

Nouvelles pratiques sociales

Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien : Le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful

Rachel Chagnon

Intersectionnalité : regards théoriques et usages en recherche et intervention féministes
Volume 26, numéro 2, printemps 2014

URI : id.erudit.org/iderudit/1029270ar

DOI : [10.7202/1029270ar](https://doi.org/10.7202/1029270ar)

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Université du Québec à Montréal

ISSN 0843-4468 (imprimé)
1703-9312 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Chagnon, R. (2014). Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien : Le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful. *Nouvelles pratiques sociales*, 26(2), 187–199. doi:10.7202/1029270ar

Résumé de l'article

Au Canada, les tribunaux reconnaissent de plus en plus les bienfaits de l'approche intersectionnelle. Toutefois, les défis posés par les individus ayant des appartenances conflictuelles à certains groupes se posent toujours. Le concept de l'intersectionnalité semble peu efficace afin de résoudre ce problème et pose ici ses limites. C'est entre autres le cas dans la décision In re : Section 293 of the Criminal Code of Canada.

Tous droits réservés © Université du Québec à Montréal, 2015. Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne. [<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>]

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. www.erudit.org



Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien: *le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful*

Rachel CHAGNON
Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal

Au Canada, les tribunaux reconnaissent de plus en plus les bienfaits de l'approche intersectionnelle. Toutefois, les défis posés par les individus ayant des appartenances conflictuelles à certains groupes se posent toujours. Le concept de l'intersectionnalité semble peu efficace afin de résoudre ce problème et pose ici ses limites. C'est entre autres le cas dans la décision *In re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*.

Mots clés : droit; Canada; intersectionnalité; polygamie; conflits.

In Canada, the courts have come to acknowledge the benefits of intersectionality. However, this concept seems

unable to efficiently articulate conflicting identities. Among others is the decision In re: Section 293 of the Criminal Code of Canada.

Keywords : law; Canada; intersectionality; polygamy; conflicts.

INTRODUCTION

La question des discriminations intersectionnelles fait maintenant partie intégrante des questionnements de la doctrine juridique. Si on bute sur les difficultés qu'elle pose, tout juriste préoccupé de justice sociale s'enthousiasme devant son potentiel en matière de non-discrimination. Pourtant, reste à résoudre l'enjeu de l'effectivité de ce concept en droit.

En fait, au-delà de son effectivité, c'est l'utilité même du concept de l'intersectionnalité pour le droit que je veux interroger ici. J'entends soutenir que le concept de l'intersectionnalité tel qu'il se développe à l'heure actuelle ne parvient pas à y faire une contribution significative. Je ferai cette démonstration à travers un cas très concret, soit la décision rendue par le juge Bauman dans *In re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*. Nous y référerons par « l'affaire Bountiful », du nom de la communauté à l'origine de ce renvoi¹.

J'ai choisi cette décision car elle permet d'analyser la question de l'intersectionnalité sous l'angle des discriminations combinées, mais aussi en lien avec les questions de hiérarchisation des droits et des appartenances parfois conflictuelles entre plusieurs groupes de revendications. En fait, nous plongerons dans le débat entre liberté de religion et égalité des droits en utilisant la perspective de femmes pouvant être affectées de façon contradictoire par la mise en œuvre de ces différents droits. Cette contradiction constitue une excellente démonstration du caractère complexe des imbrications des rapports de pouvoir et des limites de l'apport de l'intersectionnalité. Je débiterai donc par une brève démonstration de l'intégration de l'intersectionnalité dans le droit canadien. Je me concentrerai ensuite sur la décision mise au service de ma démonstration. Finalement, j'expliquerai pourquoi je considère que l'analyse intersectionnelle ne serait pas l'outil permettant de répondre au véritable défi de la mise en œuvre des droits, soit la réconciliation des identités contradictoires.

1. Le renvoi est une procédure judiciaire typiquement canadienne par laquelle un gouvernement pose une question au tribunal afin d'obtenir un éclaircissement sur un point de droit potentiellement litigieux.

