

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

CDPNB, octobre 2020



NEW BRUNSWICK
HUMAN RIGHTS COMMISSION
COMMISSION DES DROITS
DE LA PERSONNE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Table des matières

Notes de la rédaction	3
1.0 Introduction	4
1.1 Éléments généraux des programmes spéciaux.....	4
1.2 Sources juridiques des programmes spéciaux.....	5
1.3 Programmes spéciaux en vertu de la <i>Loi</i>	8
1.3.1 Portée de la disposition relative aux programmes spéciaux de la <i>Loi</i>	8
1.4 Programme d'égalité d'accès à l'emploi du Nouveau-Brunswick (Programme EAE)	9
1.5 Diversité, inclusion et programmes spéciaux	10
1.6 Programmes spéciaux et reconnaissance de la différence.....	11
1.7 Programmes spéciaux et « discrimination à rebours »	11
2.0 Les programmes spéciaux et le principe d'équité	17
2.1 Les significations de l'égalité.....	17
2.2 Égalité formelle – Définition et limitations.....	18
2.2.1 Égalité formelle – Une illustration.....	19
2.2.2 Égalité formelle, programmes spéciaux et argument de valeur	20
2.3 Égalité réelle – La base conceptuelle des programmes spéciaux	21
2.3.1 La Cour suprême du Canada sur l'égalité réelle	21
2.3.2 La façon dont les programmes spéciaux s'alignent sur l'égalité réelle.....	22
2.4 Programmes spéciaux et disposition de la <i>Charte</i> sur l'égalité.....	24
2.5 Le <i>rapport Abella</i> et les programmes spéciaux	26
3.0 Les programmes spéciaux et le concept de discrimination	29
3.1 Définition de la discrimination	29
3.2 Types de discrimination	30
3.2.1 Discrimination directe.....	31
3.2.2 Exemples de discrimination directe.....	31
3.2.3 Discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable	32
3.2.4 Discrimination systémique	33
3.2.5 Comprendre la discrimination systémique – une illustration	34
4.0 Directives sur la mise en œuvre de programmes spéciaux.....	35
4.1 Programmes spéciaux en matière de logement et de services.....	44
4.1.1 Exemples de programmes spéciaux en matière de logement et de services	45
Pour en savoir plus :.....	47
Notes de fin.....	48

Notes de la rédaction

La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick (la Commission) élabore des lignes directrices dans le cadre de son mandat de protection et de promotion des droits de la personne dans la province. Ces lignes directrices visent à sensibiliser le public et les autres intervenants au sujet de leurs droits et responsabilités en vertu de la *Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick* (la *Loi*).

Cette ligne directrice fournit l'interprétation de la Commission des programmes spéciaux, du concept de discrimination et des principes d'égalité. Elle repose sur les décisions afférentes de commissions d'enquête, de tribunaux et de cours de justice et doit être lue en parallèle avec ces décisions et les dispositions pertinentes de la *Loi*¹. En cas de conflit entre le contenu de la présente ligne directrice et les dispositions de la *Loi*, la *Loi* prévaut. Pour des précisions sur la présente ligne directrice, veuillez communiquer avec la Commission.

Pour de plus amples renseignements sur vos droits et devoirs relatifs à d'autres articles de la *Loi*, veuillez consulter les publications pertinentes sur le site Web de la Commission ou communiquer directement avec la Commission. Veuillez noter que le contenu de cette directive ne constitue pas un avis juridique professionnel.

¹ La Commission remercie les commissions des droits de la personne de partout au Canada de l'occasion qui lui est offerte d'examiner leurs politiques et leurs documents relatifs aux thèmes de cette ligne directrice.

1.0 Introduction

Les programmes spéciaux sont des mesures spécifiques mises en place par les gouvernements fédéral, provinciaux ou territoriaux et des entités du secteur privé, dans le but exprès de communiquer des préférences en matière d'emploi, de logement ou de services à certains individus ou groupes.

Les programmes spéciaux reconnaissent qu'en raison de facteurs historiques, économiques et socioculturels complexes, certains groupes démographiques ont rencontré des obstacles à leur participation pleine et égale dans les domaines social, économique et politique.

Les obstacles auxquels ces groupes ont été confrontés sont et continuent d'être le résultat de pratiques institutionnalisées historiquement ancrées, qui restreignent les perspectives économiques et sociales de ces membres de la société, tout en offrant des règles de jeu équitables au reste de la population.

Parce que le refus d'accès à des privilèges égaux a une longue histoire et qu'il est ancré dans les cultures et les pratiques institutionnelles, des mesures d'amélioration spéciales sont nécessaires pour corriger ces torts historiques et étendre les chances socioéconomiques égales aux groupes de population touchés par un traitement discriminatoire soutenu.

Les femmes, les personnes handicapées, les communautés autochtones, les minorités raciales et d'autres groupes défavorisés sont des exemples de groupes défavorisés qui bénéficient des programmes spéciaux.

1.1 Éléments généraux des programmes spéciaux

En termes généraux, les programmes spéciaux sont étayés par les caractéristiques suivantes :

- Un programme spécial commence par la découverte qu'un groupe ne jouit pas d'une égalité de chances et de privilèges en matière d'emploi, de logement ou de services, au sein d'un gouvernement ou d'un secteur privé particulier.

- Pour remédier à ce désavantage, le gouvernement ou l'organisation privée concerné conçoit un programme spécial, dont les dispositions visent à traiter les difficultés reconnues rencontrées par le groupe cible; le programme accorde des préférences au groupe qui lui alloue un accès égal à l'emploi, au logement ou aux services, en fonction de la portée du programme.
- Les programmes spéciaux permettent de combler les lacunes qui peuvent s'avérer inhérentes aux mesures administratives, juridiques et politiques courantes, ou qui sont enracinées dans les pratiques institutionnelles; ils suppriment les obstacles à l'égalité, corrigent les torts historiques et font progresser les idéaux d'équité et de non-discrimination.
- Les programmes spéciaux sont ancrés dans la structure juridique canadienne; ils servent à actualiser la vision politique et socioéconomique de la diversité et de l'inclusion, une pierre angulaire du système des droits de la personne qui a évolué dans les sphères sociojuridiques nationales, provinciales et territoriales.
- Les programmes spéciaux ne sont pas comme l'obligation d'adaptation, qui est une obligation légale imposée aux employeurs et aux fournisseurs de logements ou de services¹. Les programmes spéciaux sont des mesures spécifiques, qui s'ajoutent aux politiques et règlements généraux, qui facilitent l'accès des groupes reconnus à l'emploi, au logement ou aux services.
- Les programmes spéciaux sont désignés par différents noms dans la loi et la politique canadiennes :
 - Le paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) les classe comme des programmes de promotion sociale.
 - La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* du gouvernement fédéral utilise le terme « équité en matière d'emploi ».
 - Les codes des droits de la personne préconisent généralement le terme « programmes spéciaux », avec quelques variations entre les provinces².

Les programmes spéciaux suppriment les obstacles à l'égalité réelle et aident à actualiser les idéaux d'équité, de diversité et d'inclusion en matière des droits de la personne.

1.2 Sources juridiques des programmes spéciaux

Le concept de programmes spéciaux découle de l'idéal universel d'égalité sociale, tel qu'il est exprimé dans les secteurs moral et philosophique, et consacré dans les textes internationaux et nationaux relatifs aux droits de la personne.

Le sens de l'équité et de la non-discrimination a évolué grâce à un échange fructueux d'idées entre le droit international (pactes et conventions), le droit constitutionnel (la *Charte*) et les systèmes statutaires des droits de la personne (codes des droits de la personne); ces sources définissent également la portée des programmes spéciaux³.

Le cadre des programmes spéciaux, tel qu'il a évolué au Canada dans le domaine juridique et le domaine des droits de la personne, découle des dispositions inscrites dans les instruments juridiques suivants :

1. Pactes internationaux relatifs aux droits de la personne : L'équité et la non-discrimination sont des thèmes fondamentaux des pactes internationaux contemporains relatifs aux droits de la personne; les dispositions de ces pactes lient les États qui les signent et les ratifient⁴.

L'idée de programmes spéciaux découle du droit international, des droits conférés par la *Charte* et des codes des droits de la personne.

- Les documents internationaux relatifs aux droits de la personne exhortent les États signataires à mettre en place des mesures spéciales pour atténuer les inconvénients pour les groupes identifiés, si les lois et les politiques traditionnelles sont inadéquates pour assurer l'égalité des droits pour ces groupes.
- Par exemple, le paragraphe 1(4), de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* préconise que « les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité⁵ ».
- L'interface entre la loi internationale et la loi nationale sur les droits de la personne est devenue plus distincte ces dernières années; maintenant que les tribunaux canadiens entrent dans la troisième génération de jurisprudence au sujet de la *Charte* et des droits de la personne. Ils s'intéressent de plus en plus aux normes internationales sur les droits de la personne pour façonner la jurisprudence contemporaine en matière de droits de la personne⁶. Les spécifications propres aux programmes spéciaux dans les pactes internationaux ont donc des répercussions importantes sur les juridictions nationales.

2. La *Charte canadienne des droits et libertés (la Charte)* : le paragraphe 15(2) de la *Charte* sanctionne la création de programmes de promotion sociale pour les groupes « défavorisés du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques⁷ ». L'article prévoit la création de programmes de promotion sociale visant à éliminer les contraintes quant à l'équité dans les lois et politiques existantes.

- Le paragraphe 15(2) protège « toute loi, programme ou activité » établi pour « améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés » contre toute discrimination en vertu du paragraphe 15(1) sur les droits à l'égalité de la *Charte*. Cette importante disposition exclut les éventuels enjeux de

soi-disant « discrimination à rebours » en regard des programmes de promotion sociale. (Consulter la section 1.7)

- Le paragraphe 15 (2) ne crée pas d'obligation légale d'établir des programmes d'atténuation des désavantages et de la discrimination; toutefois, cet article agit avec un « acquiescement légal », encourageant l'établissement de programmes de promotion sociale pour pallier toute discrimination⁸.
- La disposition de la *Charte* relative à la promotion sociale a une portée très large, avec un vaste mandat d'élimination de la discrimination systémique à l'égard des groupes défavorisés⁹. (Pour la discrimination systémique, se reporter à la section 3.2.4)

Les programmes spéciaux reconnaissent la différence entre les groupes disparates et poursuivent l'idéal de l'égalité réelle.
--

3. **Loi sur l'équité en matière d'emploi** : à la suite du *rapport de la Commission royale Abella* (consulter la section 2.5), le gouvernement fédéral a adopté la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, qui prévoit la création de programmes spéciaux pour « corriger les désavantages subis dans le domaine de l'emploi par les femmes, les Autochtones, les personnes handicapées et les personnes qui font partie des minorités visibles¹⁰ ».

- La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* s'éloigne de la logique contraignante de l'égalité formelle (consulter la section 2.2) et introduit le concept d'égalité réelle, tout comme elle souligne la différence entre les groupes défavorisés (consulter la section 1.6) pour réaliser l'égalité réelle : « l'équité en matière d'emploi requiert, outre un traitement identique des personnes, des mesures spéciales et des aménagements adaptés aux différences¹¹ ».
- La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* limite sa portée à l'emploi au gouvernement fédéral; par conséquent, ses dispositions ne s'étendent pas à l'emploi dans le secteur privé, ni au logement et aux services.
- Aucune province n'a adopté de loi parallèle à la *Loi fédérale sur l'équité en matière d'emploi*, mais les dispositions des programmes spéciaux incorporées dans les codes provinciaux des droits de la personne fournissent un mécanisme pour amener l'égalité aux groupes minoritaires en matière d'emploi, de logement et de services¹².

4. **Codes des droits de la personne** : les dispositions relatives aux programmes spéciaux sont inscrites dans les codes des droits de la personne fédéraux, provinciaux et territoriaux (pour plus de détails, consulter la note 2). Le gouvernement du Nouveau-Brunswick a incorporé une disposition sur les programmes spéciaux dans la *Loi* en 1971 (désormais l'article 14).

1.3 Programmes spéciaux en vertu de la *Loi*

L'article 14 de la *Loi* habilite la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick à « approuver un programme qu'une personne met en œuvre en vue de favoriser le bien-être d'une catégorie de personnes¹³ ».

Les principales composantes de l'article sont les suivantes :

- « Les programmes » peuvent être entrepris par « toute personne¹⁴ »; le terme « personne » étant défini dans la *Loi* pour inclure les employeurs, les bureaux de placement et les syndicats; de plus, la *Loi d'interprétation* du Nouveau-Brunswick inclut également les sociétés dans sa définition de « personne ».
- Les employeurs peuvent demander à la Commission l'approbation d'un programme spécial, ou la Commission peut approuver un programme « de sa propre initiative ».
- La Commission a les pouvoirs suivants, avant et après l'approbation :
 - Poser des questions au sujet du programme.
 - Apporter des modifications au programme.
 - Imposer des conditions au programme.
 - Retirer son approbation du programme.
- Enfin, l'article indemnise les programmes approuvés par la Commission contre les contestations en vertu de la *Loi*.

La Commission peut préapprouver des programmes spéciaux et fournir une expertise et une surveillance pour la conception et la mise en œuvre des programmes.

1.3.1 Portée de la disposition relative aux programmes spéciaux de la *Loi*

- Le libellé de l'article 14 est permissif, plutôt que prescriptif; cela signifie que la *Loi* laisse à la discrétion des employeurs, des fournisseurs de logement et de services le pouvoir d'introduire des programmes spéciaux de leur propre volonté, à leur guise plutôt que sur une base obligatoire.
- Malgré ce qui précède, la Commission encourage les employeurs, les prestataires de logement et de services à intégrer et à mettre en œuvre des programmes spéciaux, afin d'assurer l'équité envers les groupes défavorisés en matière d'emploi, de logement et de services, selon le cas.
- Bien que l'article soit axé sur l'emploi, sa portée ne se limite pas explicitement à l'emploi; par conséquent, la disposition des programmes spéciaux de la *Loi* s'applique implicitement également à la prestation de logements et de services.
- De plus, l'article 14 inclut tant le secteur privé que le secteur public dans le cadre de son mandat de programmes spéciaux, contrairement à la législation fédérale sur l'équité en matière d'emploi, par exemple, qui s'applique uniquement au secteur gouvernemental.

- La *Loi* ne rend pas obligatoire, pour les employeurs et les organisations, de demander l'approbation préalable de la Commission pour les programmes spéciaux qu'ils introduisent.
 - Toutefois, l'approbation préalable d'un programme spécial garantit des avantages tangibles pour l'organisation qui administre le programme.
 - Les programmes spéciaux préapprouvés par la Commission bénéficient de l'expertise et de la surveillance de la Commission avant leur mise en œuvre; les programmes préapprouvés seraient également protégés contre les enjeux de discrimination en matière de droits de la personne en vertu de la *Loi*, tant que l'approbation préalable est obtenue.
 - Toutefois, la protection ne s'appliquerait qu'aux conditions approuvées du programme spécial; elle ne s'étendrait pas à tout écart par rapport aux conditions approuvées ou à d'autres facteurs d'application du programme qui pourraient produire des effets discriminatoires.
 - Par exemple, si la Commission approuve un programme spécial conçu pour embaucher des femmes dans une organisation, le programme ne serait pas discriminatoire à l'égard des candidats masculins. Toutefois, si les exécutants du programme commencent à accorder la préférence aux candidates blanches, le programme deviendra responsable de la discrimination fondée sur la race protégée. (Pour plus de détails sur la mise en œuvre d'un programme spécial dans votre organisation, consulter la section 4.)

Le terme agrégé de « minorité visible », qui englobe des groupes autres que les hommes de race blanche, représente une catégorie problématique qui n'est pas représentative de la démographie. Le juge Abella a remarqué : « Concevoir des systèmes visant à accroître la participation des minorités visibles, sans faire de distinction pour aider les groupes qui ont des besoins particuliers, ne fait que détourner l'attention de là où se trouvent les problèmes les plus épineux. » (51-52)

1.4 Programme d'égalité d'accès à l'emploi du Nouveau-Brunswick (Programme EAE)

En 1984, le gouvernement du Nouveau-Brunswick, en consultation avec la Commission, a mis sur pied le Programme EAE, qui a pour objectif d'assurer une représentation mieux équilibrée des Autochtones, des personnes handicapées et des membres des minorités visibles dans la fonction publique en aidant des personnes à obtenir un emploi intéressant qui offre des possibilités d'avancement.

Le ministère des Finances et le Conseil du Trésor du gouvernement du Nouveau-Brunswick assurent une surveillance stratégique du Programme EAE. Le programme s'applique à la Partie I (ministères) et à la Partie II (écoles) du gouvernement.

- Le Programme EAE verse jusqu'à 50 % du traitement (jusqu'à concurrence de 20 000 \$ par an pendant deux ans) à un ministère pour embaucher une personne d'un groupe désigné par le programme¹⁵.
- Le Programme EAE verse 333,00 \$ par mois pendant une période maximale de cinq ans à un ministère qui embauche une personne recevant une pension d'invalidité ou pouvant seulement travailler un nombre limité d'heures par semaine en raison de son état de santé.
- Pour l'exercice 2018-2019, 19 inscrits à EAE bénéficient du financement fourni dans le cadre du programme.

