LEX ELECTRONICA

Lex Electronica

2019

L'APPLICATION PROSPECTIVE DE L'APPROCHE DES *CAPABILITÉS* : UNE APPROCHE COMPLÉMENTAIRE AU DROIT POUR AMÉLIORER L'EFFECTIVITÉ DU DROIT CHEZ LES TRAVAILLEUSES DOMESTIQUES MIGRANTES

Jessica Thibault-Hubert[1]

1 L'auteure est candidate au doctorat en droit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, jessica.thibault-hubert@umontreal.ca

Jessica Thibault-Hubert

L'application prospective de l'approche des *capabilités:* une approche complémentaire au droit pour améliorer l'effectivité du droit chez les travailleuses domestiques migrantes

TABLE DES MATIÈRES

1. La situation sociale des travailleuses domestiques et la réponse du droit 9

1.1. Quelques concepts pertinents à la compréhension de la réalité des travailleuses domestiques migrantes 9

1.2 La difficile reconnaissance de la réalité des travailleuses par le droit 12

1.3 – Le rapport du droit aux normes sociales 14

2 – L'utilisation prospective de l'approche par les capabilités 17

2.2. La théorie des capabilités de Sen et Nusbaum 18

2.3. La prise en compte des capabilités dans un contexte féministe et juridique 20

2.3.1. La réponse de l'approche aux préoccupations féministes 21

2.3.2. Le lien entre les capabilités et les droits humains 25

2.4. Les capabilités centrales du Nussbaum et leur utilité en droits humains 27

3. Conclusion 32

Résumé

Au sein de cet article, l'auteure se questionne sur les apports de l'approche des *capabilités* en matière de protection des droits humains chez les femmes se trouvant à l'intersection de facteurs de discrimination et de subordination liés notamment à la race, le genre, le statut social, l'ethnicité, etc., telles que les travailleuses domestiques migrantes. En combinant les visions d'Amartya Sen et de Martha Nussbaum, l'auteure cherche à savoir dans quelle mesure cette théorie peut permettre au droit de mieux saisir la diversité et d'assurer de façon plus effective le respect des droits humains chez ces femmes. Dans la première partie de l'article, l'auteure effectuera un survol de la situation sociale des femmes issues d'une minorité, en s'appuyant sur l'exemple des travailleuses domestiques migrantes, afin d'illustrer ses propos et de bien saisir le type particulier de discrimination dont sont victimes ces femmes, mais également dans le but d'appréhender la complexité des rapports sociaux auxquels elles sont assujetties. À la lumière de la description effectuée de la situation sociale de ces femmes et de leur assujettissement à divers types de rapports sociaux, la question de l'effectivité du droit sera soulevée. L'auteure décrira de quelle manière le droit éprouve des difficultés à s'appliquer à ces femmes et à appréhender leur réalité. Pour terminer, une description de l'approche par les *capabilités* sera effectuée, afin de déterminer comment elle peut être combinée à l'approche juridique, afin d'assurer une meilleure protection des droits humains chez ces femmes. L'auteure discutera de la manière dont la théorie peut permettre au droit de saisir davantage la réalité sociale de ces femmes, et ainsi contribuer à leur assurer des droits en favorisant leur autonomie et le développement d'opportunités et de capacités.

[1] Certains auteurs se sont penchés sur les difficultés d'appliquer les normes juridiques à certains groupes sociaux, telles que les femmes, – et plus spécifiquement les femmes appartenant à une minorité – et sur quelques problèmes quant à son effectivité[2]. Le concept d'effectivité représente le « degré de réalisation sociale, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »[3]. Il n'est pas question ici d'une effectivité parfaite ou totale[4] du droit, mais plutôt de son niveau de réalisation ou d'utilisation par les acteurs et de son application réelle. Nous nous intéresserons plus spécifiquement au domaine de l'effectivité qui concerne l'écart existant entre le droit écrit et le droit vivant[5], ou tel qu'il se manifeste dans la réalité, ainsi qu'aux raisons de ces écarts.

