ADICHIE, «We should all be feminists», en ligne: <https://www.youtube.com/watch?v=Hg3umXU_qWc>, 27:58-28:15

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes provinciaux

Charte Québécoise des Droits et Libertés de la Personne, RLRQ, c. C-12

Code de procédure civile, c. C-25.01

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, c. E.2.

Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil, projet de loi n°2, 2^e sess., 42^e légis.

Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3

Loi sur la laïcité de l'État, RLRQ, c. L-0.3

Loi sur l'instruction publique, RLRQ, c. I-13.3

Loi sur les règlements, RLRQ, c. R-18.1

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des relations avec les citoyens*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 9 juin 2016, « Étude détaillée du projet de loi no 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres »

Textes fédéraux

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5

Textes d'États étrangers

CA, *Education Code*, tit. 1, art. 212.1, (1976)

CA, *Government Code*, tit. 2, § 12926, (1980), *California Fair Employment and Housing Act*

Code de l'Éducation, en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071191/>

H.R.2116, 117th Cong. (2022)

Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, J.O. 17 mars 2004

SB-188, ch. 58, *An act to amend Section 212.1 of the Education Code, and to amend Section 12926 of the Government Code, relating to discrimination*, (2019)

U.S. CONST. Amend. 13, § 1

U.S. CONST. Amend. 14, § 1, cl. 8

20 U.S.C. §1681

42 U.S.C. § 1981 (1976)

42 U.S.C.S. § 1983

Déclarations et traités internationaux

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 7 mars 1966 [1969], R.T. Can. n°24 (ratifiée par le Canada le 14 octobre 1970) [CIEFDR]

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, R.T.N.U., (ratifiée par le Canada le 10 décembre 1981) [CEDEF]

Déclaration sur le droit au développement, Res. 41/128, Doc. Off. A. G. N. U. , 41^e sess., 97^e séance, A/RES/41/128 (1986)

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G.N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 [1976] R.T. Can. n° 47 (entré en vigueur au Canada le 19 mai 1976)

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rés. 2200A (XXI), Doc. Off. A.G.N.U., 21^e sess., 1496^e séance, A/RES/21/2200 (1966)

Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 6 octobre 1999, R.T.N.U., (ratifié par le Canada le 18 octobre 2002)

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 23 mars 1976, R.T.N.U. 999, (entré en vigueur au Canada le 19 août 1976) [PFPIDCP]

UNESCO, *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles*. CLT/MD/1 (1982)

Résolutions et recommandations générales d'organes conventionnels internationaux

- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale II concernant les obligations des États parties*, 5^e sess., U.N. Doc. A/8718 à 38, (1972)
- Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 25: Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales)*, 30^e sess., (2004)
- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXV concernant la dimension sexiste de la discrimination raciale*, 56^e sess., U.N. Doc. A/55/18, annexe V à 152 (2000)
- Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 47^e session, CEDAW/C/GC/28 (2010)
- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXXII. Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 75^e sess., CERD/C/GC/32 (2009), par. 5
- Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*, CEDAW/C/GC/32 (2014)
- Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°36 sur le droit des filles et des femmes à l'éducation*, CEDAW/C/GC/36 (2017)
- Commission du droit international, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Doc. Off. A.G. N.U. 63^e sess., Doc. N.U. A/66/10
- UN General Assembly, *Question of the elderly and the aged*, Rés. 3137, 28th sess., A/RES/3137 (1973)

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence québécoise

Caisse Desjardins Thérèse-De-Blainville et Syndicat des Employées et Employés Professionnelles et de Bureau, Section Locale 575 (SEPB-CTC-FTQ), décision N° 2011-7559, 21 juillet 2011, Tribunal d'Arbitrage de Grieffs, en ligne : < https://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/04/caisse_TI.pdf >

Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2013 QCCA 924

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc., N° AZ-50066521, dossier n° 500-53-000097-988, [9 juin 1999], T.D.P.Q., en ligne : < [Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.](#)>

Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec, dossier n° 500-09-001750-918, 14, 15 et 16 mars 1994, RJQ, en ligne : < [Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec](#)>

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (M.L.) c. Maison des jeunes A, [1998] RJQ 2549 – 33 CHRR 263

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Syndicat des constables spéciaux, 2010 QCTDP 3

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Ville de Montréal (SPVM), 2019 QCTDP 31

Commission des Droits de la Personne et des Droits de la Jeunesse c. 2632-1661 Québec (Restaurant la Courtisane), N° 500-53-000061-968, 16 juin 1997, Tribunal des Droits de la Personne, en ligne : < [Commission des Droits de la Personne et des Droits de la Jeunesse c. Restaurant la Courtisane](#)>

Dlugosz c. Québec (Procureur général), 1987, CanLII 1115 (QCCA)

Kirkham et Bill Edward's Cheers – Cheers Management (Pointe-Claire) Inc. (C.T., 2002-01-30), 2002, N° AZ-50112040, CDPDJ.

Hak c. Procureur général du Québec, 2021 CanLII 1466, (QCCS)

Syndicat des Employé(es) du Marché MAXI Alma (CSN) et Provigo Distribution Inc. (Établissement visé : MAXI 8989, 845, du Pont Nord, Alma), N° 2002-6238, 17 février 2004, Tribunal d'Arbitrage, en ligne : < https://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/04/syndicat_TI-4.pdf>

Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005 QCCA 316

Jurisprudence des provinces canadiennes

Armstrong c. Anna's Hair & Spa, 2010, CanLII 1751, (HRTO)

Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke, [1982] 1 RCS 202

Falkiner v Ontario, [2002] OJ No 1771

Jubran v. North Vancouver School District No. 44, [2002] B.C.H.R.T.D. No. 10

Maddox c. Vogue Shoes, decision n° 91-004, 8 avril 1991 (Human Rights Tribunal of Ontario), en ligne: https://archive.org/stream/boi91_004/boi91_004_djvu.txt

Moore v. British Columbia (Ministry of Education) and School District No. 44, [2005] B.C.H.R.T.D. 580

R. v. Parks, 1993 CanLII 3383 (ON CA), en ligne: <<https://canlii.ca/t/1npp2>>

R v. Rhodes, [2011] M.J. No 67, en ligne:<
<https://feministlegalforum.files.wordpress.com/2011/11/rhodes-transcript-sentencing.pdf>
>

Radek c. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services (No. 3), dossier 116, 13 juillet 2005 (BCHRT), en ligne : <
<https://www.canlii.org/en/bc/bchrt/doc/2005/2005bchrt302/2005bchrt302.html?resultIndex=1> >