Le gouvernement provincial n'est pas intervenu pour introduire un programme similaire d'équité en matière d'emploi dans le secteur privé.

La *Loi sur l'équité salariale* du Nouveau-Brunswick, qui régit l'équité salariale pour les femmes, est également conçue spécifiquement pour le secteur public; elle ne traite pas de l'écart salarial entre les sexes dans l'emploi privé¹⁶.

1.5 Diversité, inclusion et programmes spéciaux

Les programmes spéciaux constituent des outils puissants pour concrétiser la vision des droits de la personne en matière de diversité et d'inclusion.

- En raison d'une migration mondiale généralisée au cours des dernières années, de larges segments de communautés diasporiques, marquées par une diversité ethnique, culturelle et religieuse, font maintenant partie de la population démographique des sociétés occidentales.
- Les lois contre la discrimination et sur les droits de la personne reconnaissent les droits des diverses populations à un traitement équitable et s'efforcent de les inclure dans la vie sociale, économique et culturelle.
- Cependant, les lois antidiscrimination et pour les droits de la personne sont typiquement conçues pour prévenir la discrimination fondée sur des plaintes individuelles; les mécanismes fondés sur des plaintes en regard de ces lois ont une portée limitée pour apporter une transformation socioéconomique de grande portée des groupes défavorisés ou pour lutter contre les pratiques discriminatoires systémiques intégrées aux structures institutionnelles.
- Ces limitations sont atténuées par des programmes spéciaux, qui peuvent être plus efficacement mis à profit pour inclure de plus grands segments de groupes défavorisés dans les avantages sociaux généraux, par le biais de mesures d'atténuation spécifiques et ciblées.
- Les programmes spéciaux sont par conséquent essentiels à l'amélioration de l'agenda des droits de la personne en matière d'équité, de diversité et d'inclusion.

1.6 Programmes spéciaux et reconnaissance de la différence

Toutes les formes de discrimination – directe, indirecte et systémique – découlent d'une incapacité à reconnaître les individus ou les personnes qui présentent des attributs qui les différencient des groupes traditionnels ou privilégiés de la société.

Le système des droits de la personne reconnaît la différence entre les individus et les groupes et protège le traitement discriminatoire fondé sur les différentes caractéristiques qui constituent l'identité de ces groupes. La Cour suprême du Canada soutient que la reconnaissance de la différence est un principe central des lois et des programmes spéciaux relatifs aux droits de la personne¹⁷.

Au sujet de l'importance de reconnaître la différence entre les autres groupes, il convient de souligner les points suivants :

- Le respect, accompagné de la reconnaissance de la différence, est un principe fondamental du droit et de la jurisprudence en matière de droits de la personne.
- En reconnaissant la différence et en permettant l'inclusion des personnes ayant une différence dans la jouissance égale des avantages socioéconomiques, le système des droits de la personne défend les valeurs de diversité, d'égalité et d'inclusion.
 - Les programmes spéciaux, qui ajoutent une couche supplémentaire de protection aux dispositions statutaires relatives aux droits de la personne, sont également fondés sur la reconnaissance de la différence entre certains groupes et la population majoritaire.
 - En étendant les préférences en matière d'emploi, de logement ou de services à ces groupes et en reconnaissant leur différence, les programmes spéciaux font progresser l'agenda des droits de la personne en matière d'équité et de non-discrimination.

1.7 Programmes spéciaux et « discrimination à rebours »

Les programmes spéciaux traitent les groupes différemment pour atteindre l'objectif général d'égalité socioéconomique. Par défaut, les programmes spéciaux excluent de leurs prestations les groupes traditionnels ou traditionnellement privilégiés (non discriminés).

- Par exemple, si une organisation crée un programme spécial visant uniquement l'embauche des femmes, des groupes autochtones et des communautés LGBTQ2S pour une période donnée, le programme exclurait les

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

hommes, les personnes non autochtones et les groupes cisgenres des possibilités d'emploi dans l'organisation.

- Théoriquement, les groupes exclus pourraient prétendre que le programme est discriminatoire à leur endroit ou a l'effet de la soi-disant « discrimination à rebours ».
- Toutefois, parce que les groupes historiquement privilégiés n'ont pas souffert de conditions désavantageuses ou n'ont pas été privés de l'égalité de traitement à cause de leurs caractéristiques personnelles (sexe, race, ascendance, etc.), leur omission d'un programme spécial conçu au bénéfice des groupes marginalisés ne constituerait pas une discrimination.
- La « discrimination à rebours » n'est donc pas un droit humain légalement reconnu.

Dans un jugement récent, la Cour suprême du Canada a défini la discrimination à rebours comme suit :

- « Une plainte pour discrimination à rebours est celle où une personne qui ne fait pas partie des bénéficiaires visés allègue que le fait d'améliorer la situation de ceux-ci est discriminatoire à son égard¹⁸. »

Question litigieuse dans la jurisprudence américaine, la discrimination à rebours n'a pas suscité beaucoup de controverse dans le droit canadien¹⁹.

La Cour suprême du Canada a réaffirmé à maintes reprises que les programmes spéciaux sont protégés des contestations de discrimination à rebours en vertu du paragraphe 15(2) de la *Charte* :

- « L'objectif du par. 15(2) est de prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de "discrimination à rebours"²⁰. »

Par exemple : Dans une importante affaire de droit à l'égalité, la Cour suprême du Canada a rejeté une plainte de discrimination à rebours à l'encontre d'un programme spécial conçu pour avantager les groupes autochtones. Le gouvernement a établi un programme spécial qui accordait des permis de pêche exclusifs aux membres de trois bandes autochtones, leur octroyant une journée de pêche supplémentaire dans le fleuve Fraser. Les demandeurs, des pêcheurs commerciaux non autochtones, soutenaient que le programme les discriminait en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte sur la base de la race. Rejetant cet argument, la Cour suprême a jugé que le paragraphe 15(1) de la Charte garantit l'égalité aux groupes défavorisés, tandis que le paragraphe 15(2) lutte contre la discrimination par le biais de programmes de promotion sociale; le programme de pêche était légitime parce qu'il améliorait l'accès des groupes autochtones à l'emploi et aux ressources. Groupes privilégiés ou favorisés – Résumé

1. Dans leurs tentatives d'obtenir un traitement différencié en vertu de la loi, les peuples autochtones optent de plus en plus pour la révision

judiciaire fondée sur les droits comme une alternative prometteuse aux négociations politiques. Cependant, il reste à voir dans quelle mesure et dans quelles conditions, la révision judiciaire fondée sur les droits répondra aux attentes des Autochtones dans le choix de cette voie. Afin de mesurer l'efficacité de la révision judiciaire fondée sur les droits pour les Autochtones, cet article propose d'étudier la jurisprudence canadienne. Plus précisément, il examine la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada au sujet de cinq questions clés relatives aux droits des Autochtones : les droits de pêche et de chasse, la représentation institutionnelle, les politiques d'aide sociale, les droits fonciers et à l'autonomie gouvernementale. Il examine également la façon dont cette jurisprudence a été reçue et appliquée par les autorités gouvernementales. L'article révèle que la reconnaissance constitutionnelle de certains droits autochtones, qui vont au-delà des droits civils et politiques fondamentaux, entraîne un changement politique positif pour les communautés autochtones du Canada, même si ces droits ont fait l'objet d'une interprétation stricte. Toutefois, dans ce climat de changement politique positif, l'incapacité des Autochtones à obtenir une autonomie gouvernementale par le biais d'une révision judiciaire apparaît comme un problème évident. L'article amène la conclusion que les objectifs de renforcement institutionnel de la nation peuvent limiter la possibilité d'un contrôle judiciaire pour reconnaître un niveau profond d'égalité réelle aux peuples autochtones.

Résumé

Dans leurs tentatives d'obtenir un traitement différencié en vertu de la loi, les peuples autochtones optent de plus en plus pour la révision judiciaire fondée sur les droits comme une alternative prometteuse aux négociations politiques. Cependant, il reste à voir dans quelle mesure et dans quelles conditions, la révision judiciaire fondée sur les droits répondra aux attentes des Autochtones dans le choix de cette voie. Afin de mesurer l'efficacité de la révision judiciaire fondée sur les droits pour les Autochtones, cet article propose d'étudier la jurisprudence canadienne. Plus précisément, il examine la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada au sujet de cinq questions clés relatives aux droits des Autochtones : les droits de pêche et de chasse, la représentation institutionnelle, les politiques d'aide sociale, les droits fonciers et à l'autonomie gouvernementale. Il examine également la façon dont cette jurisprudence a été reçue et appliquée par les autorités gouvernementales. L'article révèle que la reconnaissance constitutionnelle de certains droits autochtones, qui vont au-delà des droits civils et politiques fondamentaux, entraîne un changement politique positif pour les communautés autochtones du Canada, même si ces droits ont fait l'objet d'une interprétation stricte. Toutefois, dans ce climat de changement politique positif, l'incapacité des Autochtones à obtenir une autonomie gouvernementale par le biais d'une révision judiciaire apparaît comme un problème évident. L'article amène la conclusion que les objectifs de renforcement institutionnel de la nation peuvent

limiter la possibilité d'un contrôle judiciaire pour reconnaître un niveau profond d'égalité réelle aux peuples autochtones.

Résumé

Dans leurs tentatives d'obtenir un traitement différencié en vertu de la loi, les peuples autochtones optent de plus en plus pour la révision judiciaire fondée sur les droits comme une alternative prometteuse aux négociations politiques. Cependant, il reste à voir dans quelle mesure et dans quelles conditions, la révision judiciaire fondée sur les droits répondra aux attentes des Autochtones dans le choix de cette voie. Afin de mesurer l'efficacité de la révision judiciaire fondée sur les droits pour les Autochtones, cet article propose d'étudier la jurisprudence canadienne. Plus précisément, il examine la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada au sujet de cinq questions clés relatives aux droits des Autochtones : les droits de pêche et de chasse, la représentation institutionnelle, les politiques d'aide sociale, les droits fonciers et à l'autonomie gouvernementale. Il examine également la façon dont cette jurisprudence a été reçue et appliquée par les autorités gouvernementales. L'article révèle que la reconnaissance constitutionnelle de certains droits autochtones, qui vont au-delà des droits civils et politiques fondamentaux, entraîne un changement politique positif pour les communautés autochtones du Canada, même si ces droits ont fait l'objet d'une interprétation stricte. Toutefois, dans ce climat de changement politique positif, l'incapacité des Autochtones à obtenir une autonomie gouvernementale par le biais d'une révision judiciaire apparaît comme un problème évident. L'article amène la conclusion que les objectifs de renforcement institutionnel de la nation peuvent limiter la possibilité d'un contrôle judiciaire pour reconnaître un niveau profond d'égalité réelle aux peuples autochtones.

Résumé

Dans leurs tentatives d'obtenir un traitement différencié en vertu de la loi, les peuples autochtones optent de plus en plus pour la révision judiciaire fondée sur les droits comme une alternative prometteuse aux négociations politiques. Cependant, il reste à voir dans quelle mesure et dans quelles conditions, la révision judiciaire fondée sur les droits répondra aux attentes des Autochtones dans le choix de cette voie. Afin de mesurer l'efficacité de la révision judiciaire fondée sur les droits pour les Autochtones, cet article propose d'étudier la jurisprudence canadienne. Plus précisément, il examine la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada au sujet de cinq questions clés relatives aux droits des Autochtones : les droits de pêche et de chasse, la représentation institutionnelle, les politiques d'aide sociale, les droits fonciers et à l'autonomie gouvernementale. Il examine également la façon dont cette jurisprudence a été reçue et appliquée par les autorités gouvernementales. L'article révèle que la reconnaissance constitutionnelle de certains droits autochtones, qui vont au-delà des droits civils et politiques fondamentaux, entraîne un changement politique positif pour les communautés autochtones du Canada, même si ces droits ont fait l'objet d'une interprétation stricte. Toutefois, dans ce climat de changement politique positif, l'incapacité des

Autochtones à obtenir une autonomie gouvernementale par le biais d'une révision judiciaire apparaît comme un problème évident. L'article amène la conclusion que les objectifs de renforcement institutionnel de la nation peuvent limiter la possibilité d'un contrôle judiciaire pour reconnaître un niveau profond d'égalité réelle aux peuples autochtones.

Résumé

Dans leurs tentatives d'obtenir un traitement différencié en vertu de la loi, les peuples autochtones optent de plus en plus pour la révision judiciaire fondée sur les droits comme une alternative prometteuse aux négociations politiques. Cependant, il reste à voir dans quelle mesure et dans quelles conditions, la révision judiciaire fondée sur les droits répondra aux attentes des Autochtones dans le choix de cette voie. Afin de mesurer l'efficacité de la révision judiciaire fondée sur les droits pour les Autochtones, cet article propose d'étudier la jurisprudence canadienne. Plus précisément, il examine la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada au sujet de cinq questions clés relatives aux droits des Autochtones : les droits de pêche et de chasse, la représentation institutionnelle, les politiques d'aide sociale, les droits fonciers et à l'autonomie gouvernementale. Il examine également la façon dont cette jurisprudence a été reçue et appliquée par les autorités gouvernementales. L'article révèle que la reconnaissance constitutionnelle de certains droits autochtones, qui vont au-delà des droits civils et politiques fondamentaux, entraîne un changement politique positif pour les communautés autochtones du Canada, même si ces droits ont fait l'objet d'une interprétation stricte. Toutefois, dans ce climat de changement politique positif, l'incapacité des Autochtones à obtenir une autonomie gouvernementale par le biais d'une révision judiciaire apparaît comme un problème évident. L'article amène la conclusion que les objectifs de renforcement institutionnel de la nation peuvent limiter la possibilité d'un contrôle judiciaire pour reconnaître un niveau profond d'égalité réelle aux peuples autochtones.

Il ne peut pas servir à plaider contre des programmes visant à aider les groupes historiquement vulnérables : « De par leur nature même, les programmes destinés à améliorer la situation d'un groupe défavorisé excluent inévitablement les membres d'autres groupes. Cela n'en fait pas nécessairement des mesures inconstitutionnelles ou des mesures de "discrimination à rebours"²¹. »

De même, dans les juridictions provinciales, les protections des programmes spéciaux sont intégrées dans les codes des droits de la personne, et les tribunaux ont tendance à ignorer les plaintes pour discrimination à rebours à l'encontre des programmes spéciaux.

Par exemple : *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a rejeté l'argument selon lequel un programme d'embauche favorisant les minorités adopté par la Ville de Dartmouth avait fait preuve de discrimination à l'égard d'un candidat blanc qualifié. Le programme de la Ville, qui a été approuvé par la Commission*

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, visait à recruter des femmes pour accroître leur représentation dans la population active de la ville à 44,9 %, et à embaucher des groupes racialisés pour accroître leur représentation à 4,5 %. La cour a conclu que le programme avait été adopté comme programme spécial en vertu de la Loi sur les droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, et que la question de la discrimination à rebours n'était pas pertinente au cas²².

Par exemple : *La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que même si un programme spécial a un effet discriminatoire accessoire, le programme respecterait toujours les exigences de l'article 14 du Code des droits de la personne de l'Ontario s'il atténuait un désavantage et était rationnellement lié à ses objectifs. L'article 14, a souligné la cour, n'est pas attaché à un concept de discrimination à rebours²³.*

2.0 Les programmes spéciaux et le principe d'équité

Le principal objectif des programmes spéciaux est de promouvoir l'égalité dans la société et les relations sociales; ces programmes sont conçus pour corriger les torts historiques qui ont privé des groupes vulnérables de la société canadienne des avantages de l'égalité sociale, économique et politique.

Les programmes spéciaux reconnaissent implicitement que les lois antidiscrimination traditionnelles et les politiques, pratiques et structures institutionnelles traditionnelles sont inadéquates pour assurer l'égalité à toutes les classes et à tous les groupes sociaux. En conséquence, les programmes spéciaux vont au-delà des mesures traditionnelles pour combler l'écart en matière d'égalité dans les cadres juridiques et politiques existants, afin d'atténuer les conditions d'iniquité auxquelles sont confrontés les groupes défavorisés²⁴.

- L'équité et la non-discrimination sont des principes corrélés :
 - Lorsque l'équité est renforcée dans la société, la discrimination s'en voit réduite;
 - Chaque principe (équité et non-discrimination) renforce et assure le caractère sacré de l'autre.
 - Les deux concepts doivent être examinés, pour apprécier la logique et l'idéologie essentielles des programmes spéciaux. (Pour la discrimination systémique, consulter la section 3.)

2.1 Les significations de l'égalité

L'égalité est un idéal universellement compris, mais elle est aussi un concept insaisissable, qui comporte ses dérapages et ses changements subtils de sens²⁵.