[2] À travers leur analyse, des auteures ont constaté que le droit était empreint de valeurs androcentriques[6], de par la masculinité du langage juridique et des catégories juridiques qui semblent correspondre davantage à la réalité des individus de sexe masculin, mais qu'il véhiculait également une vision ethnocentrique, rendant difficile la reconnaissance de la diversité de femmes issues de cultures différentes, lorsque celles-ci migrent par exemple au sein d'une société occidentale. Ceci a notamment contribué à l'émergence de certains questionnements sur le niveau d'effectivité du droit chez certains groupes sociaux qui semblent éprouver des difficultés à mettre en œuvre leurs droits dans la réalité.

2 Myriam Dumont-Robillard, *Garantir un réel accès à la justice efficace aux travailleuses domestiques migrantes : obstacles systémiques et conceptualisation du droit – perspectives canadiennes et internationales,* mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2013; Dalia Gesualdi-Fecteau, « Les droits au travail des travailleurs étrangers temporaires « peu spécialisés » : (petit) voyage à l'interface du droit du travail et du droit de l'immigration », (2013) *XXe Conférence des juristes de l'État* 219; Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et Société* 101, 113; Jenny Rioux *Les droits des travailleuses domestiques migrantes péruviennes au Chili : une perspective internormative*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de études supérieures, Université du Québec à Montréal, 2013, p. 150

3 André-Jean Arnaud et Jean-Guy Belley, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 219-221

4 Jean Carbonnier estime notamment que « l'exigence d'effectivité est excessive » et que « [c]'est défigurer la réalité humaine et sociale qui s'exprime dans les systèmes juridiques modernes, que de n'en retenir qu'un besoin d'ordre, de régularité, partant de ponctuelle et totale effectivité des règles de droit ». Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* Paris, L.G.D.J., 1988, p. 131 et 134.

5 Jean-Guy Belley parle de droit vivant, soit « le droit en train de se faire dans le milieu ambiant de la société, souvent à l'insu des juristes ». Jean-Guy Belley, « Une métaphore chimique pour le droit », dans J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'Étude de l'internormativité,* Paris, L.G.D.J., 1996, p. 7, à la page 9.

6 L'androcentrisme représente « une attitude, souvent inconsciente, qui prend toujours pour point de départ et pôle d'analyse le point de vue masculin ». M. Boivin, « Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit », (1992) 5 *Can. J. Women & L.* 357, 363. Sheila Dziobon, « Genre, inégalités et limites du droit », (1997) 36/37 *Droit et société* 277; Louise Langevin, *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2008, p. 9; Louise Langevin et Valérie Bouchard, « Les grands arrêts sur les droits des femmes : projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52 *C. de D.* 551; Amsatou Sow-Sidibe, « La protection pénale des femmes contre les violences : quelle politique criminelle au Sénégal ? », dans L. Langevin, *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2008, p. 121, aux pages 136 et 137. Par exemple, le droit en matière d'asile a été envisagé sous l'angle du réfugié masculin et sur les expériences des hommes, alors que les demandeurs d'asile sont de plus en plus des femmes, ce qui les excluait d'une possibilité réelle de bénéficier de ce statut de réfugiée. Édith Jaillardon, « Quel droit d'asile pour les femmes…? », dans L. Langevin, *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2008, p. 37.

[3] Afin d'illustrer nos propos, au sein de cet article, nous nous concentrerons sur un groupe de femmes en particulier, soit les travailleuses domestiques migrantes, qui semblent sujettes à certains problèmes d'application du droit, notamment dans les domaines du droit du travail et des droits humains. Bien que certaines problématiques concernant le travail domestique aient été observées à travers le monde[7], nous nous intéresserons plus spécifiquement aux travailleuses se trouvant au Canada et plus particulièrement au Québec. Ainsi, les travailleuses domestiques migrantes représentent ces femmes qui migrent au Canada pour occuper un emploi lié aux soins de personnes, telles que des enfants, des personnes âgées et des personnes handicapées[8], et peuvent effectuer des tâches ménagères qui sont liées aux soins prodigués[9].