Sinclair v. London (City), 2008 HRTO 48

Jurisprudence canadienne

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 SCR 143

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 RCS 817

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 RCS 345

Brunette c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l., 2018 CSC 55

Canada (Procureur général) c. Mossop, [1993] 1 RCS 554

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 S.C.R. 76

Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1995] 3 S.C.R. 593

CN v Canada (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 SCR 1114

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3

Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536

Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 RCS 624

Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28

Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429

Janzen c. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252

Lavoie c. Canada, 2002 SCC 23

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497

Mckinney c. University of Guelph, [1990] 3 SCR 229

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, 2015 CSC 30

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), 2015 CSC 39

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 RCS 211

Québec (Procureur général) c. A, 2013 CSC 5

Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, 2018 CSC 17

R. c. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330

R. c. Kapp, 2008 CSC 41

R. c. Cole, 2012 CSC 53

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038

Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 RCS 483

Syndicat Northcrest c. Amselem, 2004 CSC 47

Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), 2021 CSC

Withler c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 12

Jurisprudence étrangère

Arnold v. Barbers Hill Indep. Sch. Dist., 479 F. Supp. 3d 511, 2020 U.S

Carroll v. Talman Fed. Sav. & Loan Ass'n of Chicago, 448 F. Supp. 79 (N.D. Ill. 1978)

Civ. 3e, 8 juin 2006, Bull. civ. III, n° 145

DeGraffenreid v General Motors Assembly Division, 413 F Supp 142

Jarrell v. Eastern Airlines, Inc., 430 F. Supp. 884

Magnuson v. Peak Technical Servs., Inc., 808 F. Supp. 500

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

O'Donnell v. Burlington Coat Factory Warehouse, Inc., 656 F. Supp. 263 (S.D. Ohio 1987)

Peltier v. Charter Day Sch., Inc., 37 F.4th 104 (4th Cir. 2022)

Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Rogers v. American Airlines, Inc., 527 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981)

TABLE DE LA DOCTRINE

Monographies et ouvrages collectifs

ARISTOTE, *Ethica Nichomachea* III, I131a, 1131b (W. Ross trans., 1925)

ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2019

BAIER M., *Social and legal norms : towards a socio-legal understanding of normativity*, Lund, Lund University, 2013

BENYEKHFLEF K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015.

BOND J., *Global Intersectionality and Contemporary Human Rights*, 1^{ère} éd., New York, Oxford University Press, (2021)

- BUTLER J., *Undoing gender*, New York, Routledge, 2004
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, 3^e éd., PUF, Paris, 2016
- CHAZEL F. et J. COMMAILLE, *Norme juridique et régulation sociale*, coll. « Droit et Société », Paris, LGDJ, 1999
- CHENG A. A., *Second Skin. Josephine Baker & the Modern Surface*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- CHEVALIER J., *L'état postmoderne*, 3^e éd, Paris, LGDJ, 2008
- CRENSHAW K., N. T. GOTANDA, G. PELLER, K. THOMAS, *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, New Press, 1995
- DELGADO R. et J. STEFANCIC, *Critical Race Theory : An Introduction*, 3^e éd., New York, New York University Press, 2017
- DHAWAN N., E. FINK, J. LEINIUS, R. MAGEZA-BARTHEL, *Negotiating normativity: Postcolonial Appropriations, Contestations, and Transformations*, Springer, 2016, en ligne: <
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-319-30984-2.pdf?pdf=button>>
- DROBAK J. N., *Norms and the Law*, New York, Cambridge University Express, 2006
- FARADAY F., M. DENIKE et M. K. STEPHENSON, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009
- FORELL C. A. et D. M. Matthews, *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man*, New York, New York University Press, 2000
- FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité. La volonté de savoir*, vol. I, Paris, Gallimard, 1978
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.
- FREEMAN M. A., C. CHINKIN et B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women : A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2012
- GLSEN, *The 2015 National School Climate Survey. The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Queer Youth in Our Nation's Schools*, New York, Joseph G. KOSCIW, Emily A. GREYTAK, Noreen M. GIGA, Christian VILLENAS, David J. DANISCHEWSKI, 2016
- GUENZOUY Y., *La norme culturelle dans l'ordre juridique : Réflexions sur le vivre ensemble*, Paris, LGDJ, 2020
- HABERMAS J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996

- HEGEL G. W. F., *The Phenomenology of Spirit*, New York, Oxford University Press, 1977
- HILL COLLINS P., *Black Feminist Thought, Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, 2e éd., London, Routledge, 1999
- HOGG P. W., *Constitutional Law of Canada*, 2nd éd., Toronto, Carswells, 1985
- HOGG P. W., *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2, Scarborough, Thomson Carswell, 2007
- HOOKS b., *Talking Back: Thinking Feminist, Thinking Black*, Boston, Routledge, 1989
- HOOKS, b., *The Will to Change: Men, Masculinity, and Love*, New York, Atria Books, 2004
- KEANE D. et A. WAUGHRAV, *Fifty years of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 1^{ère} éd., Manchester, Manchester University Press, 2017
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Bruxelles, LGDJ, 1999
- KESSLER S. J. et W. MCKENNA, *Gender: An Ethnomethodological Approach*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978
- KOGGEL C. M., *Perspectives on Equality: Constructing a Relational Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1997
- L'Abbé REYRE, *L'École des Jeunes Demoiselles, ou Lettre d'une mère vertueuse à sa fille, avec la réponse de la fille à sa mère*, Paris, Chez Boisse, 1825
- LUHMANN N., *Law as a social system*, New York, Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, et Rosamund Ziegert, 2004
- MESSERSCHMIDT J. W., *Crime as Structured Action : Doing Masculinities, Race, Class, Sexuality, and Crime*, Lanham, SAGE, 2013
- MESSERSCHMIDT J. W., *Masculinities and Crime: Critique and Reconceptualization of Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993
- MINOW M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1990
- NAFFINE N., *Law and the Sexes: Explorations in Feminist Jurisprudence*, Sydney, Allen & Unwin, 1990
- NEWMAN D. M., *Sociology. Exploring the Architecture of Everyday Life*, 7^e éd., Thousand Oaks, SAGE, 2007
- PARKINS W., *Fashioning the Body Politic: Dress, Gender, Citizenship*, New York, Bloomsbury, 2002

RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986

RAZACK S. H., *Looking White People in the Eye, Gender, Race, and Culture in Courtrooms and Classrooms*, Toronto, University Toronto Press, 1998

ROULAND N., *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995

SMART C., *Feminism and the Power of Law*, London, Sociology of Law and Crime, 1989

TATE C., *Black Women Writers at Work*, New York, Haymarket Books, 1983

TOMUSCHAT C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2^e éd., Oxford, Academy of European Law, 2008

VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962

WATT G., *Dress, Law and Naked Truth. A Cultural Study of Fashion and Form*, London, Bloomsbury, 2013