- Dans la sphère juridique contemporaine, le principe d'égalité est intégré dans les conventions et traités internationaux relatifs aux droits de la personne, à partir desquels il s'intègre aux législations et aux structures juridiques des États-nations signataires. (Consulter la section 1.2.)

La *Commission royale Abella sur l'égalité* indique : « que les lois et les approches traditionnelles pour lutter contre la discrimination n'étaient pas de taille vu l'immensité du problème [d'inéquité], et que la myriade de mesures et de programmes établis pour inciter une société réticente à changer était insuffisante. Ces groupes prônaient l'adoption d'une approche globale qui mettrait fin à une ère caractérisée par la discrimination systémique qui céderait la place à la saine confrontation du problème. »

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

- Dans le contexte canadien, les garanties d'égalité sont enchâssées dans la Constitution canadienne par le paragraphe 15(1) de la *Charte*, et l'égalité (ainsi que la non-discrimination) constitue le fondement idéologique des codes fédéraux et provinciaux sur les droits de la personne.

En prétendant traiter tout le monde de la même manière, la doctrine de l'égalité formelle ne distingue pas les groupes socialement et économiquement marginalisés.
- En promouvant l'égalité pour les groupes minoritaires, les programmes spéciaux visent à remplir ces obligations constitutionnelles et juridiques.

En termes théoriques, deux concepts fondamentaux d'égalité ont prévalu dans les systèmes juridiques et la jurisprudence occidentaux : l'égalité formelle et l'égalité réelle.

2.2 Égalité formelle – Définition et limitations

L'égalité formelle représente la doctrine traditionnelle de l'égalité qui s'est répandue dans la société et la politique occidentales, jusqu'à ce qu'elle soit remise en cause par la révolution des droits du XX^e siècle²⁶.

L'égalité formelle exige que chacun reçoive le même traitement, quelles que soient les différences qui définissent les individus et les groupes les uns par rapport aux autres.

- Par conséquent, l'égalité formelle préconise le traitement neutre de toutes les personnes :
 - Elle fait progresser le concept de justice individuelle, en mettant l'accent sur un traitement cohérent ou égal fondé sur les normes et les critères des groupes dominants et traditionnels de la société.
 - Pour déterminer si une loi ou une politique est équitable et juste, l'égalité formelle permet de mesurer si des personnes ou des groupes de personnes de statut similaire sont ou ont été traités de manière égale en vertu de ladite loi ou politique.
 - L'égalité formelle insiste sur la similitude et les groupes dont la position est similaire; elle ignore les groupes dont les caractéristiques les rendent différents des groupes majoritaires ou traditionnels.

Par conséquent, en vertu du cadre formel d'égalité, en raison de leur différence (fondée sur le sexe, le handicap, l'ascendance, la race, etc.), certains groupes risquent de se voir refuser un traitement équitable en matière d'emploi, de logement ou de services. Ces groupes ne parviennent pas à respecter, ou sont perçus comme échouant à respecter, la norme d'égalité telle qu'elle est considérée du point de vue de la majorité de la population.

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

- Dans les sociétés contemporaines, marquées par une diversité croissante, le modèle d'égalité formelle ne promet pas une répartition équitable des avantages socioéconomiques.
- Pour corriger cette anomalie, les programmes spéciaux donnent la priorité aux groupes minoritaires négligés, afin de parvenir à une redistribution plus équitable des privilèges sociaux.

2.2.1 Égalité formelle – Une illustration

Un exemple simple illustre les limites inhérentes à la doctrine ou à la structure d'une égalité formelle :

- *Une université fait passer un test d'admission pour évaluer les connaissances des candidats pour accéder à un programme universitaire. Les élèves qui obtiennent une certaine note en pourcentage au test sont admis, tandis que ceux qui obtiennent une note inférieure au pourcentage requis sont refusés. Ce critère d'admission serait équitable si tous les candidats avaient des compétences ou des avantages similaires. Toutefois, l'un des candidats a un handicap visuel et ne bénéficie d'aucune assistance pendant le test (un texte en braille ou un examen oral, par exemple). Par conséquent, le candidat spécial, qui est différent de la majorité des candidats, s'il est traité comme les autres, se verra refuser un traitement équitable et pourra subir une exclusion et un désavantage.*

L'université peut corriger le désavantage auquel est confronté le candidat spécial de deux façons :

1. **Obligation d'adaptation** : l'université peut faciliter l'examen d'un candidat par l'offre d'un texte en braille, d'un examen oral, d'un espace isolé et de temps supplémentaire ou par l'aide d'un lecteur ou d'un écrivain pour enregistrer les renseignements dictés par le candidat, etc. Ces mesures relèvent du devoir juridique de l'université de répondre aux besoins spéciaux de l'étudiant; elles ne constitueraient pas un programme spécial.
2. **Programmes spéciaux** : L'université peut établir un programme spécial qui réserve un nombre fixe de sièges dans ladite unité scolaire pour les personnes handicapées qui remplissent les autres conditions préalables à l'admission. Cette mesure constituerait un programme spécial, accordant une préférence en matière de services (l'université fournit un service) à un groupe historiquement défavorisé (personne handicapée).

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

Par conséquent, le principe de l'égalité formelle, lorsqu'il est appliqué uniformément aux personnes ayant des caractéristiques diverses, ne parvient pas à générer des résultats égaux pour tous les individus ou groupes dans la société; il désavantage les groupes plus faibles par rapport aux segments majoritaires et non contraints de la population²⁷.

Les programmes spéciaux ne violent pas le principe du mérite; en revanche, ils reconnaissent des personnes ou des groupes dont le mérite n'est pas reconnu en raison de stéréotypes ancrés et de pratiques et de politiques de discrimination systémique.

Les programmes spéciaux résistent aux obstacles qui peuvent être imposés à certaines personnes en raison d'une norme formelle rigide d'égalité; ils comblent les lacunes dans les lois, les politiques ou les procédures qui ont pour effet de retirer aux groupes vulnérables l'accès aux avantages sociaux selon des conditions équitables.

En somme, en termes généraux, voici les effets de l'égalité formelle :

- Ignorer les obstacles historiques et permanents qui occasionnent ou ont occasionné un refus de traiter équitablement certains groupes sociaux.
- Ne pas considérer que les groupes minoritaires ont besoin d'un traitement différent, pour bénéficier des mêmes bénéfices et avantages que les groupes qui ne font généralement pas l'objet de discrimination.
- Négliger l'effet discriminatoire ou l'impact des lois, des règles ou des politiques, et sous-entendre que l'intention et le but des lois, des règles ou des politiques suffisent à juger de leur équité.
- Utiliser des groupes de comparaison homogènes pour évaluer et définir l'égalité de traitement, tout en ignorant la composition hétérogène des sociétés contemporaines.

2.2.2 Égalité formelle, programmes spéciaux et argument de valeur

L'égalité formelle est défendue comme faisant respecter le principe du mérite dans la société et comme éliminant les critères irrationnels ou arbitraires de la prise de décisions et des politiques.

- Cependant, la composition des sociétés modernes, marquées par les migrations de masse, les communautés diasporiques et les populations diverses, ainsi que par les nouveaux titulaires de droits (les groupes LGBTQ2S, par exemple), est complexe et variée.
- Les lois et les politiques doivent refléter l'évolution démographique de la population et de sa conscience culturelle et morale et suivre le rythme de cette évolution.
- Les politiques et les pratiques fondées sur les valeurs et les critères des groupes majoritaires auraient toujours pour résultat de refuser aux personnes défavorisées de profiter également des avantages socioéconomiques.

Lorsqu'ils sont conçus avec soin, les programmes spéciaux ne contreviennent pas au principe du mérite dans la société :

- Un programme spécial ne provoquera pas l'embauche d'une personne moins qualifiée d'un groupe désigné, tout en ignorant un candidat mieux qualifié des groupes traditionnels.
- Au contraire, l'objectif des programmes spéciaux est de faire entrer dans le courant général les personnes qualifiées des groupes marginalisés, de reconnaître le mérite qui a été négligé en raison des perceptions de l'incapacité ou du manque de capacité de certains groupes.
- Ces groupes (les femmes, par exemple) ont traditionnellement été exclus de certains types d'emplois; l'exclusion est largement acceptée comme naturelle et juste, et sa logique est intégrée dans les politiques, les pratiques et les cultures des organisations.
- Se reporter, par exemple, à la section 3.2.4 et à la note 68, pour l'observation de la Cour suprême du Canada sur l'exclusion des femmes des emplois au sein de la société nationale de chemins de fer.

2.3 Égalité réelle – La base conceptuelle des programmes spéciaux

Le concept d'égalité réelle est enraciné dans la prémisse selon laquelle tout le monde devrait être traité de la même façon seulement si tout le monde part de la même position ou a joui, ou a bénéficié des mêmes avantages ou privilèges²⁸.

- Si les personnes sont désavantagées par le sexe, la race, l'ascendance, un handicap ou d'autres marqueurs d'identité et qu'elles sont retardées en raison de ces inconvénients, leur statut différent devrait être pris en compte dans l'élaboration des lois, des politiques ou des procédures qui ont une incidence sur les conditions d'emploi, de logement ou de services.
- Les pratiques d'égalité réelle vont au-delà des concepts de base de l'égalité formelle et elles dévoilent les processus discriminatoires subtils qui imprègnent les structures sociales et institutionnelles.
- L'égalité réelle (et les programmes spéciaux) pousse à des changements substantiels, en veillant à ce que les groupes historiquement négligés soient inclus dans les privilèges et avantages socioéconomiques.

2.3.1 La Cour suprême du Canada sur l'égalité réelle

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

Les fondements égalitaires de l'égalité réelle constituent le fondement des droits de la *Charte* et des lois sur les droits de la personne. Dans sa première décision sur l'article 15 (égalité) de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a affirmé catégoriquement que la *Charte* appuie le principe de l'égalité réelle et exige des mesures correctives positives pour protéger les groupes défavorisés²⁹.

L'égalité réelle et les programmes spéciaux visent à atteindre l'égalité dans les perspectives et les résultats, au-delà des structures formelles des lois et des politiques.

- La Cour suprême a rejeté l'analyse de l'égalité formelle dans une situation similaire :
 - Les plaintes en matière d'équité devraient être abordées dans un cadre contextuel, et le contexte des groupes historiquement marginalisés devrait être au premier plan d'une analyse sur l'égalité³⁰.
 - En outre, l'analyse de l'égalité doit porter sur les effets d'une loi, d'une politique ou d'une pratique, et non seulement sur l'objet ou l'intention de ces mesures³¹.
 - La Cour suprême a affirmé que l'article 15 avait deux objectifs : protéger contre les lois discriminatoires et promouvoir l'égalité réelle dans la société.
 - L'égalité réelle implique une interprétation intentionnelle, contextuelle et expansive de l'antidiscrimination, conformément aux principes de la jurisprudence des droits de la personne qui interprètent le droit des droits de la personne en termes larges et libéraux.

Dans une autre importante décision sur les droits à l'égalité, la Cour suprême du Canada a lié la discrimination à la perte de dignité humaine :

Le principe sous-jacent de l'égalité réelle (et des programmes spéciaux) est de prévenir les violations de la dignité humaine et de promouvoir la pleine adhésion des groupes défavorisés à la société³².

2.3.2 La façon dont les programmes spéciaux s'alignent sur l'égalité réelle

Alors que l'égalité formelle est fondée sur un critère de l'égalité de traitement, ou le traitement similaire de ceux qui ont une situation similaire :

- L'égalité réelle (le noyau philosophique des programmes spéciaux) est fondée sur l'idée de perspectives ou de résultats égaux et accorde une attention particulière aux processus institutionnels, au déséquilibre des pouvoirs entre les

Les programmes spéciaux s'alignent sur la justice redistributive, pour transformer les structures socioéconomiques prévalentes de sorte à obtenir un équilibre plus équitable.

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

groupes et aux causes ou conséquences de l'exclusion et de l'inclusion.

- L'égalité réelle, comme les programmes spéciaux, vise l'égalité inclusive :
 - Elle sonde les réalités et les conditions réelles d'iniquité, ainsi que les processus sociaux, politiques et institutionnels qui en facilitent la reproduction.
 - Elle attire donc l'attention à la fois sur la substance et sur les processus qui renseignent sur le fonctionnement de l'iniquité³³.
- La politique de reconnaissance et la politique de redistribution sont deux courants sous-jacents de l'égalité réelle (et des programmes spéciaux) :
 - **Politique de reconnaissance** : L'égalité réelle et les programmes spéciaux commencent par la reconnaissance de la différence et du désavantage.
 - **Politique de redistribution** : On se déplace vers une redistribution des ressources et des avantages.
 - **Une pratique transformatrice** : Dans ce processus, l'égalité réelle et les programmes spéciaux assurent l'inclusion des groupes exclus et la transformation des hiérarchies existantes de pouvoir et de privilège.

Les programmes spéciaux sont conçus pour faire progresser l'égalité sociale, au-delà des limites inhérentes à la doctrine de l'égalité formelle; les programmes spéciaux, par conséquent, poursuivent les principes suivants intégrés aux configurations de l'égalité réelle :

- **Reconnaître la différence** : D'après le concept d'égalité réelle, les programmes spéciaux accueillent la diversité des individus et des groupes et visent à réduire les disparités entre les groupes vulnérables et non vulnérables.
- **Se concentrer sur les effets des lois et des politiques** : Conformément à l'approche de fond, les programmes spéciaux visent à corriger l'impact ou les effets négatifs des lois et des politiques (au-delà de leur intention et de leur but), en mettant l'accent sur les individus ou les groupes qui ont souffert d'un désavantage historique.
- **Corriger des torts historiques** : Les programmes spéciaux, qui mettent l'accent sur l'égalité, corrigent les torts historiques et la discrimination passée; en termes conceptuels, ils s'efforcent d'offrir à chacun le même point de départ pour accéder aux offres d'emploi, de logement et de services.
- **Assurer la justice redistributive** : Les programmes spéciaux, comme l'égalité réelle, sont basés sur l'idée de la justice de redistribution :
 - Ils réorganisent la répartition des avantages sociaux et économiques pour renforcer les classes défavorisées et assurer une égalité réelle dans les relations sociales.

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

- La justice de redistribution s'aligne sur le modèle de bien-être de l'État canadien; l'égalité réelle et les programmes spéciaux, par conséquent, font partie intégrante de la vision canadienne de l'État et de la société³⁴.
 - La justice rétributive est transformatrice; elle réexamine la base sur laquelle les droits, les privilèges, les charges, le pouvoir et les ressources matérielles sont distribués dans la société³⁵.
- **Égalité des résultats** : L'égalité réelle et les programmes spéciaux visent l'égalité des résultats :
 - Bien que l'égalité formelle exige une application égale des lois, des politiques et des procédures, l'égalité réelle vise l'égalité dans les résultats des lois et des politiques³⁶.
 - L'égalité des résultats est un idéal fondamental dans la conception des programmes spéciaux³⁷.

Au lieu de « l'égalité de traitement », l'égalité réelle met l'accent sur « le traitement d'autrui comme son égal ».

2.4 Programmes spéciaux et disposition de la *Charte* sur l'égalité

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit des garanties d'égalité complètes, qui garantissent le droit des citoyens à un traitement équitable, avec quatre niveaux de protection explicite de l'égalité³⁸ :

Égalité devant la loi³⁹; égalité dans l'application de la loi; la protection égale de la loi⁴⁰; et au même bénéfice de la loi⁴¹.

Les quatre niveaux de protection de l'égalité exigent que la loi soit offerte également à tous et qu'elle soit appliquée de manière égale⁴².

- Les quatre droits à l'égalité garantissent l'égalité dans le processus et la procédure juridiques (« égalité devant la loi » et « égalité dans l'application de la loi »), et l'égalité en matière juridique ou en droit matériel (« protection égale de la loi » et « au même bénéfice de la loi »).
- Ainsi, l'article 15 a permis aux tribunaux de dépasser l'égalité formelle pour exiger que les lois traitent les individus comme des égaux réels, en reconnaissant et en tenant compte de leurs différences sous-jacentes.

Selon la Cour suprême du Canada : « Il est facile de louer l'égalité [garantie par le paragraphe 15(1) de la *Charte*] comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre. Ce n'est que dans un contexte d'égalité réelle que la fraternité et l'harmonie peuvent exister. C'est alors que chacun peut véritablement vivre dans la dignité. » *Vriend c. Alberta*, 1998.

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

- Le paragraphe 15(1) énumère également les motifs pour lesquels il est interdit de discriminer un individu ou un groupe :
 - Ces motifs « énumérés » sont « la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».
 - La Cour suprême a déclaré que les tribunaux peuvent ajouter des motifs « analogues⁴³ », à mesure que de nouveaux détenteurs de droits surgissent dans une culture mondialisée en évolution rapide⁴⁴.
- Le paragraphe 15(1) a donné lieu à des interprétations larges :
 - Il a été invoqué par les tribunaux pour valider le modèle de diversité et d'inclusion de la société canadienne.
 - La *Charte*, lue dans son intégralité, ainsi que le paragraphe 15(1) sur les droits à l'égalité, renforce un tissu social et économique de diversité et d'inclusion.
 - Ce faisant, la *Charte* évite le modèle américain d'assimilation forcée et projette l'image d'un régime politique diversifié et inclusif⁴⁵.
 - La vision de la *Charte* sur l'égalité, la diversité et la dignité, et sur la reconnaissance et le respect de la différence est en accord avec le cadre idéologique qui sous-tend les programmes spéciaux.