[4] Ce groupe en particulier nous intéresse, puisqu'il a été démontré au sein de la littérature que les femmes étrangères, notamment les migrantes, étaient plus sujettes à la violence, à la marginalisation, ainsi qu'à la discrimination[10] – une discrimination systémique, mais également fondée sur l'un ou des motifs prohibés par les *Charte*, soit la race, le sexe, la couleur, la nationalité, etc.[11] , qui semblerait les exclure de l'application

7 Les travailleuses sont sujettes aux mauvais traitements, à la violence, aux abus, au harcèlement, à l'isolement, mais sont également victimes de la violation de certains droits fondamentaux et ne bénéficient pas de nombreuses protections prévues par le droit. Myriam Bals, « Un programme de main-d'œuvre pathogène : le programme pour les domestiques étrangères », (1992) 17-2 *Santé mentale au Québec* 157, 158; BIT, Asha D'Souza, *Le travail domestique sur la voie du travail décent : rétrospective du l'action de l'OIT,* Document de travail 2/2010, en ligne : < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_142906.pdf > (consulté le 3 juillet 2019); Martha Chen, « Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work: Conceptual, Measurement, and Regulatory Challenges », (2011) 23 *C.J.W.L* 167, 168; Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Observation générale n 1 sur les travailleurs domestiques migrants,* Doc. off. N.U. CMW/C/CG/1 (23 février 2011), ¶ 7 et 13, en ligne : < file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/G1141183.pdf > (consulté le 4 juillet 2019); Conseil économique et social, *Rapport présenté par la rapporteuse spéciale, Mme Gabriela Rodriguez Pizzaro, conformément à la résolution 2003/46 de la Commission des droits de l'homme,* Doc. N.U. E/CN.4/2004/76 (12 janvier 2004), ¶ 16 et 28, en ligne : < http://undocs.org/fr/E/CN.4/2004/76 > (consulté le 3 juillet 2019); Secrétaire général, *Droit à un logement convenable,* Doc. N.U. A/65/261 (9 août 2010), ¶ 64, en ligne : < https://digitallibrary.un.org/record/689198/files/A_65_261-FR.pdf > (consulté le 3 juillet 2019) ; Nisha Varia, « "Sweeping Changes?" A Review of Recent Reforms on Protections for Migrant Domestic Workers in Asia and the Middle East », (2011) 23 *C.J.W.L.* 265, 272 et 273.

8 Citoyenneté et immigration Canada, *Traitement des aides familiaux résidants au Canada IP 4,* 19 janvier 2011, p. 9, en ligne : < https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/ip/ip04-fra.pdf > (consulté le 27 juin 2019).

9 Gouvernement du Canada, *Aides familiaux résidents/aides familiales résidentes, aides de maintien à domicile et personnel assimilé,* en ligne : < http://noc.esdc.gc.ca/Francais/CNP/RechercheRapide.aspx?ver=11&val65=4412 > (consulté le 27 juin 2019); Gouvernement du Canada, *4411 Gardiens/gardiennes d'enfants en milieu familial,* en ligne : < http://noc.esdc.gc.ca/Francais/CNP/RechercheRapide.aspx?ver=11&val65=4411 > (consulté le 27 juin 2019).

10 *Observation générale n 1 sur les travailleurs domestiques migrants,* préc., note 6, ¶ 7; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante,* Doc. N.U. A/HRC/14/30 (16 avril 2010), ¶ 53 et 55, en ligne : < http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4eef18cd2 > (consulté le 8 juillet 2019); Myriam Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2015, p. 31.

11 Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur la Canada, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 15; Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10.

de certaines lois[12]. De plus, les cas de violations des droits humains de ces femmes, de même que le manque de protection juridique dont elles sont sujettes ont été documentés[13] et pourraient être dus, notamment à la discrimination particulière vécue par ces femmes, ainsi qu'aux caractéristiques de cet emploi singulier[14].

[5] Pourtant, ces travailleuses peuvent bénéficier de nombreuses protections prévues aux instruments juridiques internationaux des droits humains, ainsi qu'aux *Chartes* et sont assujetties à la plupart des lois du Canada[15]. Cependant, il a été constaté, dans le cadre du travail domestique, qu' « il y a[vait] souvent un fossé entre la protection dont bénéficient ces travailleu[se]s *de jure* ou *de facto* »[16]. C'est pourquoi nous nous intéresserons à la question de l'effectivité du droit dans le cadre de cet emploi.