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

ADDO M. K., «Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights», (2010) 32-3 *Human Rights Quarterly* 601

AGHASALEH R., « Oppressive Curriculum: Sexist, Racist, Classist, and Homophobic Practice of Dress Codes in Schooling », (2018) 22-4 *Journal of African American Studies* 95

AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », (1982) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 98

APPIAH K. A., «Stereotypes and the Shaping of Identity» (2000) 88 *Californian Law Review* 41

ARIAS E., « How Does Media Influence Social Norms? Experimental Evidence on the Role of Common Knowledge », (2018) 7-3, *Political Science Research and Methods*, 561

BAINES B., «Law v. Canada: Formatting Equality», (2000) 11 *Constitutional Forum constitutionnel* 65

BARTLETT K. T., «Feminist Legal Methods», (1990) 103-4 *Harvard Law Review* 829

BARTLETT K. T., « Only Girls Wear Barrettes: Dress and Appearance Standards, Community Norms, and Workplace Equality », (1994) 92-8 *Michigan Law Review* 2541

BENARD A. A. F., « Colonizing Black Female Bodies Within Patriarchal Capitalism: Feminist and Human Rights Perspectives », (2016) 1 *Sexualization, Media, & Society* 1

- BERNHEIM E., « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques », (2011) 67 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1
- BELLEY J-G, « Pluralisme juridique », dans André-Jacques Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993
- BILGE S. et O ROY, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », (2010) 25-1 *Revue canadienne Droit et Société* 51
- BILGE S., « Le blanchiment de l'intersectionnalité », (2015), 28-2, *Recherches féministes* 9, p. 16; voir aussi Patricia Hill Collins « The Social Construction of Black Feminist Thought », (1989) 14-4 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 745
- BISGOULD L., «Twists and Turns and Seventeen Volumes of Evidence, or How Procedural Developments Might Have Influenced Substantive Human Rights Law» (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 5
- BLUM R. W., K. MMARI et C. MOREAU, « It Begins at 10: How Gender Expectations Shape Early Adolescence Around the World », (2017) 61-4 *The Journal of Adolescent Health*, S3
- BOIVIN M., «Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité», (2004) 45-2 *Les Cahiers de droit* 327
- BOND J., «International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations», (2003) 52 *Emory Law Journal* 71
- BOSSET P., «Les mesures législatives de lutte contre la discrimination raciale au Québec » (2005) 17-2 *Nouvelles pratiques sociales* 15
- BOURDIEU P., «Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective » dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, *Normes juridiques et regulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991
- BREDT C. & A. DODEK, «Breaking the Law's Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15», (2003) 20 *Supreme Court Law Review* 33
- BUCKLEY M. & F. SAMPSON, «LEAF and the Supreme Court of Canada Appeal of Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v British Columbia» (2005) 17-2 *Canadian Journal of Women and the Law* 473
- BYRNES A., « The Committee on the Elimination of Discrimination against Women », dans Anne HELSUM et Henriette SINDING AASEN, *Women's human rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- CASSIDY W. et M. JACKSON, « The need for equality in education: An intersectionality examination of labeling and zero tolerance practices », (2005) 40-3 *Mcgill Journal of Education* 435

- CAVE V., S. LAWLEY et J. BAKER, « Performance, gender and sexualised work. Beyond management control, beyond legislation? A case study of work in a recruitment company » (2013) 32 *Equality, Diversity and Inclusion: An International Journal* 475
- CHALTIEL F., « Nouvelle extension de la justiciabilité du droit souple », *Actu-juridique fr. LEXTENSO*, 30 octobre 2019
- CHARLESWORTH H., « Women and international law », (1994) 9 *Australian feminist studies* 115
- CLARK B., «The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», (1991) 85 *American Journal of International Law* 281
- COOK R., « Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», (1990) 30 *Virginia Journal of International Law Association* 643
- CRENSHAW K., « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », (1989) 1989-1 139
- CRENSHAW K., «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color», (1991) 43-6 *Stanford Law Review* 1241
- CRENSHAW K., «Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law», (1988) 101 *Harvard Law Review* 1331
- CRENSHAW K., «The Panic Over Critical Race Theory Is an Attempt to Whitewash U.S. History. Banning Discussion of Race Makes It Impossible to Discuss the Past Accurately», dans Edward Taylor, David Gillborn, Gloria Ladson-Billings (dir.), *Foundations of Critical Race Theory in Education*, 3^e éd., New York, Routledge, 2023
- CRENSHAW K., «Toward a Race-Conscious Pedagogy in Legal Education» (1988) 11 *National Black Law Journal* 1
- CUSACK S. et L. PUSEY, « 'Cedaw' and the rights to non-discrimination and equality », (2013) 14 *Melbourne Journal of International Law* 1
- DELGADO R., « Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative », (1989) 87-8 *Michigan Law Review* 2411
- Di ROBILANT A., « Genealogies of Soft Law », (2006) 54 *The American Journal of Comparative Law* 499
- DOYLE L., « Cheveux crépus et droits humains », *le délit*, 18 février 2020
- DUCLOS N., «Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases», (1993) 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 25

- EGBEYEMI A., « Shedding Light on Colorism: How the Colonial Fabrication of Colorism Impacts the Lives of African American Women », (2019) 2 *Journal of Integrative Research & Reflection* 1
- EISEN J., «Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory», (2017) 42-2 *Queens Law Journal* 41
- ELICKSON R., «Law and Economics discover social norms», *The Journal of Legal Studies* 27, 537
- ENGLE MERRY S., «Constructing a global law – violence against women and the human rights system», (2003) 28-4 *Law & Social Inquiry* 941
- FREDRICKSON B. et T-A ROBERTS, « Objectification Theory: Toward Understanding Women's Lived Experiences and Mental Health Risks» (1997) 21-2 *Psychology of Women Quarterly* 173
- GALUSKINA K., « Du pater familias au parent 1 : les figures du père en droit à travers les siècles », (2019) 1 *Romanica Cracoviensia* 31
- GAUDREAU-DESBIENS J-F, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire » (2015) 13-1 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 33
- GAUDREAU-DESBIENS J-F, « La critical race theory ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social » (2001-2002) 48 *Droit et société* 581
- GAUDREAU-DESBIENS J-F, « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux » (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1.
- GILBERT D., «Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter», (2003) 48 *McGill Law Journal* 627
- GLICK P., S. LARSEN, C. JOHNSON et H. BRANSTITER, « Evaluations of Sexy Women In Low- and High-Status Jobs», (2005) 29-4 *Psychology of Women Quarterly* 389
- GRESCHNER D., «Does Law Advance the Cause of Equality?», (2001) 27 *Queen's Law Journal* 299
- GROSZ E., «Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason» dans Linda ALCOFF et Elizabeth POTTER, *Feminist Epistemologies*, 1995 187
- FIELDS S. E., « Institutionalizing Consent Myths in Grade School », (2020) 73 *Campbell University School of Law* 173