L'INTERSECTIONNALITÉ EN DROIT CANADIEN

Rappelons tout d'abord que la notion d'intersectionnalité a été mise de l'avant par la juriste Kimberlé W. Crenshaw dès la fin des années 1980. Dans un texte de 1991 (Crenshaw, 1991), elle critique les lois américaines en matière de non-discrimination qu'elle juge inefficaces face aux problèmes expérimentés de façon plus spécifique par les femmes afro-américaines. Ses écrits serviront de point de départ de tout un courant d'analyse. L'approche intersectionnelle est donc d'abord et avant tout un outil de juriste et vise à modifier les pratiques des tribunaux en matière de mise en œuvre des droits de la personne. Toutefois, bien que le concept trouve son origine dans les préoccupations d'une juriste, il semble s'être davantage développé dans le champ de la sociologie où il connaît une évolution florissante. Cette évolution a d'ailleurs grandement contribué à complexifier sa compréhension². La professeure Hill Collins définit cette complexité de la façon suivante :

But what exactly is intersectionality? Because intersectionality constitutes the term currently applied to a diverse set of practices, interpretations, methodologies, and political orientations, we cannot assume that we are studying a fixed body of knowledge, methodological framework, or theoretical orientation. [...] Is intersectionality a concept? Is it a paradigm, a heuristic device? Or is it a theory? Intersectionality may be one, some, all or none of the above. (Hill Collins, 2012:22)

Cette définition rend bien compte du caractère polysémique de l'intersectionnalité. Notons que même difficile à saisir, le concept demeure aux yeux de certains théoriciens la meilleure réponse à ce qu'ils considèrent être les faiblesses du droit en matière de protection de certains groupes stigmatisés.

Ainsi, les auteurs Bilge et Roy écrivent que « le droit antidiscriminatoire moderne, par son traitement isolé des motifs de discrimination, constitue en soi un mécanisme de marginalisation des individus et groupes subissant des formes de discrimination multiple » (Bilge et Roy, 2010 :53). De plus, la Commission ontarienne des droits de la personne, dans un document de travail de 2001, plaide pour un usage élargi de l'intersectionnalité, afin de rendre compte de la réelle complexité de la discrimination. « Dans certaines affaires, des motifs comme le sexe, la race ou un handicap, pour n'en nommer que quelques-uns, peuvent se recouper et, ensemble, produire des effets uniques, créant des « minorités discrètes et insulaires » dont les caractéristiques constituent un handicap social » (CODP, 2001 :32).

2. Pour avoir une idée de l'évolution du concept et des différents débats on peut consulter : Elizabeth Harper, *Regards sur l'intersectionnalité*, collection Études et analyses, no 44, Relais-femmes, Montréal, mai 2012.

Toutefois, une analyse de la jurisprudence nous montre que l'intersectionnalité fait partie de la réalité des tribunaux depuis au moins le milieu des années 1990. Minoritaire dans l'arrêt Mossop, la juge l'Heureux-Dubé sera la première à mettre de l'avant l'idée dès 1993. Elle écrit :

[...] il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et [...] certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires. La situation de personnes qui sont victimes d'actes discriminatoires multiples est particulièrement complexe [...] Classifier ce genre de discrimination comme étant principalement fondé sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes (Mossop, 1993 : 645-646).

Son point de vue sera par la suite accepté, mais partiellement intégré par la majorité dans l'affaire *Law c. Canada*. Si la cour admet alors en théorie qu'un demandeur peut revendiquer être discriminé à plus d'un chapitre, et plaider la discrimination cumulée à l'égard de plus d'un des motifs prévus à la Charte canadienne des droits et libertés (CCDL), elle en fera peu de cas au moment d'analyser le cas particulier de Mme Law. En effet, dans cette décision où la plaignante s'estime discriminée à la fois en fonction de son âge et de son sexe, la cour refusera de tenir compte concurremment de ces deux facteurs dans son analyse, retenant uniquement le facteur de l'âge.