Le paragraphe 15(2) de la *Charte* protège les programmes de promotion sociale de toute contestation en vertu du paragraphe 15(1) des droits à l'égalité⁴⁶; ainsi, le paragraphe 15(2) sert de bouclier contre les demandes de discrimination à rebours. (Consulter les sections 1.2 et 1.7.)

Par exemple : Dans une importante décision sur les droits à l'égalité, la Cour suprême du Canada a conclu qu'un programme de pêche offrant un traitement préférentiel à trois bandes autochtones était un programme d'amélioration en vertu du paragraphe 15(2) de la *Charte*. Si le gouvernement peut démontrer qu'un programme spécial satisfait aux critères du paragraphe 15(2) et que son but de mieux-être des groupes défavorisés est clairement établi, il ne serait pas nécessaire de déterminer s'il enfreint la disposition d'égalité du paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Cour suprême a noté que chaque membre d'un groupe désigné n'a pas besoin d'être désavantagé pour qu'un programme soit légitime : même si certains membres ne sont pas désavantagés, cela « n'annule pas le désavantage dont sont collectivement victimes les membres de ces bandes ». Le programme méritait la protection prévue au paragraphe 15(2) parce qu'il traitait rationnellement du désavantage de longue date subi par les groupes autochtones⁴⁷.

Par exemple : Un journal féministe a refusé de publier des lettres rédigées par des hommes. La politique exclusivement réservée aux femmes du journal a été maintenue comme une forme de programme de promotion sociale conformément au paragraphe 15(2), visant à améliorer la situation d'iniquité des femmes désavantagées⁴⁸.

2.5 Le rapport Abella et les programmes spéciaux

En 1984, sous l'égide d'une Commission royale, Rosalie Abella, juge en exercice de la Cour suprême du Canada, a rédigé un rapport complet sur l'équité en matière d'emploi au Canada, qui demandait la mise en œuvre de mesures spéciales pour promouvoir l'égalité réelle dans l'emploi au gouvernement fédéral⁴⁹.

Faire fi des différences mène à l'iniquité, alors que le respect de la différence assure un traitement équitable. *Inspiré du rapport Abella*

Bien qu'elles aient été conçues dans le contexte fédéral, les recommandations du rapport ont une résonance pour les gouvernements provinciaux et territoriaux, parce qu'elles portent sur les structures ancrées de l'iniquité prévalant dans les institutions, les politiques et les pratiques socioculturelles.

Le rapport Abella a eu une influence profonde sur l'évolution du droit de l'emploi et des droits de la personne, de la jurisprudence en matière d'égalité et des politiques publiques⁵⁰. À la suite de ce rapport, le gouvernement fédéral a promulgué la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* (1986; 1995) et le *Programme de contrats fédéraux* (1986), qui sont intégrés à des mécanismes réglementaires pour lutter contre la discrimination systémique en milieu de travail.

Les traits marquants du rapport sont instructifs pour comprendre les valeurs fondamentales que doivent incarner les programmes spéciaux. Ses principales idées sont les suivantes :

Une solution canadienne à l'iniquité en matière d'emploi : Rejetant le modèle américain d'action positive, qui repose sur la constatation préalable de la discrimination et du modèle des droits individuels, et qui comprend l'attribution des quotas, la juge Abella a proposé un modèle d'équité typiquement canadien, qu'elle a baptisé « équité en matière d'emploi », un analogue juridique de l'égalité⁵¹. Le terme « équité en matière d'emploi » a été largement adopté et a été inscrit dans le système juridique fédéral grâce à la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*.

« Pour assurer l'égalité, il faut bien s'armer. Il ne suffit pas de vouloir revendiquer les mêmes droits à moins de disposer des moyens de les faire respecter. Pour que l'égalité d'accès ne soit pas qu'une simple façade, il faut se doter des mécanismes nécessaires. »

L'égalité formelle est une exclusion : Le rapport reconnaît que l'égalité formelle, fondée sur le principe de similarité, est un concept d'exclusion, car elle ne tient pas compte des personnes qui sont d'une manière ou d'une autre différentes de la norme de mérite présumée ou acceptée par les employeurs et les organisations⁵².

- Pour arriver à une véritable égalité, tout le monde ne doit pas être traité de la même façon; certaines personnes ou certains groupes doivent être traités différemment des autres, pour pouvoir bénéficier des prestations égales d'emploi⁵³.

« Pour offrir d'égales possibilités, il faut inévitablement tenir compte des besoins de divers groupes. Nous devons supprimer systématiquement ce qui empêche les membres de ces groupes de donner suite à leurs aspirations, en tenant compte de leurs besoins réels et non des besoins que nous leur prêtons. »

L'égalité réelle favorise l'inclusion : Le rapport affirme le principe d'égalité réelle et reconnaît que ses objectifs ne peuvent être atteints que si les gouvernements prennent des mesures substantielles pour supprimer les obstacles systémiques à l'iniquité⁵⁴.

L'iniquité possède des racines systémiques : Le rapport souligne que l'iniquité au Canada a des racines systémiques qui doivent être délogées par des mesures de redressement systémiques. Les obstacles à l'équité sont intégrés dans les structures, les cultures et les pratiques quotidiennes sur les lieux de travail et sanctionnés par des précédents historiques et une utilisation prolongée. Ces obstacles renforcent le privilège des groupes dominants, qui ne connaissent pas les obstacles, mais bénéficient de leurs effets d'exclusion. En supprimant ces obstacles et ces inconvénients discriminatoires, les milieux de travail peuvent mettre en place des pratiques et des politiques inclusives⁵⁵.

L'égalité doit devenir obligatoire, pas seulement volontaire : Le rapport souligne le besoin de mesures obligatoires pour réaliser les objectifs d'égalité réelle; laisser la recherche de l'égalité aux initiatives volontaires des employeurs ne permettrait pas d'obtenir des résultats. Le rapport préconise un modèle obligatoire et légalisé d'équité en matière d'emploi, mis en place par des mesures législatives qui auraient une incidence sur le changement de politique en matière d'emploi au gouvernement fédéral⁵⁶. Grâce à des données statistiques complètes, le rapport établit la nature omniprésente de la discrimination systémique dans les milieux de travail canadiens et propose des changements systémiques dérivés de valeurs ancrées dans l'histoire, les normes et les institutions canadiennes.

L'égalité commence par la reconnaissance de la différence : Le rapport souligne le besoin urgent de reconnaître les différences entre les individus et les groupes, ce qui conduirait à une élévation des groupes négligés dans le droit, la politique et la pratique. La reconnaissance de la différence est au cœur de l'égalité réelle. Pour parvenir à une égalité réelle, les personnes ou les groupes marginalisés ne devraient pas être obligés d'intégrer les cultures et les pratiques existantes sur le lieu de travail (le modèle du *melting pot* américain), mais les cultures sur le lieu de travail devraient s'adapter aux différences des groupes défavorisés afin d'atteindre l'équité et l'inclusion pour tous⁵⁷.

L'égalité est un processus en constante évolution : Le rapport définit l'égalité comme une idée en évolution : les droits qui étaient cachés pour les générations précédentes continuent de trouver une reconnaissance, à mesure que de nouveaux détenteurs de droits émergent et prônent leur inclusion dans l'agenda des droits. L'égalité est donc un processus qui demande un engagement continu pour suivre le rythme du changement social, culturel, politique et économique.

- Pour concevoir une égalité mixte et réelle, les lois, les politiques et les attitudes exigent « un examen de conscience sincère, de l'objectivité et une grande ouverture d'esprit⁵⁸ ».
- Le vocabulaire et le sens de l'égalité continuent d'évoluer, pour y inclure des permutations multiples et variées de l'iniquité et la myriade d'effets des lois et des pratiques discriminatoires.

La justice redistributive assure l'égalité : le rapport préconise le concept de justice redistributive, pour réaligner les droits, les privilèges et les avantages de manière équitable et pour parvenir à l'égalité réelle⁵⁹. (Consulter la section 2.3.2.)

Les lois et politiques traditionnelles ne suffisent pas à assurer l'égalité : En proposant la création de mesures d'équité en matière d'emploi, le rapport reconnaît que les lois antidiscrimination et les droits de la personne traditionnels (y compris les codes du travail, les lois sur les droits de la personne et la *Charte*) sont axés sur les plaintes individuelles de discrimination et sur les actes de discrimination intentionnelle. En conséquence, ces lois négligent largement la remise en question des structures et les institutions qui produisent les iniquités⁶⁰.

Le *rapport Abella* a marqué un changement dans la conception de l'égalité dans le droit et la politique canadiens et est devenu le fondement de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'égalité dans les années 1980 et 1990. Il a mené à la promulgation de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, de la législation fédérale sur les programmes spéciaux et du *Programme de contrats fédéraux*, conçus pour lutter contre la discrimination systémique en milieu de travail.

Les conclusions du *rapport Abella* devraient être prises en compte dans la conception des mécanismes et des objectifs des programmes spéciaux (section 4). Elles sont tout aussi instructives pour comprendre les structures complexes qui facilitent la discrimination systémique en milieu de travail et, par analogie, dans la prestation de services, de logement et d'autres domaines.

3.0 Les programmes spéciaux et le concept de discrimination

A lors que les recours en matière de droits de la personne protègent contre les actes individuels de discrimination, les programmes spéciaux ont l'effet de pouvoir remédier à des formes de discrimination davantage ancrées, institutionnalisées ou systémiques.

Ainsi, avec la promotion de l'égalité réelle (section 2.3), la protection contre les effets de la discrimination systémique est au cœur des programmes spéciaux.

3.1 Définition de la discrimination

En termes juridiques généraux, la discrimination se produit lorsqu'une personne ou un groupe est traité désavantageusement parce que cette personne ou ce groupe appartient à un groupe historiquement marginalisé ou qu'il s'identifie par une caractéristique unique comme le sexe, le handicap, l'identité ou l'expression de genre, la race, l'ascendance, etc.

Ces caractéristiques sont reconnues dans les codes des droits de la personne comme des motifs de discrimination; le droit des droits de la personne protège contre le traitement discriminatoire des individus et des groupes qui s'identifient à ces motifs⁶¹.

La Cour suprême du Canada a défini la discrimination comme suit :

« On peut décrire la discrimination comme une distinction, intentionnelle ou non, mais reposant sur des motifs reliés aux caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe un fardeau, des obligations ou des inconvénients qui ne sont pas imposés aux autres, ou qui empêchent ou limitent l'accès aux possibilités et aux avantages offerts aux autres membres de la société⁶². »

En termes généraux, pour comprendre la discrimination, il convient de noter les points suivants :

- La discrimination et son désavantage découlent souvent d'appareils subtils, souvent cachés, de pouvoir et d'exploitation.
- La discrimination a lieu parce que la valeur ou la capacité d'une personne (ou d'un groupe) est évaluée par rapport à un critère ou à une norme normative; cette norme a pris racine dans la société par un ensemble complexe de processus historiques, culturels et économiques.
- Traditionnellement et en termes historiques, dans les cultures occidentales, on a projeté le mâle hétérosexuel blanc physiquement apte et chrétien comme cette norme ou ce critère.
- Par conséquent, la discrimination se produit lorsque des individus qui s'écartent ou sont différents de cette norme projetée – par exemple, des femmes, des personnes handicapées, des personnes de couleur ou des minorités raciales, des individus qui épousent des croyances religieuses différentes, des personnes de diverses identités de genre, etc. – sont considérés comme moins aptes à occuper des postes, ou à bénéficier de logements ou de services.
- La discrimination peut prendre la forme d'une retenue d'avantages ou de l'imposition de fardeaux⁶³.
- Les lois sur les droits de la personne traitent de la discrimination directe et indirecte, tandis que les programmes spéciaux remédient à la discrimination systémique. (Consulter la section 3.2.4.)

La discrimination se retrouve dans trois contextes. Tout d'abord, cela se produit au microniveau ou niveau individuel, où les groupes marginalisés sont poussés vers le désavantage social. Deuxièmement, la discrimination intervient dans le contexte institutionnel, tant dans les structures formelles des institutions que dans leurs pratiques quotidiennes informelles. Enfin, au macroniveau, la discrimination intervient dans un contexte social, économique et politique plus large, révélant des schémas à grande échelle d'exclusion qui sapent les droits à l'égalité et entravent la transformation institutionnelle. Ces trois contextes sont étroitement liés; ils se recoupent pour produire et reproduire des structures d'iniquité.

Dans les situations de discrimination, il n'est pas pertinent que la personne ou l'organisation n'ait pas l'intention de discriminer ou ignore ses actes discriminatoires et leurs effets.

3.2 Types de discrimination

La discrimination peut être manifestement évidente ou voilée et subtile; elle peut être directe et ouverte, indirecte et sournoise.

Pour définir les grandes catégories, il y a trois types de discrimination, qui se chevauchent et se recoupent : la discrimination directe, la discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable et la discrimination systémique⁶⁴.

Bien que la Cour suprême du Canada ait décrit la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable comme étant « artificielle » et « malléable » et qu'elle ait proposé une méthode unifiée en trois étapes (le critère de l'arrêt *Meiorin*) pour établir la discrimination, les trois types de discrimination (directe, par suite d'un effet préjudiciable et systémique) continuent d'être mentionnés dans les bourses d'études juridiques et les décisions judiciaires.

3.2.1 Discrimination directe

La discrimination directe est sans ambiguïté et démontre un préjudice clair et distinct à l'égard d'une personne ou d'un groupe protégé par la loi sur les droits de la personne :

- En cas de discrimination directe, le traitement discriminatoire est infligé à la personne ou au groupe en raison de son identité, c'est-à-dire en raison de son sexe, de son handicap, de sa race, de son ascendance autochtone, etc.
- La discrimination directe est animée par des préjugés et implique un outrage ou une croyance de l'infériorité du groupe exclu.
- Les actes de discrimination directe sont généralement réparés en vertu des lois antidiscrimination et sur les droits de la personne, et n'ont pas besoin de l'intervention de programmes spéciaux.

3.2.2 Exemples de discrimination directe

- **En situation d'emploi** : Une employée de vente dans un magasin de détail très achalandé informe son employeur qu'elle a entrepris une transition sexuelle et qu'elle commencera bientôt à s'identifier au sexe masculin. En apprenant cela, l'employeur transfère l'employée contre sa volonté à un poste qui comporte un minimum de contacts avec la clientèle. L'employeur serait responsable de discrimination directe fondée sur le motif de distinction illicite de l'identité ou de l'expression de genre.
- **En situation de logement** : Un fournisseur de logements publie une annonce de location pour un immeuble d'appartements avec la condition que les demandeurs avec bébés ou des jeunes enfants ne seront pas considérés. L'annonce constituerait une discrimination directe en matière de logement fondée sur les motifs de distinction illicite de situation familiale et du sexe (grossesse).
- **En situation de services** : Un couple, d'une minorité visible, visite un hôtel pour réserver une suite exécutive pour le mariage de leur fils. Ils sont informés qu'aucune réservation n'est disponible dans un avenir prévisible; cependant, le

couple a entendu le directeur réserver le même salon pour un autre client aux dates qu'il avait demandées. Le directeur et l'hôtel seraient coupables de discrimination directe dans la prestation de services sur la base de la race.

3.2.3 Discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable

Parfois, une loi, une règle ou une pratique semble innocente à première vue et est instituée sans intention de discrimination, mais elle a des répercussions négatives sur certains individus ou groupes; une telle loi, règle ou pratique serait discriminatoire, car, nonobstant son intention, elle produit un effet discriminatoire. Ce type de discrimination est appelé discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable⁶⁵.

- Alors que la discrimination directe résulte d'un préjudice manifeste, la discrimination par suite d'un effet préjudiciable résulte généralement de l'inattention portée à la différence entre les groupes défavorisés.