- FRASER N., «From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age», *The New Social Theory Reader*, 2^e éd., London, Steven Seidman et Jeffrey C. Alexander, 1995, p. 188
- HARRIS C., «Whiteness as Property», (1993) 106-8 *Harvard Law Review* 1707
- HODES C., « Colonial Legacies and Competing Masculinities: The Supreme Court of Canada's Return to Reason in R. V. Kapp », (2017) 34 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 129
- HODES C., «Dignity and the Conditions of Truth: What Equality Needs from Law», (2007) 19 *Canadian Journal of Women and the Law* 273
- HONGJU KOH H., «Why America Should Ratify the Women 's Rights Treaty (CEDAW)» (2002) 34 *Case Western Reserve Journal of International Law* 263
- KALINOWSKI G., « Interprétation juridique et logique des propositions normatives », (1959) 2-6 *Logique et Analyse* 128
- KENNEDY D., « Sexual abuse, sexy dressing and the erotization of domination », (1992) *New England Law Review* 1309
- KOSHAN J., «Intersections and Roads Untravelled: Sex and Family Status in Fraser v Canada», (2021) 30-2 *Constitutional forum constitutionnel* 29
- KOSHAN J. & J. WATSON HAMILTON, «Meaningless Mantra: Substantive Equality After Withler», (2011-2012) 16 *Review of Constitutional Studies* 31
- LAFEVER M., « Racism in Canada: We still have a lot of work to do », *Practically Speaking (University of the Fraser Valley)*, 5 avril 2020
- LA FOREST G. V., «The Use of American Precedents in Canadian Courts» (1994) 46-2 *Maine Law Review* 211
- LAMARCHE L., « The Canadian experience with the CEDAW: All women's rights are human rights – a case of treaties synergy », dans Anne HELMUM et Henriette SINDING AASEN, *Women's human rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge, 2013, p. 358
- LANCTÔT A. et J-F GAUDREAU-DESBIENS, « « Si on m'avait écouté dès le début, si on avait écouté mon récit. » Le narrativisme comme legs de la Critical Race Theory dans la pensée juridique canadienne », (2021) 108-2 *Droit et société* 337
- LANGÉVIN L., «Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des obligations » du Code civil du Québec », (2005) 46 (1-2), *Les Cahiers de droit* 353
- LAWRENCE S., «Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination: Reading the Supreme Court on Section 15 » dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, LexisNexis (2006)

- LAWRENCE S., « "The Admittedly Unattainable Ideal": Adverse Impact and Race under Section 15 », *Special Lectures 2017: Canada at 150: The Charter and the Constitution*, Toronto, The Law Society of Upper Canada, 2018, p. 547
- L'HEUREUX-DUBÉ C., « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », (1998) 34 *Tulsa Law Journal* 15
- Lovell BANKS T., « Two Life Stories: Reflections of One Black Woman Law Professor », (1990) *Berkeley Women's Law Journal* 46
- MACDONALD R. A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-2003) 33 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 133
- MACDONALD R. A., « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle » (1986) 18-1 *Sociologie et sociétés* 47
- MACDONALD R. A., « Understanding regulation by regulations », dans Ivan Bernier and Andrée Lajoie (dir.), *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, Toronto, University of Toronto Press, 1985
- MACKENZIE C. & N. STOLJAR, « Introduction: Autonomy Refigured », *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, New York, Oxford University Press, (2000)
- MACKINNON C. A., « Women's September 11th: Rethinking the International Law of Conflict », (2006) 47-1 *Harvard International Law Journal* 1
- MAGNON X., « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », (2019) 120 *Revue française de droit constitutionnel* 949
- MAJURY D., « The Charter, Equality Rights, and Women: Equivocation and Celebration », (2002) 40 *Osgoode Hall Law Journal* 297
- MARRINAN K., « American Beauty Standards: "Paling" in Comparison to the White Norm », (2019) 22 *Sociology Senior Seminar Papers* 1
- MASON MCAWARD J., « Defining the Badges and Incidents of Slavery », (2012) 14-3 *Journal of Constitutional Law* 561
- MATSUDA M. J., « Beside My Sister, Facing the Enemy: Legal Theory Out of Coalition » (1991) 43 *Stanford Law Review* 1183
- MATSUDA M. J., « Public Responses to Racist Speech : Considering the Victim's Story », (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320
- MCALLISTER D., « Section 15 — The Unpredictability of the Law Test » (2003-2004) 15 *National Journal of Constitutional Law*. 3

- MC GILL J. & D. GILBERT, «Of Promise and Peril: The Court and Equality Rights» dans Matthew P Harrington (dir.), *The Court and the Constitution: A 150-year Retrospective*, Toronto, LexisNexis, 2017
- MCINTYRE S., «Deference and Dominance: Equality Without Substance» dans Sheila McIntyre & Sanda Rodgers, *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, LexisNexis Canada, 2006
- MCRROBBIE A., « L'ère des *top girls* : les jeunes femmes et le nouveau contrat sexuel », (2009) 28 *Nouvelles Questions Féministes* 1
- MERON T., «The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», (1985) 79-2 *The American Journal of International Law* 283
- MILLARD E., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », (2007) 21 *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 87
- MUMME C., «At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the Charter in Canadian Government Services Cases», (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 103
- NAKANO GLENN E., « From Servitude to Service Work: Historical Continuities in the Racial Division of Paid Reproductive Labor », (1992) 18 *Journal of Women in Culture and Society* 1
- NIEMI F., « La justice québécoise et la discrimination raciale systémique : recul et résistance », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Le tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015
- NUSSBAUM M. C., *Women and Human Development. The capabilities approach*, New York, The University of Chicago, 2000
- OLIPHANT B., «Prima Facie Discrimination: Is Tranchemontagne Consistent with the Supreme Court of Canada's Human Rights Code Jurisprudence?», (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 33
- OSMAN F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », (1995) 3 *RTD civ.* 509
- OTIS G. et C. BRUNELLE, «La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique», (1995) 36-3 *Les Cahier de Droit* 599
- POTHIER D., «Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences» (2001) 13-1 *Canadian Journal of Women and the Law* 37