Les tribunaux sont donc de plus en plus enclins à admettre que certaines personnes peuvent expérimenter concurremment plus d'une forme de discrimination. En fait, le droit canadien a su en quelques décennies s'adapter efficacement afin de permettre à un nombre grandissant d'individus de faire valoir leurs droits devant les tribunaux. Depuis l'adoption de l'article 15 de la CCDL, on a vu les femmes autochtones canadiennes récupérer une partie de leurs droits patrimoniaux. Les couples de même sexe se sont vus reconnaître les mêmes droits civils que les couples hétérosexuels. La Cour suprême a même reconnu leur droit au mariage. Les personnes malentendantes profitent maintenant d'un droit à l'interprète dans les institutions hospitalières. Au final, bien que ce bilan soit imparfait, il n'y a aucune raison d'en rougir. Toutefois, on remarquera que la Cour semble plus à l'aise avec l'idée de créer un nouveau motif de discrimination à l'aide de motifs combinés. C'est ce qui a été fait dans la décision *Corbière c. Canada*, où la combinaison autochtone + lieu de résidence fut transformée en un motif unique de discrimination illicite. En fait, le réel défi du droit est bien plus de résoudre efficacement les conflits d'appartenance à différents groupes contradictoires que d'additionner les sources de discrimination.

L'INTERSECTIONNALITÉ PAR UNE ANALYSE DE CAS : «L'AFFAIRE BOUNTIFUL»

Le renvoi de la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur la constitutionnalité de l'article 293 du Code criminel du Canada³ offre un exemple intéressant des interfaces multiples entre discrimination, conflits normatifs et rapport de sexe. On y traite d'intersectionnalité, car il s'agit ici d'examiner les impacts d'une loi sur un groupe marginalisé à plus d'un niveau soit des femmes membres d'une secte fondamentaliste. On y traite de conflit normatif, car il faut ici analyser et hiérarchiser trois droits fondamentaux reconnus par la Charte canadienne des droits et libertés : le droit à la liberté de religion, le droit à l'égalité et le droit à la sécurité de la personne. Finalement, il s'agit principalement d'hommes qui revendiquent le droit d'avoir plusieurs épouses (et de femmes demandant le droit de partager un époux à plusieurs). La question des rapports de sexe est donc centrale.

Brève histoire d'une décision et de sa pertinence

On pourra se demander pourquoi utiliser une décision où la question de l'intersectionnalité n'a même pas été soulevée afin de réfléchir sur ce concept. En effet, il aurait été plus simple de s'intéresser à une décision analysant par exemple la situation des femmes autochtones canadiennes afin que leurs enfants aient le même accès au statut d'«Indien⁴». À partir d'un tel jugement, j'aurais pu montrer alors comment l'intersectionnalité intervient pour montrer les particularités des injustices subies par ces femmes. J'aurais fait la démonstration de la capacité bien présente d'adaptation du droit. Comme nous l'avons vu plus haut, le droit s'adapte et prend note des exclusions, les additionne et, au besoin, les amalgame afin de créer de nouvelles catégories de personnes à protéger. Le pragmatisme judiciaire n'a guère de problème à protéger les personnes les plus vulnérables du moment où leur statut de victimes ne fait aucun doute⁵. C'est lorsque ce statut de victime devient

-
3. 293. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas :
 - a) pratique ou contracte, ou d'une façon quelconque accepte ou convient de pratiquer ou de contracter :
 - (i) soit la polygamie sous une forme quelconque,
 - (ii) soit une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois, qu'elle soit ou non reconnue par la loi comme une formalité de mariage qui lie;
 - b) célèbre un rite, une cérémonie, un contrat ou un consentement tendant à sanctionner un lien mentionné aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), ou y aide ou participe.
 4. La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *McIvor v. Canada*, aurait pu apporter un excellent exemple de la prise en compte de la double discrimination, soit ici les statuts de femme + Autochtone.
 5. Bien plus que le recours à l'intersectionnalité, c'est la barrière économique qui constitue le plus grand frein à un réel accès à la justice au Canada.

moins clair que les choses se gâtent et c'est malheureusement là aussi que l'intersectionnalité « lâche » le droit et les juristes. La cause sur la polygamie illustre cet état de fait. Dans cette cause, la tentative de recourir à une approche intersectionnelle s'est en effet soldée par un échec.