Exemple : *Le plaignant était membre de l'Église adventiste du septième jour, qui, selon ses croyances, interdit à ses adeptes de travailler les vendredis et samedis. Son employeur, cependant, exigeait que tous les employés travaillent le vendredi et le samedi; lorsque le plaignant ne s'est pas présenté au travail ces jours-là, l'employeur a mis fin à son poste à temps plein. Dans sa première décision reconnaissant la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la Cour suprême du Canada a conclu que la règle apparemment neutre de l'employeur avait des effets négatifs pour le plaignant et qu'elle était donc discriminatoire⁶⁶.*

Par exemple : *Les demandeurs sont nés sourds et utilisent la langue des signes pour communiquer; ils ont soutenu que le système de santé provincial (Colombie-Britannique) n'assurait pas d'accès aux interprètes en langue des signes, de sorte qu'ils ne pouvaient pas bénéficier de leurs prestations au même titre que les personnes entendant. Dans son jugement unanime, la*

Cour suprême du Canada a reconnu que la politique sur les soins de santé avait entraîné une discrimination par suite d'un effet préjudiciable pour les requérants. À première vue, les personnes entendant et les personnes sourdes recevaient gratuitement des services médicaux dans la province; toutefois, en ne couvrant pas le coût des interprètes, le système a eu des répercussions négatives sur les requérants malentendants. La neutralité de la règle et la bonne intention des législateurs étaient

La discrimination systémique est ancrée dans la pratique institutionnelle, dans des règles et des politiques discriminatoires historiquement sanctionnées, ainsi que dans des comportements et des choix inconscients qui discriminent les groupes historiquement marginalisés. Pour déloger la discrimination systémique, des mesures correctives systémiques sont nécessaires.

particulièrement pertinentes en l'espèce parce que, comme l'a fait remarquer la Cour suprême, les gouvernements ne font pas de discrimination intentionnelle à

l'égard des personnes handicapées. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable doit donc être reconnue en regardant au-delà de l'intention et de l'effet apparent des lois, des règles et des politiques⁶⁷.

- La discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut également révéler des éléments de discrimination directe; si une règle neutre est adoptée avec la connaissance qu'elle pourrait avoir un effet négatif sur certains groupes, elle serait également passible de discrimination directe.
- De même, la discrimination par suite d'un effet préjudiciable rejoint la discrimination systémique, lorsque des individus ou des organisations adoptent inconsciemment les préjugés et les stéréotypes de la société dans leurs politiques et pratiques.

3.2.4 Discrimination systémique

La plupart des sociétés sont définies par des formes de discrimination passées, actuelles et émergentes. Lorsque les politiques, la prise de décisions, les attitudes et les comportements discriminatoires sont intégrés dans les pratiques institutionnelles et organisationnelles, ils produisent et reproduisent une discrimination systémique ou une discrimination institutionnalisée. La discrimination systémique fait partie intégrante de la culture organisationnelle; elle est sanctionnée par une utilisation prolongée et par l'autorité de la pratique coutumière. Par ces pratiques, elle acquiert une apparence de normalité.

- La discrimination systémique et institutionnalisée rejoint la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou discrimination indirecte :
 - La discrimination systémique peut également comporter une discrimination directe, lorsque les pratiques discriminatoires systémiques sont largement tolérées et connues de ceux qui sont responsables de leur mise en œuvre⁶⁸.
- La discrimination systémique s'enracine dans les impératifs historiques, politiques et économiques :
 - Par exemple, les Afro-Américains aux États-Unis et les peuples autochtones au Canada ont été des victimes archétypales de discrimination systémique et institutionnalisée.
- La discrimination systémique est difficile à déloger, car elle implique le démantèlement de pratiques, de politiques ou de règles fermement ancrées dans les cultures et les précédents institutionnels et légitimées par la coutume et un usage étendu.
- La discrimination systémique crée des barrières et des exclusions qui découlent à la fois d'une répartition inégale du pouvoir et qui en résultent; ces barrières produisent et reproduisent la discrimination et l'iniquité.
- Les programmes spéciaux sont un outil puissant pour remédier aux effets de la discrimination systémique.

3.2.5 Comprendre la discrimination systémique – une illustration

Dans le contexte canadien, les peuples autochtones ont été les victimes caractéristiques de la discrimination systémique :

- Ils ont été déplacés de leurs terres, exclus de la vie politique et privés de leur expression culturelle.
- En outre, ils ont subi un traumatisme intergénérationnel par le biais de la politique gouvernementale bâclée au sujet des pensionnats.
- En outre, ils ont été désavantagés et affectés psychologiquement en raison du racisme et des stéréotypes profondément ancrés.
- Ces héritages historiques ont perpétré la discrimination systémique des peuples autochtones, qui s'est manifestée par des préjudices en matière d'emploi, de logement et de services essentiels comme la santé et l'éducation.
- Dans ce contexte, les programmes spéciaux offrent un mécanisme unique pour atténuer le désavantage historique et la discrimination systémique auxquels sont confrontés les groupes autochtones.

La Cour suprême du Canada a fait remarquer que « les Autochtones font l'objet de parti pris, de stéréotypes et de suppositions nuisibles, notamment des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité, pour ne nommer que ceux-là [...] la discrimination subie par les Autochtones, qu'elle soit le résultat d'attitudes ouvertement racistes ou de pratiques inappropriées sur le plan culturel, s'étend à l'ensemble du système de justice pénale. » *R. c. Barton*, 2019.

En résumé, les points saillants suivants doivent être réitérés :

- La prévention de la discrimination est au cœur du droit des droits de la personne; toutefois, le système juridique des droits de la personne vise principalement à traiter les cas individuels de discrimination, une plainte à la fois.
- Pour cette raison, la plupart des législations sur les droits de la personne possèdent des dispositions en regard des programmes spéciaux, pour résoudre la discrimination systémique dans un champ plus large qui est généralement inaccessible dans les recours en matière de droits de la personne fondés sur des plaintes.
- Les programmes spéciaux, tout en favorisant l'égalité et la non-discrimination, ont une influence particulière sur la lutte contre les effets de la discrimination systémique.
- La discrimination systémique rend nécessaire l'adoption de mesures systémiques⁶⁹, et des programmes spéciaux fournissent le mécanisme pour de telles mesures de redressement systémiques.

4.0 Directives sur la mise en œuvre de programmes spéciaux

Les programmes spéciaux jouent un rôle essentiel dans l'intégration de groupes marginalisés et défavorisés dans la société en général, ce qui contribue à consolider l'agenda des droits de la personne en matière d'égalité, de diversité et d'inclusion.

La *Loi* permet aux employeurs, aux fournisseurs de logements et de services de mettre en place des programmes spéciaux pour aider les groupes qui peuvent rencontrer des obstacles à l'égalité de traitement dans l'emploi, le logement ou les services. Des programmes spéciaux peuvent être mis en place dans les secteurs public et privé, conçus pour des groupes qui semblent désavantagés, dans le cadre de chaque programme spécial spécifique.

- En termes généraux, les programmes spéciaux doivent être conformes aux principes sous-jacents des droits de la personne.
- Les principaux facteurs à prendre en compte lors de la mise en place de programmes spéciaux sont les suivants :
 - Le degré de désavantage auquel sont confrontés les groupes désignés dans le programme
 - La taille de l'organisation offrant le programme spécial
 - La portée, la durée et les objectifs du programme spécial

La structure de base d'un programme spécial devrait être guidée par les principes, les objectifs et les mécanismes suivants :

La recherche de l'égalité : Les programmes spéciaux doivent être conçus pour promouvoir les valeurs fondamentales d'égalité, de non-discrimination et d'inclusion; ils doivent créer des conditions d'égalité dans le cadre de leur mandat, en éliminant les obstacles à l'égalité auxquels sont confrontés les groupes cibles identifiés comme bénéficiaires du programme.

Les administrateurs de programmes spéciaux doivent reconnaître que :

- Les programmes spéciaux épousent les principes de l'égalité réelle :
 - Ils reconnaissent les groupes sociaux historiquement défavorisés et protègent leurs droits en matière d'emploi, d'accès au logement ou aux services (selon le cas), dans le cadre du programme.

- Des programmes spéciaux remédient à la discrimination systémique, souvent ancrée, institutionnalisée, dissimulée et/ou perçue comme normale :
 - Les programmes spéciaux sont un puissant outil de remédiation pour transformer les structures profondément institutionnalisées qui normalisent la discrimination systémique et perpétuent les iniquités systémiques. (Pour plus de détails sur l'égalité réelle, consulter la section 2.3.)

Par exemple : Une Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu qu'un règlement de la Fédération des enseignantes et des enseignants de l'Ontario qui exigeait que les enseignantes et enseignants du primaire soient membres de la Fédération de l'Association des enseignantes de l'Ontario n'était pas un programme de promotion sociale au sens de l'article 14 du Code de l'Ontario. La cour a conclu que le programme n'avait pas un objectif d'égalité ou d'amélioration⁷⁰.

Preuve de désavantage : Les programmes spéciaux doivent répondre à un désavantage réel vécu par le groupe bénéficiaire; la portée du désavantage doit être étayée par des données statistiques.

Grâce à l'analyse des données, les personnes chargées de la mise en œuvre du programme spécial doivent être en mesure de montrer l'écart d'égalité que le programme permettrait de combler :

- Par exemple, les programmes spéciaux qui traitent de l'iniquité dans l'emploi doivent utiliser des indicateurs économiques comme les taux de chômage, les statistiques sur la main-d'œuvre, la représentation par profession, les niveaux de revenu, les niveaux d'éducation et d'autres statistiques connexes pour démontrer le désavantage subi par le groupe concerné par un programme.
- Pour certains scénarios, les sources de données disponibles, comme les indicateurs socioéconomiques produits par Statistique Canada, peuvent suffire à documenter la sous-représentation ou le désavantage de certains groupes.
 - Par exemple, les statistiques sur l'emploi des femmes ou des groupes autochtones pourraient indiquer la sous-représentation de ces groupes dans l'emploi, dans le cadre d'un programme spécifique.
- Les programmes spéciaux devraient être structurés de manière à permettre l'inclusion de groupes désignés, proportionnellement à la sous-représentation ou au désavantage dont ces groupes sont victimes dans le domaine visé par le programme.

- Par exemple, si un groupe désigné a fait face à de graves désavantages en matière d'emploi au sein d'une organisation, un tel désavantage global devrait être résolu par un programme spécial vaste et complet.
- La portée des programmes spéciaux peut également être déterminée en fonction de l'ampleur des désavantages auxquels le groupe bénéficiaire est confronté, comme le confirment les données de recherche pertinentes.

Les programmes spéciaux en matière d'emploi peuvent utiliser des renseignements sur les niveaux de salaire, la durée du service, la situation d'emploi, les possibilités de promotion et de formation, ainsi que les statistiques de cessation d'emploi et de mise à pied d'un groupe cible pour mesurer le désavantage qu'il a subi par rapport à d'autres groupes.

Par exemple : Dans une décision de 1987, un cas de discrimination systémique, la Cour suprême du Canada a conclu que les femmes étaient confrontées à une discrimination profondément ancrée dans le recrutement pour des emplois de cols bleus dans le chemin de fer canadien. La Cour suprême a noté que si une organisation affiche une histoire si profonde d'exclusion d'un groupe vulnérable, elle aurait besoin d'un programme spécial complet avec un impact considérable pour remédier au désavantage historique du groupe exclu⁷¹.

- Lors de la mise en œuvre de programmes spéciaux, l'analyse de la main-d'œuvre au sein d'une organisation et de l'état de la main-d'œuvre à l'extérieur de l'organisation devrait être effectuée dans le cadre du processus de collecte et d'évaluation des données probantes.
 - Une **analyse interne** pourrait identifier les membres des groupes cibles au sein d'une organisation.
 - Par exemple, les niveaux de salaire, la durée du service, le statut d'emploi (à temps plein ou à temps partiel), les possibilités de promotion et de formation, ainsi que les statistiques de cessation d'emploi et de mise à pied du groupe cible, par rapport aux autres groupes, pourraient servir à mesurer son désavantage comparatif dans l'organisation.
 - Par exemple, un programme spécial pour faciliter l'intégration des personnes handicapées peut être justifié dans une organisation si une analyse interne révèle une représentation inadéquate des personnes handicapées dans sa main-d'œuvre, ou des possibilités inégales d'avancement et de formation pour les employés handicapés.
 - Une **analyse externe** peut utiliser les renseignements des ministères fédéraux et provinciaux, des organismes communautaires et des établissements d'enseignement pour déterminer les concentrations de

chômeurs membres des groupes désignés et ainsi créer des programmes spéciaux facilitant l'embauche de ces groupes.

Par exemple : *La Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario a conçu un programme destiné uniquement aux femmes pour corriger la discrimination sexuelle systémique que subissent les enseignantes dans le cadre de promotions à des postes de direction de niveau supérieur. Le Tribunal a validé la légitimité du programme spécial, en se fondant sur les statistiques fournies par la Fédération des enseignants qui montrent la sous-représentation des femmes dans les postes de direction au sein de la Fédération⁷².*

- En général, le niveau d'analyse requis pour la mise en œuvre d'un programme spécial dépendrait de l'ampleur de l'amélioration que le programme vise à atteindre :
 - Par exemple, un programme spécial conçu pour une organisation qui exclut complètement le groupe cible des possibilités d'emploi impliquerait un niveau différent de planification et d'analyse, comparativement à un programme conçu pour une organisation qui a un niveau de sous-représentation modéré du groupe cible.
- Lorsque des programmes spéciaux sont conçus pour répondre à un besoin authentique et à un réel désavantage, ils échappent à la perception de ce que l'on appelle la « discrimination à rebours ».
 - Les plaintes de « discrimination à rebours » allèguent que les programmes spéciaux sont discriminatoires envers les groupes traditionnels, même s'ils améliorent les conditions des groupes historiquement défavorisés. (Consulter la section 1.7.)

Évaluation des politiques organisationnelles : Pour évaluer si un programme spécial est requis au sein d'une organisation, les employeurs devraient examiner minutieusement leurs politiques afin de déterminer les obstacles liés à l'emploi auxquels sont confrontés les groupes historiquement défavorisés.

- Les domaines suivants peuvent être examinés de près pour valider si les politiques, les procédures et les pratiques dans ces domaines produisent des effets néfastes pour les groupes vulnérables comme les femmes, les Autochtones, les personnes handicapées, les groupes racialisés et les autres personnes protégées par un code :
 - Les procédures de présélection, de sélection et d'embauche
 - Les possibilités de formation, de perfectionnement et de promotion
 - Les taux de rémunération et la structure salariale
 - Les politiques disciplinaires et administratives
 - Les accommodements accordés aux employés
 - Les politiques relatives au harcèlement au travail

- Les installations d'accessibilité dans l'organisation
- Les évaluations du rendement
- Les procédures de cessation d'emploi et de mise à pied

Consultation et données à l'appui : Un programme spécial devrait être élaboré par le biais de consultations et en déterminant la raison d'être, les données à l'appui, les critères d'admissibilité et la méthode d'évaluation. Lorsque tous ces facteurs ont été pris en compte dans la mise en œuvre d'un programme, la probabilité de contestation judiciaire par des personnes à l'extérieur des groupes désignés serait minime.

- **Consultation :** Il est recommandé de consulter les groupes ou associations qui travaillent à l'amélioration du groupe désigné.
 - Par exemple, un programme corrigeant le désavantage subi par des femmes ou des personnes handicapées devrait consulter des associations dédiées au travail de ces groupes.
 - Les autres entités qui pourraient être incluses dans le processus de consultation comprennent les syndicats ou les associations d'employés, les associations de locataires, les organismes communautaires, les utilisateurs de services, etc.
- **Documentation du processus :** Le processus de consultation et l'analyse et l'examen qui en résultent doivent être correctement documentés, afin de tenir un registre du processus de planification et de mise en œuvre utilisé dans l'établissement du programme.
- **Directive du tribunal ou de la cour :** Si un programme est établi sur la directive d'un tribunal ou d'une ordonnance de cour, il doit respecter les exigences qui y sont énoncées.

Délais et projections : Les buts, délais et objectifs prévus d'un programme spécial doivent être clairement établis avec des critères mesurables.

- Si l'objectif d'un programme est d'accroître la représentation d'un certain groupe dans l'emploi, le logement ou les services, l'objectif devrait être soutenu par des chiffres, des pourcentages, des sondages, etc.
- Les matrices et les calendriers prévus pour la mise en œuvre du programme devraient être respectés et examinés périodiquement.
- En général, les statistiques sur la sous-représentation (dans l'emploi, par exemple) du groupe identifié devraient être soutenues également par des données correspondantes sur la disponibilité des membres qualifiés du groupe, ou de ceux qui seraient admissibles aux prestations du programme pendant la durée de vie du programme.
- Les objectifs à court et à long terme devraient être projetés pour les groupes désignés et pour les domaines visés par le programme (embauche ou promotion dans le cadre d'un programme axé sur l'emploi, par exemple).
- Il est prudent de garder les objectifs du programme relativement souples pour la première ou la deuxième année du programme, afin de tenir compte des changements éventuels dans la structure organisationnelle,

- les indicateurs démographiques, économiques et autres variables qui pourraient avoir une incidence sur les résultats des années subséquentes du programme.

Preuve d'amélioration et d'évaluations du programme : Un programme spécial doit documenter avec des preuves claires (chiffres et statistiques) les gains réalisés par le programme, pour indiquer dans quelle mesure il a atténué le désavantage des groupes qu'il cible.