- POTHIER D., «Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach » (2010) 4-1 *McGill Journal of Law & Health* 17, p.23
- RABY R., « Polite, Well-dressed and on Time: Secondary School Conduct Codes and the Production of Docile Citizens », (2005) 42-1 *Revue canadienne de sociologie* 72
- RAMATI-ZIBER L, N. SHNABEL et Peter GLICK, « The Beauty Myth: Prescriptive Beauty Norms for Women Reflect hierarchy-enhancing motivations leading to discriminatory employment practices» (2019) 119-2 *Journal of Personality and Social Psychology* 317
- RAZACK S. H., « Droit, Espaces et Racialisation: La Creation d'une Nation de Pionniers Blancs », (2000) 15 *Canadian Journal of Law and Society* 1
- RÉAUME D., «Defending the Human Rights Codes from the Charter», (2012) 9 *Journal of Law & Equality* 67
- REAUME L. A., «Postcards from O'Malley: Reinvigorating Statutory Human Rights Jurisprudence in the Age of the Charter» dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2006
- RICHARD G., « Perspectives théoriques pour une définition des études sur le genre, les sexualités et les normativités » (2018) 3-1 *Revue Jeunes et société* 4
- ROBERT SANGIULIANO A., «Substantive Equality As Equal Recognition: A New Theory of Section 15 of the Charter», (2015) 52-2 *Osgoode Hall Law Journal* 601
- ROSE N. et M. VALVEDERE, « Governed by law?», (2017) 7 *Social and legal studies* 541
- RYDER B., « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights», (2013) 63 *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference* 261
- SAUVÉ J-S, « L'interdiction de discriminer les personnes trans dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2015) 23 *Enfances Familles Générations* 108
- SEALY-HARRINGTON J., «Assessing Analogous Grounds: The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach», (2013) 10 *Journal of Law and Equality* 37
- SELIM M., « Des régimes de droits sexuels entre fragmentation identitariste et normes globales », (2019) 74-1 *Multitudes* 108
- SHEPPARD C., « Lessons from Fraser: Equal Benefit of the Law and Societal Inequalities », *Mcgill Centre for Human Rights & Legal Pluralism*, 10 juin 2022
- SHILTON E., «Family Status Discrimination: Disruption and Great Mischief or Bridge over the Work-Family Divide?», (2018) 14 *Journal of Law & Equality* 33
- STYCHIN C., «Essential Right and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada», (1995) 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 49

- TANGUAY V., « La Charte québécoise des droits et libertés permet-elle de mobiliser l'intersectionnalité comme cadre d'analyse de la discrimination? », 36-1 *Canadian Journal of Law and Society* 47
- TANOVICH D. M., «The Further Erasure of Race in Charter Cases», (2006) 6 *Criminal Reports* 38
- TAYLOR C., «The Politics of Recognition», *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, New Jersey, Amy Gutmann, 1994
- THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », (2003) *RTD civ.*, 2003
- THORNBERRY P., «Confronting racial discrimination: A CERD perspective», (2005) 5-2 *Human Rights Law Review* 239
- TORRENT S., «Devenir « une belle jeune fille » : construction du genre dans les cours d'éducation sexuelle dispensés à des filles en situation de handicap», (2018) 18 *Genre, sexualité & société* 1
- ULFSTEIN G., «Individual complaints», dans Helen Keller et Geir Ulfstein (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012
- VANDERLINDE J. et J. GLISSEN, « Le pluralisme juridique : essai de synthèse », (1972) *Éditions de l'Université de Bruxelles*, Bruxelles 19
- VARMAN V., P. SKÅLÉN, R. W. BELK et H. ROY CHAUDHURI, «Normative Violence in Domestic Service: A Study of Exploitation, Status, and Grievability», (2021) 171, *Journal of Business Ethics* 645
- VEEL P-E, «A New Direction in the Interpretation of Section 15(1)? A Case Comment on R. v. Kapp», (2008) 6-1 *Journal of Law & Equality* 33
- VOYVODIC R., «"Change is Pain": Ethical Legal Discourse and Cultural Competence», (2005) 8 *Legal Ethics* 55
- WAYNE MACKAY A., «The Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter in Pursuit of Equality: A Case for Greater Separation in Both Theory and Practice», (2013) 64 *University of New Brunswick Law Journal* 55
- WATSON HAMILTON J., « Cautious Optimism: Fraser v Canada (Attorney General)», (2021), *Constitutional Forum* 1
- WATSON HAMILTON J. et J. KOSHAN, «Adverse Impact: The Supreme Court's Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the Charter» (2015) 19-2 *Review of Constitutional Studies* 191
- WEST C. et D. H. ZIMMERMANN, «Doing Gender», (2009) 1-2 *Gender and Society* 125
- WHISNER M., «Gender-Specific Clothing Regulation: A Study in Patriarchy», (1982) 5 *Harvard Women's Law Journal* 73

WRIGHT A., «Formulaic Comparisons: Stopping the Charter at the Statutory Human Rights Gate» dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, Toronto, Irwin Law, 2006

ZHOU KOVAL C. et A. S. ROSETTE, « The Natural Hair Bias in Job Recruitment » (2020) 12-5, *Social Psychological and Personality Science* 741

Documents gouvernementaux

CANADIAN MUSEUM FOR HUMAN RIGHTS, « One woman's resistance. Viola Desmond's Story », 29 janvier 2018, en ligne : <<https://humanrights.ca/story/one-womans-resistance>>

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Libertés et droits fondamentaux / Droit à l'égalité: principes généraux », *Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine*, 2023, en ligne : <<https://www.caij.qc.ca/dossier/commission-des-droits-de-la-personne-et-des-droits-de-la-jeunesse-2>>

Commission ontarienne des droits de la personne, «Aide-mémoire portant sur les codes vestimentaires pour éliminer les obstacles fondés sur le sexe», en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/en/ohrc-policy-position-gender-specific-dress-codes/dress-code-checklist-employers>>

Commission ontarienne des droits de la personne, « Annexe A – liste exemples : Exemples d'exigences ou d'attentes qui, en matière de code vestimentaire, sont liées au sexe ou sexualisées et susceptibles d'enfreindre le Code des droits de la personne », en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/en/not-menu-ohrc-inquiry-report-sexualized-and-gender-based-dress-codes-restaurants/appendix-examples-sexualized-dress-code-requirements>>

Commission ontarienne des droits de la personne, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, Toronto, Direction des politiques et de l'éducation, 2001

Commission ontarienne des droits de la personne : « Codes vestimentaires sexospécifiques et sexualisés: Foire aux questions», en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/fr/position-de-la-codp-sur-les-codes-vestimentaires-sexualis%C3%A9s-et-fond%C3%A9s-sur-le-sexe/codes-vestimentaires-sexosp%C3%A9cifiques-et-sexualis%C3%A9s-foire-aux-questions>>