Bien que la polygamie ait été criminalisée au 19^e siècle, très peu d'accusations ont été portées à ce jour⁶. Toutefois, la situation change lorsque les projecteurs se retrouvent braqués sur la communauté de Bountiful dans les années 1990. Cette petite communauté, fondée dans les années 1940 en Colombie-Britannique, est isolée, autant géographiquement que socialement, et compte environ 1 000 habitants. Elle fait soudainement l'objet de l'attention du public lorsque certains de ses membres les plus en vue sont soupçonnés de trafic de mineures et de mariages illégaux avec des mineures non consentantes. Le féminin de mineure n'est pas fortuit, car nous parlons ici essentiellement de jeunes filles de moins de 18 transitant de part et d'autre de la frontière canado / états-unienne et offertes en mariages aux dirigeants de communautés mormones dissidentes au cœur de ces « échanges ».

Les soupçons pesant sur les dirigeants de la communauté et les pressions populaires demandant que des accusations soient portées contre eux, entre autres pour polygamie, mèneront ultimement au renvoi analysé. Mais, la polygamie est présente sous plusieurs formes au Canada. On compte ainsi un certain nombre de musulmans canadiens qui seraient dans une union polygame, ces personnes étant extrêmement difficiles à identifier. On compte aussi des adeptes des relations polyamoureuses, ce type de relation, qualifiée de postmoderne, impliquerait toutes les variations possibles sur le thème des unions à plusieurs. Ces unions connaîtraient une popularité croissante au Canada et, dans l'affaire Bountiful, sont défendues par deux groupes d'intervenants dont l'un se réclamant de la Wicca⁷. La décriminalisation de la polygamie intéresse donc un grand nombre de personnes au Canada.

Autopsie d'une décision

Certaines données permettent de prendre rapidement la mesure de l'ampleur de la polémique entourant l'affaire Bountiful. En plus des procureurs de la Colombie-Britannique et du Canada, 13 groupes se firent reconnaître à titre de groupes intéressés et déposèrent des mémoires. Les audiences de cette affaire ont duré 42 jours réparties sur quatre mois. Ces audiences ont débuté en novembre 2010 et c'est en novembre 2011 que le juge Bauman rendra une

6. Dans toute l'histoire de l'Art. 293, on ne retrouve que deux condamnations.

7. Nom que se donnent les adeptes modernes de la sorcellerie.

décision totalisant 357 pages, soit l'équivalent d'une thèse de doctorat. La cour choisira aussi de nommer un *amicus curiae*⁸ dont la mission sera de représenter le point de vue des personnes en union polygame.

Bien qu'il ne soit pas question d'intersectionnalité, l'enjeu des rapports d'oppression est au cœur des discussions entourant la décision rendue par le juge Bauman. En effet, toute la démonstration faite en faveur du maintien de la criminalisation est liée au traitement des femmes en union polygame. Le choix de maintenir cette criminalisation repose essentiellement sur la certitude que la polygamie est une pratique hautement nocive pour les femmes et les enfants et qu'elle doit donc être réprimée. Pour être convaincant, le juge doit donc nous expliquer l'importance de la reconnaissance du droit à l'égalité des femmes en droit canadien et dans quelle mesure la polygamie y contrevient de façon grave. De plus, afin de rendre la démonstration plus éloquente, il convient aussi de discuter des risques que comporte la polygamie pour la santé mentale et physique des femmes, autre droit protégé par nos chartes. Le jugement nous parle donc beaucoup des femmes en général, mais par contre très peu des femmes en union polygame de Bountiful. Et c'est justement à ce groupe que je compte m'intéresser.

Je me suis tout d'abord penchée sur les « expertes de la question femme » appelées à témoigner des impacts de la polygamie. Parmi les nombreux experts appelés à déposer des rapports (huit au total), j'ai pu en identifier trois utilisant une méthodologie féministe, soit la professeure Angela Campbell de l'Université McGill, la professeure Rebecca Cook de l'Université de Toronto et la professeure Dena Hassouneh de la Oregon Health & Science University. La professeure Campbell agissait comme experte pour l'*amicus* et soutenait la décriminalisation de la polygamie. Les deux autres professeures agissaient à titre d'expertes des procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique et témoignaient en faveur du maintien de la criminalisation. En bref, les trois expertes en mesure de présenter une perspective féministe, voire intersectionnelle, présenteront des perspectives contrastées soutenant et dénonçant la criminalisation de la polygamie, et plus précisément, celle des femmes.