- Ces chiffres peuvent être compensés par d'autres statistiques recueillies dans le cadre du programme (taux de chômage et données sur la main-d'œuvre, par exemple) pour prendre des décisions éclairées sur la poursuite, la prorogation ou les modifications à apporter aux modalités du programme.
- Si des critères et des objectifs sont fixés avant la mise en œuvre du programme, ils facilitent l'évaluation de l'efficacité du programme à différents stades de sa mise en œuvre.

Par exemple : *L'Association des producteurs de riz du Manitoba a contesté l'approbation par la Commission des droits de la personne du Manitoba d'un programme spécial du gouvernement qui accordait la préférence aux peuples autochtones pour obtenir des permis de récolte de riz sauvage, dans le but de leur permettre de jouer un rôle de chef de file dans l'industrie. La Commission trouvait peu de liens entre l'objectif du programme (aider un groupe défavorisé) et la solution qu'il offrait. Elle reconnaissait que les collectivités autochtones du Manitoba étaient économiquement désavantagées, mais elle ne voyait pas la préférence pour la récolte du riz sauvage comme une mesure adéquate d'amélioration. La Commission a également rejeté l'argument selon lequel même si le programme violait le paragraphe 15(1) de la Charte, il devrait toujours être protégé en vertu du paragraphe 15(2) des protections du programme de promotion sociale de la Charte⁷³. ***

*** Il est à noter que la décision a été par la suite infirmée par une cour d'appel pour des raisons techniques et qu'elle n'a plus d'autorité fortement convaincante.*

- Les programmes devraient être évalués périodiquement, afin d'y apporter les modifications nécessaires pour obtenir de meilleurs résultats, le cas échéant.
- Parce que les programmes spéciaux sont conçus pour corriger ou prévenir les désavantages subis par certains groupes, un programme spécial n'est justifiable que tant que le désavantage persiste :
 - Les promoteurs de programmes spéciaux devraient réévaluer périodiquement les objectifs du programme pour s'assurer que les conditions de désavantage abordées par le programme existent toujours.
 - Les programmes spéciaux devraient être éliminés progressivement si des éléments de preuve indiquent qu'ils ont atteint leurs objectifs.

Groupes cibles : Un programme spécial devrait clairement définir le groupe cible qu'il entend bénéficier, de sorte que l'admissibilité à la participation au programme soit sans ambiguïté. Si la définition du groupe cible est trop large, elle peut être mal interprétée et les avantages du programme pourraient paraître s'étendre à des groupes qui ne sont pas destinés à être des bénéficiaires du programme.

- Par exemple, si un programme spécial offre un service destiné aux personnes handicapées, il devrait préciser si les personnes ayant des incapacités physiques et mentales sont couvertes par ce programme.
 - Il est impératif de délimiter clairement le groupe cible, car un programme (dans l'exemple ci-dessus) conçu uniquement pour aider les personnes souffrant d'un handicap physique ne serait pas efficace ou pertinent pour les personnes souffrant d'un handicap mental.
- Si un programme est conçu pour un sous-groupe au sein d'un groupe protégé, il devrait être fondé sur des statistiques et une analyse détaillées qui montrent le besoin le plus urgent de ce sous-groupe.

Par exemple : Le tribunal a jugé légitime et justifié un programme conçu pour favoriser les personnes souffrant de handicaps plus graves, dans le contexte des objectifs du programme. En se fondant sur la preuve présentée, le tribunal a déterminé qu'il était raisonnable de ne pas étendre les avantages du programme à toute personne ayant un handicap⁷⁴.

Par exemple : La Cour suprême du Canada a conclu qu'un projet de casino, un programme spécial qui avantageait les bandes autochtones, n'enfreignait pas les droits à l'égalité en vertu du paragraphe 15(1) des groupes autochtones qui ne sont pas organisés en bandes. La cour n'a pas convenu que les groupes autochtones qui ne font pas partie de bandes organisées par le gouvernement avaient le même désavantage que les bandes autochtones qui étaient les bénéficiaires du projet⁷⁵.

Par exemple : Le gouvernement de l'Ontario a dirigé un programme d'alphabétisation et de compétences de base sous la direction du ministère de la Formation et des Collèges et Universités. Le plaignant, une personne aux prises avec une grave déficience développementale, a allégué qu'il ne pouvait pas accéder aux services du programme et qu'il était victime de discrimination en raison de sa déficience. Selon le Tribunal, le programme était conçu pour aider à former les adultes à faible niveau d'alphabétisation à l'emploi, à améliorer leur éducation et leur autonomie; il était rationnellement lié à son objectif d'aider un groupe défavorisé à jouir de chances égales. Le programme ne visait pas les personnes ayant de graves déficiences développementales et cette exclusion s'inscrit dans le champ d'application de la disposition spéciale du programme du Code provincial des droits de la personne⁷⁶.

L'autodéclaration des demandeurs est une méthode standard utilisée par les programmes gouvernementaux pour identifier leurs bénéficiaires potentiels.

Méthodes d'identification des groupes cibles : Une méthode appropriée doit être définie pour déterminer l'admissibilité des personnes au programme pour lesquelles il a été conçu.

- **Identification volontaire :** Certains programmes fonctionnent par identification volontaire :
 - Par exemple, les programmes spéciaux du gouvernement encouragent l'autodéclaration, ce qui confirme l'identité des candidats comme membres du groupe désigné comme favorisés dans un processus d'emploi⁷⁷.
- **Identification obligatoire :** L'identification peut être obligatoire pour certains programmes :
 - Par exemple, un service de transport en commun qui offre des tarifs réduits aux personnes âgées exigerait des utilisateurs du programme qu'ils fournissent une pièce d'identité confirmant leur âge.
- **Protection de la vie privée :** Des mesures devraient être mises en place pour protéger la dignité, le respect de soi et la vie privée des groupes cibles qui s'autodéclarent dans le processus de prestation du programme.

Exclusion de groupes de programmes spéciaux : Si un programme exclut certains groupes protégés par le code de ses avantages, l'exclusion doit être appuyée par des données et des analyses pour prouver qu'elle ne viole pas les droits des groupes exclus.

- En général, les programmes spéciaux excluent uniquement les groupes favorisés, ou les groupes qui n'ont pas subi ni ne subissent de discrimination systémique dans le cadre du programme en question.

Par exemple : Une commission a conclu que l'initiative de vacances avant la retraite d'un employeur était un programme spécial prévu à l'article 13 (désormais l'article 14) du Code des droits de la personne de l'Ontario. L'employeur offrait des vacances supplémentaires aux employés totalisant 25 ans de service s'ils avaient

plus de 61 ans, mais pas autrement. Le plaignant comptait 25 ans de service, mais n'avait pas 61 ans, il n'avait donc pas droit aux avantages du programme. L'objectif du programme était de permettre aux employés qui approchaient de l'âge de la retraite de s'acclimater en augmentant leur temps d'absence du travail. La Commission a jugé que le programme n'était pas discriminatoire et qu'il était rationnellement lié à ses objectifs : aider les travailleurs âgés à passer d'un emploi à temps plein à la retraite complète⁷⁸.

Si les avantages d'un programme spécial excluent les groupes protégés par le code, les programmes doivent respecter les mêmes normes de non-discrimination que les autres politiques, programmes ou services.

- Si un programme exclut une personne victime d'un désavantage que le programme est directement conçu pour corriger, l'exclusion du programme de cette personne désavantagée peut être considérée comme discriminatoire.

Par exemple : *La plaignante, une patiente atteinte d'un cancer et souffrant de multiples handicaps, a reçu un soutien du revenu en vertu du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH). Elle a fondé une entreprise qui liait les patients atteints de cancer aux services de la communauté, et elle employait des sous-traitants pour faire une partie du travail. Dans le calcul de son admissibilité au soutien du revenu et aux prestations de santé, le POSPH n'a pas déduit les montants qu'elle versait aux sous-traitants; ainsi, la plaignante a cessé de satisfaire aux critères de revenu pour être admissible aux prestations d'invalidité. Le Tribunal a conclu que, même si les règles du POSPH n'appuyaient pas les entreprises complexes, elles ont échoué à tenir compte des différences individuelles entre les bénéficiaires de revenu et ont échoué à aider des personnes souffrant d'une déficience, mais capables de travailler. Le programme a fait preuve d'une discrimination injuste à l'égard de la plaignante⁷⁹.*

- Si le membre d'un groupe défavorisé conteste l'exclusion du programme de son groupe, il ne constituerait pas une allégation de « discrimination à rebours »; la soi-disant « discrimination à rebours » étant alléguée par des groupes favorisés ou traditionnels. (Consulter la section 1.7.)
- Si les avantages des programmes spéciaux excluent les groupes protégés par le code, les programmes doivent respecter les mêmes normes de non-discrimination que les autres politiques, programmes ou services.
- Les programmes spéciaux ne devraient pas faire de discrimination interne à l'égard des personnes qu'ils sont censés servir⁸⁰.

Par exemple : *Un programme gouvernemental supervisé par le ministère de la Santé a accordé une aide financière aux personnes ayant une déficience visuelle pour acheter des aides visuelles. Toutefois, seules les personnes de 24 ans ou moins pouvaient accéder au programme et les personnes plus âgées n'étaient pas admissibles au schéma d'assistance financière. Un homme de 71 ans a contesté le programme sur la base de la discrimination de l'âge; la Cour d'appel a conclu que le programme constituait une mesure légitime d'action positive en vertu du Code des droits de la personne de l'Ontario, mais que la restriction d'âge n'était pas rationnellement liée à ses objectifs. Le programme violait « l'iniquité et l'injustice mêmes qu'il [cherchait] à atténuer »⁸¹.*

Par exemple : *Selon un programme du ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs de l'Ontario, une personne pourrait demander de modifier la désignation sexuelle sur son certificat de naissance, si elle montrait la preuve qu'elle avait subi une « chirurgie transsexuelle ». Le Tribunal a conclu que l'exigence de chirurgie*

n'était pas rationnellement liée à l'objectif du programme et qu'elle était discriminatoire à l'égard des personnes transgenres. En limitant le bénéfice du changement de désignation sexuelle à une certaine catégorie de personnes au sein de la communauté transgenre, le programme imposait un fardeau discriminatoire au groupe cible pour lequel il avait été conçu⁸².

Surveillance et approbation de la

Commission : Des programmes spéciaux peuvent être mis en œuvre par des organisations de leur propre initiative, ou ils peuvent l'être avec les conseils et l'approbation de la Commission⁸³. La Commission peut faire des demandes de renseignements au sujet d'un programme spécial qu'elle a approuvé, modifier ou imposer des conditions et retirer son approbation du programme. (Consulter la section 1.3.1.)

La Commission peut faire des demandes de renseignements au sujet d'un programme spécial qu'elle a approuvé, modifier ou imposer des conditions et retirer son approbation du programme à n'importe quel stade.
--

- Si la Commission a assuré la surveillance et offert des conseils pour un programme spécial, les administrateurs du programme sont généralement tenus de présenter des rapports périodiques sur l'état d'avancement des travaux à la Commission.
- La plupart des programmes spéciaux ont des échéances ou des durées de vie prévues; la Commission approuverait généralement les programmes pour des périodes d'un à cinq ans, avec possibilité de prolongation après examen et évaluation.
- Parfois, des tribunaux ou les commissions des droits de la personne peuvent être mis en cause pour examiner les modalités d'un programme spécial.

Par exemple : *Une commission a jugé que sa compétence de se prononcer sur le statut de bonne foi d'un programme spécial ne devrait être exercée, le cas échéant, que sur la demande d'une personne extérieure au groupe bénéficiaire du programme. Les requérants étaient des utilisateurs de Wheel-Trans et demandaient une décision sur le programme Wheel-Trans de la Commission de transport de Toronto (Toronto Transit Commission), un service alternatif pour les personnes handicapées. Parce qu'ils étaient bénéficiaires du programme, leur demande n'a pas été prise en compte⁸⁴.*

4.1 Programmes spéciaux en matière de logement et de services

En général, les principes qui s'appliquent aux programmes spéciaux dans le domaine de l'emploi s'appliqueraient aux programmes spéciaux visant à réduire les obstacles ou les inconvénients auxquels sont confrontés les groupes cibles dans le domaine du logement et des services.

En termes généraux, les mécanismes structurels recommandés pour les programmes spéciaux en emploi devraient être reproduits dans les programmes spéciaux destinés à faciliter le logement et les services :

- Par exemple, un programme conçu par un fournisseur de services devrait également recueillir et analyser des renseignements sur la population qui utilise le service en question, afin de déterminer si des groupes sont exclus de façon disproportionnée du service.
- De même, les programmes en matière de logement et de services devraient évaluer et recueillir des preuves de désavantage; identifier les groupes cibles; établir des objectifs à court et à long terme; planifier des examens et des évaluations des programmes et ainsi de suite.

4.1.1 Exemples de programmes spéciaux en matière de logement et de services

Voici quelques exemples de programmes spéciaux qui peuvent être mis en œuvre au profit de groupes protégés dans le domaine du logement et des services :

- Une société de transport possède un programme spécial qui offre des tarifs réduits aux personnes âgées et aux personnes handicapées.
- Une société coopérative d'habitation établit un programme spécial pour attribuer un nombre fixe de maisons à titre préférentiel aux membres de la communauté LGBTQ2S.
- Un collège ou une université met en place un programme spécial qui réserve cinq pour cent de ses places dans une unité scolaire aux étudiants d'ascendance autochtone.
- Une fédération sportive gère un programme spécial qui accorde la préférence aux femmes athlètes dans les ligues et les compétitions provinciales.

Par exemple : *L'Association de hockey féminin de l'Ontario a mis en œuvre un programme spécial qui interdisait aux hommes de participer à sa ligue de hockey féminine. La Commission a accepté le but légitime du programme, conformément à l'article 13 (désormais l'article 14) de la disposition du Code des droits de la personne de l'Ontario relative aux programmes spéciaux.*

La Commission a examiné les données sur les programmes de hockey pour hommes et pour femmes en Ontario et a accepté que l'Association de hockey féminin doive exclure les hommes de son programme pour survivre. Toutefois, la Commission a rejeté l'argument selon lequel, en raison de ses conclusions, les femmes devraient se voir interdire de jouer dans les équipes masculines; rien n'indique que le hockey masculin devait être protégé d'un afflux de joueuses⁸⁵.

Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination

- Un complexe de logements urbains met de côté deux unités de logement pour les réserver aux mères célibataires ou aux femmes enceintes.
- Un institut professionnel accorde un certain nombre d'admissions prioritaires aux étudiants issus de familles à faible revenu.
- Un restaurant a un programme spécial qui offre des repas à prix réduit aux personnes titulaires de l'aide sociale.
- Un district scolaire crée dix bourses annuelles d'une valeur de 500,00 \$ chacune pour les élèves qui s'identifient comme souffrant d'un handicap mental ou physique.
- Grâce à un programme spécial conçu pour remédier à l'exclusion des personnes âgées, un salon de coiffure leur offre des tarifs réduits.
- Un gymnase propose des cours de conditionnement physique réservés aux femmes, suivant des sondages et des commentaires indiquant que les femmes sont moins susceptibles de participer à des cours de conditionnement physique avec des hommes.

Pour en savoir plus :

Pour de plus amples renseignements sur la *Loi* ou sur la présente ligne directrice, veuillez communiquer avec la Commission au 1-888-471-2233 (numéro sans frais au Nouveau-Brunswick) ou au 506-453-2301. Les utilisateurs de TTD peuvent joindre la Commission au 506-453-2911.

Vous pouvez également consulter le site Web de la Commission au <http://www.gnb.ca/hrc-cdp> ou nous envoyer un courriel à hrc.cdp@gnb.ca.

Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick
C.P. 6000
Fredericton (N.-B.) E3B 5H1
Télécopieur : 506-453-2653

Pour nous suivre.

Facebook : www.facebook.com/HRCNB.CDPNB
Twitter : [@HRCNB_CDPNB](https://twitter.com/HRCNB_CDPNB)

Notes de fin

¹ Les employeurs, les fournisseurs de logements et de services ont l'obligation de s'adapter aux groupes protégés par la législation sur les droits de la personne jusqu'à la limite de contraintes indues. Par exemple, un service de transport en commun est tenu de fournir des places réservées aux personnes handicapées; cette mesure relève de l'obligation d'adaptation, car elle permet aux personnes souffrant d'une incapacité de bénéficier d'un accès égal à un service offert au public.

² La première disposition en matière de programme spécial sur les droits de la personne a été adoptée dans la *Loi sur les droits de la personne* de la Nouvelle-Écosse à titre de « programmes approuvés » (désormais l'article 25) : « la Commission peut approuver des programmes gouvernementaux, d'organisations privées ou de personnes visant à promouvoir le bien-être de toute catégorie de personnes, et tout programme approuvé est considéré comme n'étant pas une violation des interdictions de la présente *Loi* » (traduction libre). Le Nouveau-Brunswick a adopté sa disposition relative au programme spécial en 1971 (désormais à l'article 14 de la *Loi*). La clause sur le programme spécial de l'Ontario a été introduite en 1972. La *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba utilise le terme « programmes de promotion sociale » inclus en 1974, la même année que les Territoires du Nord-Ouest (programmes spéciaux). La *Loi sur les droits de la personne* de l'Île-du-Prince-Édouard a ajouté sa section sur les programmes spéciaux en 1975, suivie de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en 1977. La Saskatchewan a inclus une disposition spéciale dans sa *Loi sur les droits de la personne* en 1979, qui a été abrogée en 1985, mais incorporée à nouveau en 2018 (article 55). La province de Terre-Neuve-et-Labrador a apporté un amendement sur les programmes spéciaux en 1983. L'article 13 de la *Loi sur les droits de la personne du Yukon* (ajouté en 2002) emploie le terme programmes de promotion sociale, alors que la Partie III de la *Charte québécoise* (1985) utilise le terme programme d'accès à l'égalité.

³ Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson. « In Pursuit of Substantive Equality ». *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Under the Charter*. M. à j. M. Kate Stephenson. Toronto : Irwin Law Inc., 2006. 9-28 [Faraday] (« À la recherche d'une égalité réelle ». Faire des droits à l'égalité une réalité : Assurer l'égalité réelle dans le cadre de la *Charte* [traduction libre]).

⁴ En vertu du droit international, les pactes, les lois, les protocoles et les conventions sont juridiquement contraignants pour les États qui les ratifient; les déclarations, principes, lignes directrices et recommandations n'ont pas d'effet juridique contraignant, mais ils ont le pouvoir moral d'orienter le code de conduite des États. L'articulation officielle et juridique des droits de la personne contemporains à l'échelle internationale est issue de la *Déclaration internationale des droits*, qui comprend la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948), le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966) et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966).

⁵ Pour les dispositions relatives au programme spécial figurant dans d'autres pactes internationaux, veuillez consulter à la Partie III, les paragraphes 10(3) et 11(2) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et à la Partie II, l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

⁶ L'Heureux-Dubé, Claire. Préface. *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Under the Charter*. M. à j. M. Kate Stephenson. Toronto : Irwin Law Inc., 2006. 3-7.

⁷ Le paragraphe 15(2) en entier de la *Charte* se lit comme suit : « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. »

⁸ Rosalie Silberman Abella. *L'égalité en matière d'emploi : Rapport d'une Commission royale*. Approvisionnement et Services Canada : Ottawa, 1984 [*Rapport Abella*]. Une version électronique du rapport complet est disponible ici : http://www.publications.gc.ca/collections/collection_2014/rhdcc-hrsdc/MP43-157-1-1984-1-fra.pdf

⁹ La juge Abella appuie ce point de vue : « Le paragraphe 15(2) ouvre la voie en permettant l'application de mesures correctives à un groupe. L'article 15 favorise une approche globale ou systémique plutôt qu'individuelle en vue d'éliminer les obstacles discriminatoires. » (*ibid.*)

¹⁰ Le terme agrégé de « minorité visible », qui englobe des groupes autres que les hommes de race blanche, représente une catégorie problématique qui n'est pas représentative de la démographie. Le juge Abella, qui a adopté le terme dans le *rapport Abella*, a depuis remis en question son efficacité : « Concevoir des systèmes visant à accroître la participation des minorités visibles, sans faire de distinction pour aider les groupes qui ont des besoins particuliers, ne fait que détourner l'attention de là où se trouvent les problèmes les plus épineux. ». En 2012, les Nations Unies ont noté que ce terme pouvait homogénéiser les expériences de différents groupes ethniques : « son manque de précision peut devenir un obstacle pour répondre efficacement aux écarts socioéconomiques des différents groupes ethniques ». (traduction libre) Tavia Grant et Denise Balkissoon. « Visible Minority: Is It Time for Canada to Scrap the Term? » *The Globe and Mail*, 7 février 2019.

¹¹ L'article 2 de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* se lit comme suit : « La présente loi a pour objet de réaliser l'égalité en milieu de travail de façon que nul ne se voie refuser d'avantages ou de chances en matière d'emploi pour des motifs étrangers à sa compétence et, à cette fin, de corriger les désavantages subis, dans le domaine de l'emploi, par les femmes, les autochtones, les personnes handicapées et les personnes qui font partie des minorités visibles, conformément au principe selon lequel l'équité en matière d'emploi requiert, outre un traitement identique des personnes, des mesures spéciales et des aménagements adaptés aux différences. »

¹² Le gouvernement de l'Ontario a adopté une loi sur l'équité en matière d'emploi en 1993, mais elle a été abrogée en 1995 et remplacée par la *Loi sur le contingentement en matière d'emploi*, qui introduit un régime d'équité en matière d'emploi obligatoire pour les femmes, les Autochtones, les personnes handicapées et les minorités visibles dans la fonction publique provinciale, et dans un segment important du secteur privé de l'emploi.

¹³ Le texte intégral de l'article se lit comme suit : « 14(1) La Commission peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une personne, approuver un programme qu'une personne met en œuvre en vue de favoriser le bien-être d'une catégorie de personnes. 14(2) La Commission peut, selon ce qu'elle juge indiqué, à tout moment avant ou après l'approbation d'un programme : a) faire enquête à son sujet; b) le modifier; c) l'assortir de conditions; d) retirer son approbation du programme. 14(3) Rien de ce qui est fait dans le cadre d'un programme approuvé conformément au présent article ne constitue une violation des dispositions de la présente loi. »

¹⁴ La *Loi* utilise le terme « programmes » au lieu de « programmes spéciaux »; ce document, toutefois, emploie le terme « programmes spéciaux », pour se conformer à la nomenclature généralement attribuée à ces programmes dans le cadre juridique canadien.

¹⁵ Le montant de la contribution maximale antérieure de 15 000 \$ a été augmenté le 1^{er} avril 2017.

¹⁶ *Les femmes n'ont pas les moyens d'attendre plus longtemps : L'équité salariale dans le secteur privé au Nouveau-Brunswick*. Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick, septembre 2017. <https://equite-equity.com/sites/default/files/2020-06/NB16023-01%20-%20Evaluation%20des%20besoins.pdf>

¹⁷ La Cour suprême a commenté : « Si l'on traite les groupes historiquement vulnérables, désavantagés ou marginalisés comme on traite les groupes qui ne souffrent pas en général de cette vulnérabilité, ces différences ne sont pas prises en compte, ni même envisagées. En fait, négliger de telles différences peut avoir pour effet de les accroître en rendant la réparation fondée sur l'art. 15 moins accessible aux groupes qui sont les plus démunis dans la société canadienne. » *Egan c. Canada*, 1995] 2 RCS 513 (CanLII) [*Egan*].

¹⁸ *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2018] 1 RCS 522 (CanLII) [*Centrale*]. La Cour suprême a noté que si un groupe qui a été inclus dans les avantages d'un programme dépose une plainte au sujet de son effet discriminatoire, elle constituerait une réclamation de discrimination, et non une discrimination à rebours.

¹⁹ Le terme *discrimination à rebours* est apparu dans la jurisprudence américaine des années 1970, à la suite de plaintes contre des programmes de promotion sociale qui visaient à atténuer la sous-représentation des Afro-Américains à l'emploi du gouvernement. Avec l'émergence des organisations de droite et néo-conservatrices aux États-Unis, les débats sur la discrimination inversée dans le système juridique américain ont pris un nouvel élan au cours des dernières années.

²⁰ *Centrale*, *supra* note 18.

²¹ *R. v Kapp*, 2008 CSC 41 (CanLII) (par. 28) [*Kapp*].

²² *Watson c. Nouvelle-Écosse (Commission des droits de la personne) (1995)*, 30 CHRR D/514 (CanLII). Dans une affaire similaire, *Young c. Lynwood Charlton Centre*, (2012) HRTO 1133 (CanLII), le Tribunal a rejeté une plainte pour discrimination à rebours à l'encontre d'un programme spécial; selon le Tribunal, le but et la justification sous-jacents du programme étaient de réduire le désavantage, ce qui en faisait un programme spécial légitime en vertu du paragraphe 14(1) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

²³ *Ontario (Commission des droits de la personne) c. Ontario*, 1994 CanLII 1590 (Ont. CA).

²⁴ Un rapport de la Commission royale, rédigé par Rosalie Abella, juge de la Cour suprême du Canada, a souligné la limitation des lois et des politiques traditionnelles à favoriser l'égalité pour les groupes désignés. Par exemple, en résumant sa discussion avec les représentants des groupes minoritaires, la juge Abella a remarqué : « Ces groupes étaient généralement convaincus que les lois et les approches traditionnelles pour lutter contre la discrimination n'étaient pas de taille vu l'immensité du problème, et que la myriade de mesures et de programmes établis pour inciter une société réticente à changer était insuffisante. Ces groupes prônaient l'adoption d'une

approche globale qui mettrait fin à une ère caractérisée par la discrimination systémique qui céderait la place à la saine confrontation du problème. » (*Rapport Abella, supra* note 8)

²⁵ Le concept d'égalité a été débattu dans la philosophie ancienne, les enseignements des grandes religions du monde, la tradition intellectuelle des Lumières et la pensée philosophique et juridique contemporaine. Tarnopolsky et Pentney. *Discrimination and the Law*. (La discrimination et la loi). Toronto : Thomson et Carswell 2004.

²⁶ La notion d'égalité formelle dans la jurisprudence occidentale remonte à la conceptualisation de l'égalité par Aristote dans *Éthique à Nicomaque*.

²⁷ La limitation de l'approche ou de l'égalité formelle dans une situation similaire a été exposée dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Bliss, désormais renversée : la demande d'assurance-emploi d'une femme enceinte a été évaluée en comparant sa situation à celle de tous les autres employés, en négligeant sa différence et ses circonstances particulières. *Bliss c. Le Procureur général du Canada*, 1978 CanLII 25 (CSC), [1979] 1 RCS 183 [Bliss].

²⁸ Le concept d'égalité réelle a émergé dans la politique et la jurisprudence occidentales au XX^e siècle; il offre un correctif à la doctrine contraignante de l'égalité formelle.

²⁹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 CanLII [Andrews]. L'affaire portait sur un citoyen britannique, qui avait rempli toutes les qualifications requises pour exercer en tant qu'avocat, mais dont la demande d'adhésion au Barreau de la Colombie-Britannique avait été rejetée; selon la réglementation du barreau, seuls les citoyens canadiens peuvent pratiquer le droit dans la province. La Cour suprême a conclu que la règle violait le paragraphe 15(1) de la *Charte* et qu'elle ne pouvait être justifiée en vertu des limites raisonnables prévues à l'article 1 de la *Charte*.

³⁰ Dans une autre affaire importante en matière d'égalité, la Cour suprême a énoncé quatre facteurs contextuels pour déterminer l'iniquité et la discrimination : (1) un désavantage historique, un préjugé ou un stéréotype; (2) la correspondance entre les motifs et le besoin, la capacité ou les circonstances véritables du requérant; (3) le but ou les effets d'amélioration de la loi sur une personne ou un groupe plus défavorisé; et (4) la nature et la portée de l'intérêt touché. *Loi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 (CanLII) [Loi] (par. 88). Comme l'a soutenu Colleen Shepherd, l'approche contextuelle de la discrimination devrait tenir compte de l'iniquité et de l'inclusion sur trois niveaux : le microniveau ou niveau individuel, le niveau institutionnel et le macroniveau ou niveau historique. Le microcontexte explore les désavantages sociaux auxquels sont confrontés les individus issus de groupes privés de pouvoir; il apporte une évaluation pratique et rapprochée des iniquités, et montre comment les histoires personnelles sont intégrées dans des histoires et des modèles d'iniquité et de désavantage à plus grande échelle. Au second niveau, l'iniquité devrait être vue dans son contexte institutionnel, tant dans les structures formelles et juridiques des institutions que dans les pratiques informelles quotidiennes des institutions (lieux de travail, entreprises, établissements d'enseignement, familles, organisations religieuses et communautés). Au macro-niveau, la discrimination intervient dans un contexte social, économique, politique et familial plus large, et révèle des schémas à grande échelle d'exclusion qui sapent les droits à l'égalité et qui entravent la transformation institutionnelle. Ces trois contextes (personnel, institutionnel et historique) sont étroitement liés; ils se recoupent pour produire et reproduire des structures d'iniquité. Colleen Sheppard. Introduction. *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*

(*Égalité inclusive : Les dimensions relationnelles de la discrimination systémique au Canada. [traduction libre]*) Montréal : McGill-Queen's UP, 2010. 3-10 [Sheppard].

³¹ L'analyse des lois et des politiques fondée sur les effets, attentive à l'historique des désavantages, a amené une série de décisions de la Cour suprême sur l'égalité comme principe fondamental. De manière générale, ces décisions ont porté sur la négligence historique des groupes désignés et ont mis l'accent sur la préoccupation et le respect de la dignité humaine.

³² *Loi, supra* note 30 : L'affaire portait sur la revendication d'une veuve selon laquelle ses droits à l'égalité en vertu de la *Charte* ont été violés lorsqu'elle s'est vu refuser des prestations de survivant dans le cadre du Régime de pensions du Canada, parce qu'elle avait moins de 35 ans au moment du décès de son mari, qu'elle n'était pas handicapée et qu'elle n'avait pas d'enfants à charge. Selon le régime de pensions, elle ne pouvait pas recevoir les prestations avant d'avoir atteint l'âge de 65 ans. La Cour suprême a fait observer que l'objectif du paragraphe 15(1) est « d'empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération ». L'attention portée par la Cour suprême à la dignité dans les situations de discrimination a été critiquée comme imposant une charge supplémentaire de preuve aux requérants, qui doivent non seulement établir une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue, mais aussi prouver que le traitement violait la dignité humaine. L'accent mis sur la dignité peut éroder les réalités matérielles du pouvoir et de l'iniquité et déplacer l'accent des contextes structurels et institutionnels de l'iniquité vers des émotions et des griefs abstraits ou subjectifs. Contribuant à ce débat, Denise Reaume indique que donner au concept de dignité humaine un contenu significatif est peut-être le défi le plus important auquel la Cour sera confrontée dans les années à venir. Elle croit que c'est par la réflexion étroite sur les contextes politique, historique et social dans lesquels se manifestent les distinctions entre les groupes que nous développerons un concept de dignité de plus en plus riche (*Faraday, supra* note 3). Il convient de garder à l'esprit que dans *Kapp (supra* note 21), sa décision la plus importante en matière d'égalité depuis la *Loi (supra*, note 30), la Cour suprême s'est moins concentrée sur la dignité humaine, et a plutôt privilégié le test *Andrews (supra* note 29) : pour prouver la discrimination, un demandeur doit démontrer qu'il a été traité différemment en raison d'un motif énuméré ou analogue, et que le traitement était basé sur un stéréotype et des préjugés.

³³ Dans *Law (supra* note 30), la Cour suprême a indiqué au sujet de l'article 15 qu'« il s'agit peut-être de la disposition de la *Charte* la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel. » Bien que la « recherche de l'égalité symbolise certains des idéaux et certaines des aspirations les plus élevés de l'humanité », le défi revient à « mettre en œuvre ces idéaux et ces aspirations d'une manière qui ait un sens pour les Canadiens ».

³⁴ Selon les observations de Sheila McIntyre, lorsque les revendications d'égalité sont vraiment substantielles, elles doivent remettre en question la compréhension privilégiée du monde et la compréhension d'elles-mêmes par les acteurs privilégiés. Plus que tout autre droit constitutionnel, le droit à l'égalité est un droit redistributif. Il demande l'examen approfondi de la qualité des relations que nous formons avec les autres dans la société. Il remet en question la justice de la répartition des droits, privilèges, devoirs, pouvoirs et ressources matérielles dans la société et les fondements de cette répartition (*Faraday, supra* note 3).

³⁵ On a soutenu que l'influence du néo-conservatisme dans la politique nord-américaine se traduit par un retrait de la loi et de la politique d'État en regard des restrictions de l'égalité formelle et Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick

l'intervention du gouvernement visant à créer une égalité réelle commence à diminuer. Anthony Giddens a décrit un compromis entre un État-providence et un État néo-conservateur non interventionniste privatisé et de libre marché comme « la troisième voie » : un modèle d'État et de société hybride qui combine le bien-être collectif et le néo-conservatisme (Sheppard, *supra* note 30).

³⁶ Au lieu de « l'égalité de traitement », l'égalité réelle met l'accent sur « le traitement d'autrui comme son égal »; c'est une maxime à adopter dans les mesures juridiques et politiques, ainsi que dans la conception et l'élaboration de programmes spéciaux.

³⁷ Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada : « Les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne. [...] Il est facile de louer l'égalité comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre. Ce n'est que dans un contexte d'égalité réelle que la fraternité et l'harmonie peuvent exister. C'est alors que chacun peut véritablement vivre dans la dignité. » *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493 (CanLII).