Commission ontarienne des droits de la personne, « Infographies - Votre code vestimentaire viole-t-il le Code des droits de la personne», en ligne : <https://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Infographics_Does%20your%20dress%20code%20violate%20the%20HR%20code.pdf>

Commission ontarienne des droits de la personne, «Position de la CODP sur les codes vestimentaires sexualisés et fondés sur le sexe», en ligne : <<https://www.ohrc.on.ca/en/ohrc-policy-position-sexualized-and-gender-specific-dress-codes>>

- Commission Ontarienne des Droits de la Personne, *Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle*, Toronto, 2014, en ligne :
 <<https://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Policy%20on%20preventing%20discrimination%20because%20of%20gender%20identity%20and%20gender%20expression.pdf>>
- CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013. Le droit souple*, coll. « Études et documents du Conseil d'État », Paris, La documentation française, 2013
- ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, *Réclamer Notre Pouvoir Et Notre Place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, Ottawa, Gouvernement du Canada
- Equality and Human Rights Commission, *A Lever for Change: Using the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Manchester, Ceri Hayes, 2010
- Gouvernement du Canada, « Article 15 – Droit à l'égalité », en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art15.html>>
- Gouvernement du Québec, *Fiche du terme « communauté culturelle »*, Thésaurus de l'activité gouvernementale, en ligne : <<https://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=2891>>
- Gouvernement du Canada, « Paragraphe 32 (1) – Application de la Charte », en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art321.html>>
- INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, *Normes sociales, poids et image corporelle au Québec. Deux Exemples D'actions Préventives*, Québec, Gérald Baril, Marie-Claude Paquette, Lyne Mongeau et Johanne Laguë, 2012
- MINISTÈRE DE LA CONDITION FÉMININE DU QUÉBEC, *Charte d'engagement volontaire visant la promotion d'une image corporelle saine et diversifiée*, Québec, 2009, en ligne : <<https://enseignerlegalite.com/wp-content/uploads/2019/03/Charte-que%CC%81be%CC%81coise-pour-une-image-corporelle-saine-et-diversifie%CC%81e.pdf>>
- MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Plan d'action gouvernemental de promotion des saines habitudes de vie et de prévention des problèmes reliés au poids 2006-2012*, Québec, La Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2006
- MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *Politique/Programmes Note 128*, en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/document/education-en-ontario-directives-en-matiere-de-politiques-et-de-programmes/politiqueprogrammes-note-128#>>

THE WHITE HOUSE, *Michelle Obama*, Washington D.C., Frank Freidel et Hugh Sidey, 2016, en ligne: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/first-families/michelle-obama/>>

Documents internationaux – Organes conventionnels internationaux et États parties

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Conclusions du Comité: Slovénie*, 16e sess., A/52/38, (1997)

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Constatations adoptées par le Comité au titre du paragraphe 3 de l'article 7 du Protocole facultatif, concernant la communication no 68/2014*, 81^e sess., CEDAW/C/81/D/68/2014 (2022)

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Dixième rapport périodique soumis par le Canada en application de l'article 18 de la Convention, attendu en 2020*, CEDAW/C/CAN/10 (2022)

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Information reçu du Gouvernement du Canada en réponse au rapport d'enquête concernant le Canada effectué par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes selon l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, CEDAW/C/OP.8/CAN/3 (2016)

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les huitième et neuvième rapports périodiques (présentés en un seul document) du Canada*, 65^e sess., CEDAW/C/CAN/CO/8-9 (2016)

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales concernant le rapport du Canada valant vingt et unième à vingt-troisième rapports périodiques*, 93^e sess., CERD/C/CAN/CO/21-23 (2017)

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Communication No. 19/2008*, 55th sess., CEDAW/C/51/D/19/2008 (2012), Canada (State party)

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women : Nicaragua*, 37^e sess., CEDAW/C/NIC/CO/6 (2007)

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women : Nigeria*, 41^e sess., CEDAW/C/NGA/6 (2008)

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Report of the inquiry concerning Canada of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/OP.8/CAN/1 (2015)

Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, *Communication No. 24/1977*, 13^e sess., U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à 83, (1984)

Documents internationaux – autres

Conseil de l'Europe, *Lutter contre la violence sexiste à l'égard des femmes en politique au niveau local et régional*, Rés. 459 (2020), en ligne : < <https://rm.coe.int/lutter-contre-la-violence-sexiste-a-l-egard-des-femmes-en-politique-au/1680a061c4> >

Nations Unies, «The Spotlight Initiative to eliminate violence against women and girls», en ligne : < <https://www.un.org/en/spotlight-initiative/> >

OHCHR, « Recommandations générales, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes », en ligne : < <https://www.ohchr.org/fr/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations> >

ONU-Femmes, *Commission de la condition de la femme*, en ligne : < <https://www.unwomen.org/fr/csw> >

ONU-Femmes, *Short History of CEDAW Convention*, en ligne : < <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> >

Réunion des États parties à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *Déclarations, réserves, objections et notifications de retrait de réserves relatives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 14^e sess., CEDAW/SP/2006/2 (2006)

World Health Organization, *Mercury in skin lightening products*, Geneva, Department of Public Health, Environmental and Social Determinants of Health, 2019, en ligne : < <file:///C:/Users/user/Downloads/WHO-CED-PHE-EPE-19.13-eng.pdf> >

United Nations Human Rights Commission, *Ratification of 18 International Human Rights Treaties*, en ligne : < <https://indicators.ohchr.org/> >

United Nations, *'What Were You Wearing?'*, UN Web TV (2022), en ligne : < <https://media.un.org/en/asset/k16/k16igyxy27> >

Articles de journaux

ALLARD C., «Des élèves dénoncent un code vestimentaire injuste et sexiste à l'école», *Radio Canada*, 29 mai 2018

ANGERS A. et B. VACHET, « Plaidoyer contre les codes vestimentaires des écoles jugés « discriminatoires » », *Radio Canada*, 22 novembre 2021

BERO T., « Tangled Roots: Decoding the history of Black Hair », *Radio Canada*, 28 janvier 2021