L'experte qui semble avoir eu le plus d'impact sur le juge Bauman a été la professeure Rose McDermott de la Brown University. La professeure McDermott est une politologue spécialiste en psychologie politique. Rien dans ses travaux recensés ne permet de croire qu'elle utilise une perspective féministe. Cette absence de perspective féministe se répercute dans la décision, et ce, alors même que l'on dit agir au nom et à la défense des femmes.

8. Ami de la cour. Nommé par le tribunal, son rôle est de représenter une personne qui ne veut pas ou ne peut pas se représenter elle-même.

La perspective féministe, pourtant utile dans un cas où l'analyse du rapport de force entre les sexes est centrale, est demeurée marginale, ignorée majoritairement tant par les parties présentant leur opinion que la majorité des experts appelés à éclairer la cour.

La professeure Campbell, à qui l'on a demandé de témoigner en faveur de la décriminalisation, a été la seule à choisir de s'adresser directement aux femmes en union polygame et son témoignage rend compte de leurs perceptions sur la polygamie. Elle reconnaît d'emblée les effets négatifs généraux de la polygynie sur les femmes et les enfants. Elle souligne toutefois que la criminalisation tendrait à magnifier ces effets en isolant les femmes en union polygame. Son témoignage s'appuie entre autres sur les entrevues qu'elle a menées avec un groupe de femmes de Bountiful lors de ses précédentes recherches (Campbell, 2009). Elle fut la seule experte menacée de voir son expertise non reconnue. Son choix de faire entendre la voix de femmes en union polygame défavorables à leur propre criminalisation a été vertement critiqué tant par le procureur général de la Colombie-Britannique que par d'autres féministes (Gedah, 2010:36). Ceci est d'autant plus troublant qu'elle est la seule experte à prendre en compte le groupe « femme + croyante » et donc à avoir une approche intégrant une perspective qui pourrait être vue comme intersectionnelle.

À la défense des détracteurs de la professeure Campbell, on peut être sceptiques face à des femmes défendant une pratique dont les impacts négatifs font consensus. Mais, après avoir condamné leur position, doit-on les criminaliser? En effet, pour être valide constitutionnellement, l'objectif d'une sanction criminelle doit être de contrecarrer le préjudice. Et l'approche choisie, afin d'atteindre cet objectif, doit pouvoir permettre d'arriver à cette fin. De plus, elle doit être proportionnelle à l'importance des objectifs. Il s'agit ici de ce que les juristes appellent le test de l'article un. Ce test est en fait une application systématisée du contenu du premier article de la Charte canadienne des droits et libertés. Dans le cas qui nous intéresse, la sanction doit permettre une meilleure protection de la société et plus particulièrement des femmes et des enfants contre le préjudice potentiel de la polygamie. La mesure doit aussi être soigneusement conçue de façon à ne pas porter inutilement atteinte aux droits d'un trop grand nombre de personnes. Entre autres, la mesure ne doit pas porter inutilement atteinte aux droits des femmes mariées qui sont elles aussi criminalisées par l'interdit de polygamie.

Lamicus nommé par la cour va justement s'en prendre au lien rationnel avec le but recherché. Au regard d'un objectif de protection des femmes, pourquoi criminaliser la pratique à l'égard de tous les acteurs concernés, hommes ET femmes? La lecture de l'article ne démontre aucune distinction entre la personne qui marie plusieurs personnes de l'autre sexe ou encore

entre une personne qui épouserait plusieurs personnes de son sexe. Ainsi le moyen choisi semble plus large et davantage punitif que l'objectif recherché. *Lamicus* va d'ailleurs tenter de mettre en relief le fait qu'il est contradictoire qu'un article du Code criminel s'applique autant aux victimes que l'on cherche à protéger qu'à ceux responsables du crime reproché. En effet, l'article 293 est libellé de telle sorte que des accusations peuvent être déposées à l'encontre de toutes les personnes impliquées, même les enfants issus d'une union polygame.