³⁸ Le paragraphe 15(1) de la *Charte* se lit comme suit : « La *Loi* ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

³⁹ Il s'agit d'une clause d'égalité fondamentale qui garantit un traitement équitable dans les procédures judiciaires ou juridiques; elle faisait partie de la *Déclaration canadienne des droits* précédant l'entrée en vigueur de la *Charte* et a été invoquée dans les affaires d'égalité avant la *Charte*. Par exemple, elle a été appliquée dans la décision suivante : selon une disposition de la *Loi sur les Indiens*, les Autochtones pourraient être accusés d'une infraction criminelle s'ils étaient trouvés intoxiqués à l'extérieur des limites de leur réserve. La Cour suprême du Canada a déclaré que cette disposition contrevenait à la clause d'« égalité devant la loi » de la *Déclaration canadienne des droits* qui a été abrogée. La disposition empiétait sur l'égalité raciale, parce qu'elle imposait des contraintes plus coûteuses aux Autochtones qu'aux autres Canadiens; cette disposition ne pourrait s'appliquer à l'ivresse que dans un endroit public. *R. c. Drybones*, [1970] RCS 282.

⁴⁰ La protection égale de la clause de droit du paragraphe 15(1) fait un emprunt aux dispositions d'égalité des pactes internationaux relatifs aux droits de la personne, dont l'État canadien est signataire; par exemple, l'article 7 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* précise ce qui suit : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. » En outre, l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dit : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » La clause de protection égale du paragraphe 15(1) fait également écho au quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, qui accordait aux Afro-Américains Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick

des droits de citoyenneté et une protection égale de la loi après la guerre civile américaine et l'abolition de l'esclavage. La Cour suprême des États-Unis, en interprétant la portée du quatorzième amendement, a intégré toutes les autres races non blanches aux États-Unis dans le cadre de son injonction de « protection égale de la loi ». Par exemple, dans l'arrêt *Yick WO contre Hopkins* (1886), en citant le quatorzième amendement, la Cour suprême des États-Unis a invalidé la discrimination à l'encontre des blanchisseurs chinois. Cependant, malgré cette décision et des décisions similaires et la *Loi sur les droits civils* de 1875, la Cour suprême des États-Unis a approuvé la ségrégation raciale dans *Plessy c. Ferguson* (1896), qui n'a pas été jugée inconstitutionnelle avant la décision de *Brown c. Conseil de l'éducation* en 1954.

⁴¹ La clause du « même bénéficiaire de la loi » vise à garantir que différents avantages et charges ne sont pas autorisés pour différentes classes de citoyens. Par exemple, dans une décision antérieure à la *Charte*, la Cour suprême du Canada a validé la réduction des prestations de congé d'une employée enceinte, alors que les avantages d'autres employés n'ont pas été touchés. Dans une décision ultérieure, en regard de la disposition du paragraphe 15(1) de la *Charte*, la Cour suprême a déclaré que la clause de « même bénéficiaire de la loi » de l'article ne permet pas la répartition inégale des avantages. Consulter le jugement *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 RCS 1219, qui a renversé le verdict antérieur de la Cour suprême dans *Bliss* (*supra* note 27).

⁴² *Rapport Abella*, *supra* note 8 (8).

⁴³ La liste des motifs est précédée de l'expression « notamment », ce qui signifie que la liste n'est pas exhaustive. La Cour suprême du Canada a soutenu que des « motifs analogues », en plus de ceux « énumérés » dans l'article, peuvent être ajoutés par les tribunaux et constituer le fondement de revendications à l'égalité. Le contexte d'un groupe touché, son désavantage historique et son impuissance relative dans la société sont des facteurs clés pour déterminer si le groupe mérite d'être protégé par des mesures spéciales. (*Andrews*, *supra* note 29)

⁴⁴ Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, la Cour suprême a reconnu « l'état matrimonial » comme un motif analogue en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte* : La partie plaignante contestait une disposition de la *Loi sur les assurances de l'Ontario*, qui permettait aux conjoints mariés de bénéficier des prestations d'accident pour perte de revenu ou dommages-intérêts, mais qui n'octroyait pas les mêmes prestations aux conjoints de fait. Il a été conclu que la partie plaignante avait subi un traitement discriminatoire fondé sur l'état matrimonial, parce que la loi ne prévoyait que des prestations aux couples mariés et qu'elle était donc discriminatoire à l'égard des couples en union de fait. Consulter aussi *Egan*, *supra* note 17 : La *Loi sur la sécurité de la vieillesse* définissait le conjoint comme une personne de sexe opposé, avec laquelle un pensionné était marié ou vivait en union de fait. La partie plaignante, un homosexuel ayant une relation de même sexe, s'est vu refuser la prestation au conjoint parce qu'elle ne répondait pas à la définition de conjoint selon la *Loi*. Bien que le tribunal ait rejeté la demande dans une décision partagée, il a reconnu l'orientation sexuelle comme un motif analogue de discrimination en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte*.

⁴⁵ Par exemple, l'article 23 de la *Charte* protège les droits et libertés linguistiques, tandis que l'article 25 garantit les droits et libertés des autochtones. L'article 27 protège la diversité du patrimoine culturel et l'article 28 garantit l'égalité entre les sexes. En outre, l'article 36 déclare l'engagement de l'État à promouvoir l'égalité des chances et à réduire les disparités économiques. Lue dans ce groupe de droits, la disposition de la *Charte* sur l'égalité confère à une population diversifiée le droit d'intégrer la notion de différence et d'inclusion dans la société canadienne dominante.

⁴⁶ *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 RCS 950 (CanLII) [*Lovelace*] : La Cour suprême a examiné la relation entre les paragraphes 15(1) et 15(2) de la *Charte* – elle a décrit cette dernière comme un « outil d'interprétation » qui « joue un rôle confirmatif et complémentaire » au paragraphe 15(1); la lecture des deux articles « assure la cohérence interne de la *Charte* en tant que loi d'application » (par. 105-106).

⁴⁷ *Kapp*, *supra* note 21 (paragraphe 59). Dans la seule affaire d'« action positive » antérieure à la *Charte*, la Cour suprême du Canada a accepté un programme pour les Autochtones « pour qu'ils soient en mesure d'obtenir des emplois malgré les handicaps dont ceux de leur race ont hérité ». La Cour suprême n'a pas exigé de preuve externe; elle a admis d'office le désavantage et a confirmé la validité du programme spécial. *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée et autres (CSC)*, [1981] 1 RCS 699.

⁴⁸ *Keyes c. Pandora Publishing Assn.* (1992), 16 CHRR D/148 (NS Bd. Inq.).

⁴⁹ *Rapport Abella*, *supra* note 8 : En explorant la représentation des femmes, des groupes autochtones, des personnes handicapées et des minorités visibles dans 11 sociétés d'État désignées, le *rapport Abella* a repéré des lacunes dans l'équité en matière d'emploi pour ces groupes et a formulé des recommandations pour remédier à l'iniquité dans l'emploi au gouvernement fédéral.

⁵⁰ Carol Agocs. Introduction. *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report. (L'équité en matière d'emploi au Canada : l'héritage du rapport Abella* [traduction libre]). M. à j. Carol Agocs. Toronto : Oxford UP, 2014. 3-12.

⁵¹ *Rapport Abella*, *supra* note 8 : « la Commission propose l'adoption d'une nouvelle expression, soit "équité en matière d'emploi", pour décrire les programmes canadiens visant à résorber la discrimination au travail. » (6).

⁵² *Ibid.* « Faire fi des différences mène à l'iniquité, alors que le respect de la différence assure un traitement équitable. » (7).

⁵³ *Ibid.* « La recherche de l'égalité en matière d'emploi ne signifie pas nécessairement appliquer les mêmes mesures pour tout le monde. Elle doit servir à déterminer et à éliminer, un par un, les obstacles discriminatoires. Ce que l'égalité en matière d'emploi préconise c'est l'accès à une gamme de possibilités pour permettre à chacun et chacune de réaliser pleinement son potentiel. » (3).

⁵⁴ *Ibid.* « Pour offrir d'égales possibilités, il faut inévitablement tenir compte des besoins de divers groupes. Nous devons supprimer systématiquement ce qui empêche les membres de ces groupes de donner suite à leurs aspirations, en tenant compte de leurs besoins réels et non des besoins que nous leur prêtons. » (4).

⁵⁵ *Ibid.* « Il s'agit là d'un paradoxe qui est au cœur de toute recherche de l'égalité en matière d'emploi : parce que des différences existent et doivent être respectées, l'égalité en milieu de travail ne signifie pas, et ne doit pas signifier, le même traitement pour tous. » (14).

⁵⁶ *Ibid.* « Pour assurer l'égalité, il faut bien s'armer. Il ne suffit pas de vouloir revendiquer les mêmes droits à moins de disposer des moyens de les faire respecter. Pour que l'égalité d'accès ne soit pas qu'une simple façade, il faut se doter des mécanismes nécessaires. » (11).

⁵⁷ *Ibid.* « L'égalité en matière d'emploi signifie [...] le libre accès sans barrières arbitraires. » (2).

⁵⁸ *Ibid.* « Ce qui était tolérable voilà cent, cinquante ou même dix ans ne l'est plus nécessairement. L'égalité évolue donc et suppose une analyse soutenue selon les besoins, un examen de conscience sincère, de l'objectivité et une grande ouverture d'esprit. » (1).

⁵⁹ *Ibid.* « [!] nous faut donner à ces personnes l'occasion d'utiliser leurs capacités à la mesure de leur potentiel et non à ce que nous croyons être leur potentiel. Autrement dit, commencer à faire preuve de justice à leur égard en supprimant les distinctions qui ne sont pas fondées. Si nous n'agissons pas, ces quatre groupes seront injustement pénalisés et n'évolueront que très lentement. » (4).

⁶⁰ *Ibid.* « Les lois sur les droits de la personne, les codes du travail et la *Charte des droits et libertés* renferment des dispositions à ce sujet. En règle générale, elles présentent deux inconvénients : elles sont limitées aux allégations individuelles de discrimination et, sauf en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, elles sont virtuellement limitées aux seuls cas de discrimination intentionnelle. » (8-9).

⁶¹ La *Loi* reconnaît 16 motifs de discrimination, en plus du harcèlement sexuel et des représailles.

⁶² *Ibid.* Le *rapport Abella* (*supra* note 8) définit la discrimination comme suit : « La discrimination fait qu'un obstacle arbitraire vient souvent s'interposer entre la compétence d'une personne et sa possibilité d'en faire la preuve. Si quiconque désirent se réaliser a véritablement la possibilité d'accéder à l'emploi qui l'intéresse, on atteint alors une certaine égalité, c'est-à-dire le droit à l'égalité sans aucune discrimination » (2).

⁶³ La Cour suprême du Canada a fait remarquer que « la discrimination peut être créée autant par les effets préjudiciables de règles d'application générale que par les distinctions expresses découlant de la distribution des avantages [...] le par. 15(1) dit textuellement que "[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi" ». *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, 151 DLR (4^e) 577 [*Eldridge*].

⁶⁴ La Cour suprême du Canada a décrit la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable comme étant « artificielle » et « malléable », et a proposé une méthode unifiée en trois étapes (critère *Meiorin*) pour déterminer s'il y a discrimination. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, CSC 652 [1999] 3 RCS 3*. Toutefois, les trois types de discrimination (directe, par suite d'un effet préjudiciable et systémique) continuent d'être mentionnés dans les études juridiques et les décisions judiciaires.

⁶⁵ La discrimination par suite d'un effet préjudiciable se divise en deux types : 1. Lorsque tous les membres d'un groupe ou d'un sous-groupe sont affectés par une règle ou une politique neutre (exclusions catégoriques). 2. Lorsque seuls certains membres d'un groupe sont affectés négativement (effet disproportionné). Dianne Pothier. « Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach (Lutter contre la discrimination fondée sur le handicap au travail : vers une approche systémique [traduction libre]) ». *McGill JL & Health* 17 4.1 (2010).

⁶⁶ *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley contre Simpsons Sears Ltd*, [1985] 2 RCS 536, 7 CHRR D/3102 : Jusqu'à cette décision, seule la discrimination directe avait été jugée illégale par les tribunaux. Dans un autre cas connexe, qui traitait de l'obligation Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick

religieuse d'un employé se heurtant à une règle de neutralité similaire en matière d'emploi, la Cour suprême a fait observer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut également révéler des modèles de discrimination systémique, ou des pratiques institutionnalisées d'exclusion sociale et de fardeaux discriminatoires. *Central Alberta Dairy Pool c. Commission des droits de la personne de l'Alberta*, [1990] 12 CHRR D/417 (CSC). Voir aussi : *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 RCS 561.

⁶⁷ *Eldridge*, supra note 62.

⁶⁸ Le chevauchement entre la discrimination systémique et la discrimination directe a été décrit dans un cas historique de droits à l'égalité qui concernait des femmes cherchant des emplois de cols bleus dans le chemin de fer national canadien. La Cour suprême a noté que « la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. » La Cour suprême a ensuite souligné que la « discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces "naturelles", par exemple que les femmes "ne peuvent tout simplement pas faire le travail". *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [Action Travail des femmes] [1987] 1 RCS 1114 à 1139 [*Chemin de fer*].

⁶⁹ *Rapport Abella*, supra note 8 (9).

⁷⁰ *Ontario (Human Rights Commission c. O.T.F. (N° 2)*, 1995 CanLII 7432 (Ont. SC).

⁷¹ *Chemin de fer*, supra note 68.

⁷² *Carter c. Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario* (2011) HRT0 1604 (CanLII).

⁷³ *Apsit contre Commission manitobaine des droits de la personne* (1987), 9 CHRR D/4457 (Man. QB). La décision a ensuite été infirmée par la Cour d'appel du Manitoba pour des motifs techniques (vice de procédure); la Cour d'appel a déclaré que le jugement de première instance ne représentait plus une autorité fortement convaincante puisqu'il avait été infirmé.

⁷⁴ *Larromana c. Directeur du POSPH*, 2010 ONSC 1243 (CanLII). Voir aussi : *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord canadien) c. Cunningham*, [2011] 2 RCS 670 (CanLII).

⁷⁵ *Lovelace*, supra note 46. Un autre exemple peut illustrer ce point : un centre communautaire au service des groupes LGBTQ2S met en place un programme pour soutenir les groupes bisexuels au sein de la communauté trans qu'il dessert. Le programme est basé sur un sondage qui démontre que les personnes bisexuelles sont victimes de stéréotypes dans les communautés hétérosexuelles et LGBTQ2S.

⁷⁶ *Card c. Ontario (Formation, collèges et universités)*, 2017 HRT0 35 (CanLII).

⁷⁷ La Commission de la fonction publique fédérale utilise l'autodéclaration pour recueillir des renseignements sur une base volontaire des demandeurs dans le cadre de son processus de nomination; la confidentialité des renseignements est protégée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les renseignements sur l'autodéclaration sont utilisés à des fins de statistiques (rapports, analyses et études spéciales) et pour compiler les données sur la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick

représentation de la main-d'œuvre pour les rapports au Parlement. Le Programme EAE du Nouveau-Brunswick (consulter la section 1.4) suit une procédure d'autodéclaration semblable.

⁷⁸ *Broadley c. Steel Co. Of Canada Inc. (1991)*, 15 CHRR D/408 (Ont. Bd. Inq.). L'exemple suivant appuie également les exclusions légitimes d'un programme spécial : Un centre local d'aide aux victimes d'agression sexuelle peut fournir des services de soutien aux femmes et aux femmes transgenres et non aux hommes, sur la base de statistiques selon lesquelles les femmes sont plus susceptibles d'être victimes d'agression sexuelle.

⁷⁹ *Abbey c. Ontario (Services sociaux et communautaires) (N° 2)*, 2016 HRTO 787, 84 CHRR D/137.

⁸⁰ *Ball c. Ontario (Services sociaux et communautaires), 2010 HRTO 360 (CanLII)* : Le cas est important pour reconnaître l'obésité extrême comme une forme de handicap protégé en vertu des droits de la personne.

⁸¹ *Ontario (Commission des droits de la personne) c. Ontario (Ministère de la Santé) (1994)*, 21 CHRR D/259 (Ont. CA).

⁸² *XY c. Ontario (Services gouvernementaux et Services aux consommateurs) (2012) HRTO 726, par. 41-45 (CanLII)*. Le Tribunal a fait observer qu'en restreignant l'identité transgenre à l'impératif biologique de la chirurgie transsexuelle, la politique négligeait le vécu des personnes transgenres.

⁸³ *Chemin de fer, supra note 68* : Dans ce cas précoce qui met en lumière le rôle des commissions des droits de la personne dans la conception de programmes spéciaux, la Cour suprême du Canada a confirmé la compétence du Tribunal canadien des droits de la personne d'ordonner à la société nationale de chemin de fer d'adopter un programme de promotion sociale d'embauche en vertu du paragraphe 41(2)a) de la *Loi sur les droits de la personne*.

⁸⁴ *Odell c. Toronto Transit Commission (N° 1) (2001)*, 39 CHRR D/200 (Ont. Bd. Inq.).

⁸⁵ *Blainey c. L'Association de hockey féminin de l'Ontario (N° 1) (1987)*, 9 CHRR D/4549 (Ont. Bd. Inq.).