- BLISTEIN J., «Zendaya Makes Emmy History (Again) With 'Euphoria' Drama Actress Win at 2022 Emmy Awards», *Rolling Stones*, 13 septembre 2022
- BONENFANT A., « Des élèves d'Ottawa dénoncent une application « humiliante » du code vestimentaire », *Radio Canada*, 13 mai 2022
- BUSBY E., « Pupil repeatedly sent home from school over afro hair wins £8,500 payout », *Independent*, 7 février 2020
- CANTIN V., «Propos choquants concernant l'habillement des filles dans une école secondaire », *Le Devoir*, 17 mai 2022
- CHARLES S., « 'Under protected:' Women ingest hair products' toxins every day. For black women, it's worse », *Montgomery Advertisement*, 24 février 2020
- COLLIENNE F., « Le plus grand conseil scolaire d'Ottawa change le code vestimentaire de toutes ses écoles », *Radio Canada*, 9 juin 2022
- Columbia Law School, «Kimberlé Crenshaw on Intersectionality, More than Two Decades Later», *Columbia Law School*, 8 juin 2017, en ligne :
<<https://www.law.columbia.edu/news/archive/kimberle-crenshaw-intersectionality-more-two-decades-later>>
- CURTIS C., «Montreal steakhouse ordered to pay former worker \$14.5K », *Montreal Gazette*, 5 décembre 2018
- DESJARDINS L., « Most young women changing their looks for social media: survey », *Radio Canada International*, 20 avril 2021
- EDWARDS J., «Michelle Obama says Americans 'weren't ready' for her natural hair», *The Guardian*, 17 novembre 2022
- FERAH M., « Des cheveux crépus à aimer », *La Presse*, 23 août 2020
- FRANCIS A., « A Black AGO worker was told her hair could 'scare' customers. The gallery agreed that was discrimination and promised to do better. A year later, she's still fighting for justice », *Toronto Star*, 30 juin 2020
- FRENCH J., « 'Clothing itself isn't a distraction': Board urges Edmonton schools to rework dress codes », *Edmonton Journal*, 23 mai 2018
- GABBARA P., « Cornrows and sisterlocks and their long history », *Ebony*, 20 janvier 2017
- GAGNON M. et S. MARIE, « Les codes vestimentaires à l'école primaire ont-ils un genre?», *Huffington Post*, 16 novembre 2016

- GRAY-TYGHTER A., « Decoding the dress code: Unmasking inequities in school dress code policies », *Magazine of the Elementary Teachers' Federation of Ontario*, 2021, en ligne : < <https://etfvoice.ca/feature/decoding-dress-code-unmasking-inequities-school-dress-code-policies>>
- HARMON S. I., « These Are The Most Toxic Beauty Products Marketed To Black Women », *Hype Hair*, 7 décembre 2016
- JACOBS J. et D. LEVIN, «Black girl sent home from school over hair extensions», *The New York Times*, 21 août 2018
- KIRKPATRICK E., «Zendaya Says Giuliana Rancic's Infamous Comment About Her Oscars Dreadlocks Made Her Think About How She Could "Have a Lasting Impact», *Vanity Fair*, 19 mars 2019
- LEBLANC D., « Le code vestimentaire du CECCE jugé «discriminatoire» et «sexiste» », *le Droit*, 22 novembre 2021
- MCKINNON T., «How Rihanna's Fenty Brand is Leading in Diversity & Inclusion», *Indigo 9 Digital*, 3 mai 2022
- MOOR A., « This Is Why It's Rude to Wear a Hat Indoors », *Bestlife*, 10 janvier 2019
- NADEAU J., «Mobilisation colorée contre le soutien-gorge obligatoire», *Le Devoir*, 28 mai 2016
- NORTH A., « America's sexist obsession with what women politicians wear, explained », *Vox*, 3 décembre 2018
- OBIORA N., «The harsh truth about hair relaxers », *Pulse*, 18 novembre 2022
- OKWODU J., « Kristen Stewart Goes Barefoot on the Cannes Red Carpet—And Wins », *Vogue*, 14 mai 2018
- PILKINGTON E., « Woman 'sacked for having grey hair' », *The Guardian*, 10 juillet 2011
- PLUNKETT J., «Countryfile's Miriam O'Reilly wins BBC ageism claim », *The Guardian*, 11 janvier 2011
- RADIO CANADA, « Cree Ballah says she quit her job because Zara told her to remove her box braids », 13 avril 2016, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/zara-hair-complaint-1.3534664>>
- RADIO CANADA, « LaSalle school removes dress code poster, deemed inappropriate by GECDSB », 19 mai 2022, en ligne: < <https://www.cbc.ca/news/canada/windsor/lasalle-dress-poster-removed-1.6458707>>

ROUQUETTE P., « #lundi14septembre : contre le sexisme, des lycéennes appellent à porter des tenues "indécentes" », *France 24*, 14 septembre 2020

RUKAVINA S., « Boys in several Quebec high schools wear skirts to protest dress code », *Radio Canada*, 8 octobre 2020

SWISHER K., « Her Mustache or Her Job? », *Washington Post*, 25 mars 1994

VALENTI L., « Julia Roberts' Infamous Armpit Hair Reveal Was a Statement—But Not the One You Think », *Vogue*, 5 novembre 2018

WAGONER M., « The Dreadlocks Debate: How Hair Is Sparking the Conversation of the Moment », *Vogue*, 21 septembre 2016

Dictionnaires et encyclopédies

FAGAN A., *Human rights*, Essex, Internet Encyclopedia of Philosophy, 2023, en ligne : <
<https://iep.utm.edu/hum-rts/> >

Oxford Reference, *Overview Cultural Appropriation*, *The Concise Oxford Companion to English Literature* (3), « cultural appropriation », en ligne : <
<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095652789;jsessionid=A47AA60DDA96E31D3299A52D15D8DB51>>

Autres sources

ALEXANDER C. K., *The Motivations Behind Westerners' Obsession with the Islamic Veil*, article de recherche, Gettysburg, Département d'anthropologie, Gettysburg college, 2016

AVON MAITLAND DISTRICT SCHOOL BOARD, *Administrative Procedure 355: Student Dress Code*, Seaforth, 2022, en ligne : <
https://www.amdsb.ca/apps/pages/index.jsp?uREC_ID=1088879&type=d&pREC_ID=1380560 >

BIBLE, *1 Pierre 3:7*, en ligne :
<https://www.biblegateway.com/passage/?search=1%20Pierre%203%3A1-7&version=LSG;NIV>

CARLESSO J., « L'arrêt Ward : la Cour suprême précise le test applicable au recours en discrimination en vertu de la Charte québécoise », *Norton Rose Fullbright*, 2 novembre 2021, en ligne : <
<https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/c70957ba/larret-ward-la-cour-supreme-precise-le-test-applicable-au-recours-en-discrimination>>