La portée trop large, et donc l'inconstitutionnalité de l'article 293, fait d'ailleurs relativement consensus parmi les juristes ayant analysé la question (Baines, 2010). On aurait donc pu croire que le juge Bauman serait sensible à cet argument. Or, voici sa réponse :

The challengers also urge that s. 293's overbreadth is starkly demonstrated by the fact that it criminalizes all participants in the illegal union, including the victims (overwhelmingly, the multiple women). I question whether the capable consenting spouse is a victim. To the contrary, she can be seen to be facilitating an arrangement which Parliament views as harmful to society generally. (In re Sec. 293, par. 1196-1197)

La réplique surprend : si la femme déjà mariée n'est pas une victime, mais une complice, qui protège-t-on ?

Le juge ajoute :

It is, in any event, constitutionally permissible for the state to attempt to deter vulnerable people from self-harm by criminalizing the harmful conduct. As the majority explained in Malmo-Levine (at par. 124): We do not accept the proposition that there is a general prohibition against the criminalization of harm to self. Canada continues to have paternalistic laws. Requirements that people wear seatbelts and motorcycle helmets are designed to "save people from themselves". [Emphasis added.] (In re Sec. 293, par. 1197)

Cet argument est peu satisfaisant. Peut-on comparer la situation d'une femme en union polygame à celle de quelqu'un qui choisit de conduire sans ceinture de sécurité ? Alors que la sanction de quelqu'un surpris sans sa ceinture se limite à une amende, une femme condamnée pour polygamie risque cinq ans de prison, voilà une étrange façon de la « sauver » de ses mauvaises habitudes.

Sous l'analyse du concept de l'égalité, on retiendra que le juge ne prend en considération que les hommes afin de déterminer si les personnes touchées par la criminalisation de la polygamie appartiennent à un groupe stigmatisé. Ainsi la polygamie cause un préjudice en portant atteinte au droit à la dignité et à l'égalité des femmes en général. Mais la criminalisation des femmes polygames, à l'encontre de leur statut de victime, ne porterait pas

atteinte à leur dignité particulière. Ce groupe, « femmes + croyantes », n'est pas un groupe stigmatisé. Le juge conclut donc qu'il n'y a aucune atteinte aux droits des femmes en union polygame, à la sécurité, à la liberté ou encore à l'égalité. Aucune distinction n'est faite quant aux conditions des femmes et des hommes dans la pratique de la polygamie.

Le juge conclut finalement que la criminalisation des mineurs serait inconstitutionnelle. Il fait donc un « *reading down*⁹ » de l'article afin d'exclure ce groupe de la mention « toute personne ». Le juge se donne par ailleurs la peine de préciser que les femmes mineures au moment de leur mariage, mais majeures au moment où des accusations pourraient être portées contre elles ne sont pas comprises dans cette exception (*In re Sec. 293*, par. 1360). On ne peut que respecter sa cohérence...

VERS UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE UTILE

Comment expliquer une telle décision alors que de si nombreux experts se présenteront à la barre pour exposer l'importance de mettre de l'avant des valeurs égalitaires et plaidant pour la protection de la « dignité » des femmes? Comment cette majorité d'experts est-elle parvenue à mettre de l'avant une analyse si peu sensible à la situation des femmes les plus visées par ce débat, soit les femmes de Bountiful? Et comment expliquer que l'experte ayant l'approche la plus « intersectionnelle » soit celle dont l'expertise ait été la moins prise en considération?

Dans cette affaire, le juge estime prendre en considération le droit de ces femmes à une protection contre les impacts de la légalisation de la polygamie, mais refuse de prendre en considération l'impact de cette criminalisation sur certaines de ces femmes. De plus, au final, l'experte retenue par le juge est celle présentant l'analyse la plus paternaliste et la moins incarnée dans les valeurs féministes d'*empowerment*¹⁰.

Pourtant cette cause offrait une opportunité particulièrement intéressante de mise en œuvre d'une approche féministe intersectionnelle. Il est malheureux que la voix et la position des femmes en polygamie aient occupé si peu de place dans le débat. Il est tout aussi malheureux de voir

9. Processus d'interprétation où le juge « réécrit » un article de loi afin de le rendre conforme à la Constitution et à l'intention du Législateur.

10. Processus par lequel une personne, ou un groupe social, acquiert la maîtrise des moyens qui lui permettent de se conscientiser, de renforcer son potentiel et de se transformer dans une perspective de développement, d'amélioration de ses conditions de vie et de son environnement. Office québécois de la langue française, <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/officialisation/terminologique/fiches/1298948.html>, consulté le 1er juillet 2013. Bien que l'Office privilégie le terme autonomisation, nous préférons *empowerment* qui est plus connu.

que l'analyse féministe soit demeurée marginale, représentée, en somme, par trois expertes, dont deux témoignant pour des procureurs favorables au maintien de la criminalisation des femmes. Soulignons aussi qu'aucun groupe féministe n'a déposé de mémoire dans cette affaire.

Dès 2006, la professeure Beverley Blaine faisait ses prédictions quant au succès potentiel d'une requête en inconstitutionnalité contre l'article 293 du C.cr. Elle écrivait, avec raison, qu'une telle requête proviendrait des mormons dissidents et qu'on peut démontrer que l'article 293 porte atteinte au droit à la liberté de religion. Elle mentionnait, encore ici à raison, que le procureur général invoquerait sans doute comme objectif principal la protection des femmes et des enfants.

Elle ne croyait pas que la mesure, même avec un objectif actualisé, passerait le test d'Oakes, et ce entre autres pour le motif suivant: la criminalisation de la polygamie n'est pas une mesure soigneusement conçue dans la mesure où l'on criminalise aussi les femmes alors que l'on prétend que ce sont elles, entre autres, que l'on veut protéger (Baines, 2006:66-67). Par contre, elle avait noté ceci :

However, the Constitutional Question Act provision may not be generous enough to extend to notification of intersectional feminists. For one reason, they might be perceived as unable to make a coherent structural argument because they refuse to shelter under only one of the Charter's rights-bearing provisions. For another, the Court may ignore the normative significance of making connections between religious freedom and sex equality, preferring to treat them traditionally as contested rights. (Baines, 2006:67)

On peut dire sans trop se tromper que les chercheuses féministes impliquées dans cette affaire n'ont pas présenté un argumentaire commun et cohérent.

L'intersectionnalité est souvent présentée comme s'appliquant essentiellement aux cas de superposition des motifs de discrimination : gai + femme + couleur, etc. C'est ce que Nancy Ehrenreich qualifie d'intersectionnalité « pure » (Ehrenreich, 2002:272). Idéalement, l'intersectionnalité ne devrait-elle pas aussi prendre en considération des croisements identitaires où toutes les appartenances ne sont pas nécessairement à des groupes jugés subordonnés? Le cas analysé traite justement d'interactions difficiles à mettre en relation, dans ce cas-ci la liberté de religion, le droit à l'égalité et la position précaire de femmes croyantes acceptant, plus ou moins, de se soumettre à des régimes fortement inéquitables. Existe-t-il une variante du concept de l'intersectionnalité qui offrirait au droit des outils afin de venir en aide à des groupes qui n'ont pas, à première vue, un statut clair de victimes?

La juriste Joanne Conaghan exprime, pour sa part, la critique suivante à l'égard de l'intersectionnalité : à ses yeux, l'intersectionnalité, en se concentrant sur un problème local, voire identitaire, ne permet pas le recul nécessaire à la prise en compte des systèmes plus vastes et des structures tel que le droit. En fait, pour Conaghan, l'angle identitaire devient l'arbre qui cache la forêt, empêchant une prise en compte des questions systémiques telles que la classe sociale réduite alors à un simple marqueur socioéconomique. La dimension identitaire de l'intersectionnalité, jointe au découpage des différents droits, entraîne nécessairement l'émergence de conflits normatifs, et la question de la polygamie en offre un bon exemple (Conaghan, 2009 : 29). D'où mon interrogation du début : l'intersectionnalité, bien qu'ayant été pensée à l'origine par une juriste, n'est peut-être pas un concept réellement utile au droit tel qu'il se développe actuellement.