- CARON C., *Vues, mais non entendues : les adolescentes québécoises francophones et l'hypersexualisation de la mode et des médias*, thèse de doctorat, Montreal, Département de communication, Université Concordia, 2009
- CHENG C-Y, *Acculturation and cultural value orientations of immigrant Chinese Americans: Effects on body image, aesthetics for appearance, and involvement in dress*, thèse de doctorat, Ames, Department of Philosophy, Iowa State University, 2000
- Cour suprême du Canada, «*Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver) c. Azmi Jubran, et al.* (Colombie-Britannique) (Civile) (Autorisation)», (21 Octobre 2005) Bulletin des procédures, sommaire #30964
- DOVE et CROWN COALITION, «Creating a Respectful and Open World for Natural Hair. The Official Campaign of The CROWN Act Led by the CROWN Coalition», 2019, en ligne: < <https://www.thecrownact.com/> >
- DOVE SELF-ESTEEM PROJECT et STRATEGIC TRAINING INITIATIVE FOR THE PREVENTION OF EATING DISORDERS: A PUBLIC HEALTH INCUBATOR, «Report: The real cost of beauty ideals» *STRIPED News*, en ligne: < <https://www.hsph.harvard.edu/striped/wp-content/uploads/sites/1267/2022/10/Real-Cost-of-Behavior-Report-10-4-22.pdf> >
- École élémentaire Saint-Guillaume, « NOUVEAU CODE VESTIMENTAIRE - EN VIGUEUR LE 9 JANVIER 2023 », *Conseil des écoles catholiques du Centre-Est*, 2022, en ligne : < https://saint-guillaume.ecolecatholique.ca/fr/Des-Nouvelles_157/Nouveau-Code-Vestimentaire--En-Vigueur-Le-9-Janvier-2023_259 >
- Edmonton Public School Board, *Minute Book. Board Meeting #12*, Edmonton, Edmonton School District n° 7, 2018, en ligne: < <https://www.epsb.ca/ourdistrict/board/archived/2017-18/may222018/> >
- ELLINGWOOD S., «What Is Critical Race Theory, and Why Is Everyone Talking About It?», *Columbia News*, 1er juillet 2021, en ligne: < <https://news.columbia.edu/news/what-critical-race-theory-and-why-everyone-talking-about-it-0> >
- FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC et FONDS d'ACTION ET d'ÉDUCATION JURIDIQUE POUR LES FEMMES, *Factum of the Intervener. Fraser v. Attorney general of Canada*, Dossier N° 38505, 2019 en ligne: < https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2020/10/38505-Factum-of-the-Intervener-Womens-Legal-Education-and-Action-Fund-Inc.-LEAF_Suitable-for-Posting-1.pdf >
- FÉDÉRATION DES JEUNES FRANCOPHONES DU NOUVEAU-BRUNSWICK ET REGROUPEMENT FÉMINISTE DU NOUVEAU BRUNSWICK, *Parlons Code Vestimentaire Inclusif Et Respectueux*, 2018, en ligne : < https://www.fjfnb.nb.ca/_files/ugd/b42511_330afda1b99d4e819b8e65337b54107a.pdf >
- France RIVARD, «L'apparence personnelle – 1 de 3 : S'habiller conformément aux politiques de l'employeur», *Blogue SOQUIJ*, 1 mai 2018, : en ligne :

- <<https://blogue.soquij.qc.ca/2018/05/01/lapparence-personnelle-1-de-3-shabiller-conformement-aux-politiques-de-lemployeur/>>
- GIRL GUIDES OF CANADA, *Over Half of Girls in Canada Say They Face Unrealistic Expectations That Negatively Impact Their Self-Esteem*, Toronto, en ligne: <<https://www.girlguides.ca/web/Documents/GGC/media/media-releases/IDG-NewsRelease2017.pdf>>
- HAMILTON-WENTWORTH DISTRICT SCHOOL BOARD, *Student Dress Code Guidelines and Next Steps*, Hamilton, 2021, en ligne : < <https://www.hwdsb.on.ca/blog/student-dress-code-guidelines-and-next-steps/> >
- HA-REDEYE O., «Understanding Intersectionality Could Help Judicial Decisions» (2019) *CanLii Connects*, en ligne: < <https://canliiconnects.org/en/commentaries/66020> >
- HENSON R., « Title VII's Application of Grooming Policies and its Effect on Black Women's Hair in the Workplace: Rogers v. Am. Airlines, Inc., 527 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981) », *University of Missouri Libraries*, 2017, en ligne: <<https://libraryguides.missouri.edu/c.php?g=593919&p=4124519>>
- MOISAN-PAQUET R., *Expériences et perceptions des filles à l'égard des codes vestimentaires des écoles secondaires publiques québécoises*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des sciences humaines et sociales, Université Laval, 2022
- MULVANEY E., « Dress Codes Central in Supreme Court Gender Identity Bias Debate », *Bloomberg Law*, 24 septembre 2019, en ligne : < <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/dress-codes-central-in-supreme-court-gender-identity-bias-debate> >
- National Women's Law Center, *DRESS CODED. Black girls, bodies, and bias in D.C. schools*, Washington, Alexandra Brodsky, Nia Evans, Kayla Patrick, et al., 2018, en ligne: <https://nwlc.org/wpcontent/uploads/2018/04/5.1web_Final_nwlc_DressCodeReport.pdf>
- NGOZI ADICHIE C., «We should all be feminists», en ligne: <https://www.youtube.com/watch?v=hg3umXU_qWc>
- REZAI-RASHTI G., «Gender equity issues and minority students: connections of race, gender and social class», (1997) 28 *ORBIT: Ontario's magazine for schools*
- SOHBAT E., *The Social Construction of Behaviour Problems in Schools: Contextualizing Aggressive Youth and Aggressive Labels*, thèse de doctorat, Berkley, Faculté d'éducation, Université Simon Fraser, 2003
- TORONTO DISTRICT SCHOOL BOARD, *Student Dress Policy - Questions and Answers*, Toronto, en ligne : <<https://www.tdsb.on.ca/Elementary-School/Beyond-the-Classroom/Student-Dress/Questions-and-Answers>>

TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *La Charte des droit et libertés de la personne. En bref*, Montréal, en ligne : <https://tribunaldesdroitsdelapersonne.ca/fileadmin/tribunal-droits-personne/pdf/Charte_en_bref_PDF_balise.pdf>

West Coast Women's Legal Education and Action Fund, *Transforming women's future: A guide to equality rights, theory and action*, Vancouver, Melina Buckley, 2001

Women's Legal Education and Action Fund, *Factum of the Intervener, Women's Legal Education and Action Fund (LEAF)*, Toronto, Daphne Gilbert et Joanna Radbord, 2010

Women's Legal Education and Action Fund, *Intersectionality in Law and Legal Contexts*, Toronto, Grace Ajele and Jena McGill, 2020

Women's Legal Education and Action Fund, *Statutory Human Rights and Substantive Equality – Why and How to Avoid the Injury of the Law Approach*, Toronto, Karen Schucher & Judith Keene, 2007