CONCLUSION

On peut voir dans la décision examinée ici un exemple flagrant des lacunes dans la formation des juristes, autant en ce qui concerne la critique féministe du droit en général qu'en ce qui concerne plus particulièrement l'analyse intersectionnelle. Comment autrement expliquer que ces femmes en union polygame soient écartées du statut de victime parce que participantes « volontaires » dans la commission d'un acte criminel ?

L'intersectionnalité pourrait offrir des solutions à ce problème dans la mesure où elle serait reconnue par les tribunaux, mais surtout dans la mesure où elle peut être un concept opératoire. Les recherches de S. Bilge cherchent à démontrer que cela pourrait être le cas, lorsque l'analyse est prise en main par des juristes capables de contextualisation et sensibles à la problématique des discriminations croisées (Bilge et Roy, 2010). Mais je crois pour ma part qu'il faudra davantage. Les juristes sont d'abord préoccupés par la défense des intérêts des personnes qu'ils représentent. Pour que l'intersectionnalité les intéresse, il faut que le concept mis de l'avant leur permette d'atteindre cet objectif. Mais plus fondamentalement, il doit y avoir des solutions afin que les groupes particulièrement à risque de ne pas être adéquatement représentés soient pris en compte. Le concept de l'intersectionnalité, aussi attrayant soit-il, ne permettait pas jusqu'ici de résoudre ce problème.

Cette décision fournit aussi ironiquement un autre exemple de la division des mouvements féministes et de la façon dont cette division peut être récupérée au détriment des femmes même que ces mouvements veulent défendre. Nous pressons ces mouvements, et les universitaires féministes, de prendre clairement position contre la criminalisation de toutes les femmes

victimes de pratiques sexistes. Une prise de position en faveur de la fin de l'immunité des pratiques religieuses face à la mise en œuvre des droits de la personne pourrait aussi être une solution intéressante tant pour les féministes voulant se revendiquer d'une pratique religieuse que pour les autres.

BIBLIOGRAPHIE

- BAINES, B. (2006). «Equality's Nemesis?», *Journal of Law and Equality*, vol. 5, n°1, 57-80.
- BAINES, B. (2010). «Is Constitutionalism Bad for Intersectional Feminists?», *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 3 427-445.
- BILGE, S. et O. ROY (2010). «La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 25, n° 1, 51-74.
- CAMPBELL, A. (2009). «Bountiful Voices», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, n°2, 183-234.
- COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE (2001). *Approche intersectionnelle de la discrimination; pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, Commission ontarienne des droits de la personne, Direction des politiques et de l'éducation.
- CONAGHAN, J. (2009). «Intersectionality and the feminist project in law» dans Emily GRABHAM, Davina COOPER, Jande KRISHNADAS, Didi HERMAN (sous la dir.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Locations*, New-York, Routledge-Cavendish, 21-48.
- CRENSHAW, K. (1991). «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color», *Stanford Law Review*, vol. 43, n°6, 1241-1299.
- GEADAH, Y. (2010). *La polygamie au regard du droit des femmes*, Québec, Conseil du statut de la femme,
- EHRENREICH, N. (2002). «Subordination and Symbiosis: Mechanisms of Mutual Support Between Subordinating Systems», *71 University of Missouri-Kansas City Law Review*, vol. 71, 251-324.
- HARPER, E. (2012). *Regards sur l'intersectionnalité*, collection Études et analyses n°44, CRI-VIFF, Montréal.
- HILL-COLLINS, P. (2012). «Looking Back, Moving Ahead: Scholarship in Service to Social Justice», *22 Gender & Society*, vol.26, n° 1, 14-22.

Jurisprudence

- Act Respecting Offences relating to the Law of Marriage*, R.C.S. 1886 c. 161 s.5.
- Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.
- Corbière c. Canada* ([1999] 2 R.C.S. 203.
- In re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011, BCSC 1588.
- Law c. Canada* [1999] 1 R.C.S. 497.
- McIvor v. Canada*, 2009, BCCA 153.