[6] Nous nous sommes penchés, au sein de cet article, sur l'utilisation en droit d'approches potentielles qui peuvent faciliter son application dans le

12 Certaines études démontrent que les travailleuses sont susceptibles d'être victimes de discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés aux *Chartes,* puisqu'elles font parties de divers groupe sociaux marqués par des facteurs d'identité tels que le sexe, la couleur, l'origine ethnique, la race, etc. Il a été démontré qu'elles étaient exclues de l'application de certaines lois et régimes de protection de façon à compromettre leurs droits et que cette exclusion pouvait être discriminatoire au sens des *Chartes* étant donné qu'elle est fondée sur l'un ou plusieurs des motifs de distinction prohibés par les *Chartes*. Aziz Choudry, Jill Hanley, Steve Jordan, Eric Shragee et Martha Stiegman, *Fight back: Workplace Justice for Immigrats,* Halifax and Winnipeg, Ferwood Publishing, 2009, p. 83; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La conformité de l'exclusion du domestique et du gardien de la protection automatique de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles à la Charte des droits et libertés de la personne,* Me Christine Campbell (Cat. 2.120-2.68), 2008, en ligne <file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/987739.pdf > (consulté le 12 juillet 2019); Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Marie Carpentier, *La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants,* décembre 2011, en ligne : < http://www.cdpdj.qc.ca/publications/Avis_travailleurs_immigrants.pdf > (consulté le 30 juin 2019) ; M. Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?*, préc., note 9, p. 67. Pour une définition de la discrimination systémique, voir : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Gaz métropolitain inc*., 2008 QCTDP 24 (CanLII), par. 36.

13 M. Bals, « Un programme de main-d'œuvre pathogène : le programme pour les domestiques étrangères », préc., note 6, 158; Adelle Blackett, « Introduction : Réguler le travail décent pour les travailleuses domestiques », (2011) 23 *C.J.W.L.* 47; M. Carpentier, préc., note 11; M. Chen, préc., note 6; Elsa Galerand et Martin Gallié, « L'obligation de résidence : un dispositif juridique au service d'une forme de travail non-libre », (2014) 51 *Revue interventions économiques* 1; Elsa Galerand, Martin Gallié et Jeanne Ollivier Gobeil, « Travail domestique et exploitation : Le cas des travailleuses domestiques philippines au Canada (PAFR) », Rapport de recherche, janvier 2015, en ligne : < https://www.mcgill.ca/lldrl/files/lldrl/15.01.09_rapport_fr_vu2.5.11_0.pdf > (consulté le 5 juillet 2019); Martin Gallié, Elsa Galerand et Andrée Bourbeau, « Le droit à la liberté face aux normes modernes de travail « non libre » : le cas de l'obligation de résidence chez l'employeur », (2015) 45 *R.G.D.* 95 ; Lissia Vathi, *L'obligation de résidence chez l'employeur imposée aux travailleurs agricoles et domestiques migrants au Canada : une atteinte à leur droit constitutionnel à la liberté,* mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 2017.

14 En effet, « [l]a discrimination sexuelle, sociale, ethnique, combinée au manque de reconnaissance dont souffrent ces emplois est à l'origine du non-respect des droits humains ». A. D'Souza, préc., note 6, p. 27. De plus, les relations de travail au sein de cet emploi semblent être empreintes de divers préjugés basés sur des facteurs tels que la race, la classe, le genre, la nationalité et ceci semble influer sur sa réglementation. M. Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?*, préc., note 9, p. 37.

15 Elles peuvent bénéficier des protections prévues à la *Déclaration universelle des droits de l'homme,* au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques,* au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,* etc. De plus, dans le cadre de leur travail, les travailleuses domestiques peuvent bénéficier des protections prévues à la *Loi sur les normes du travail,* ainsi qu'à certaines dispositions de la *Charte des droits et liberté de la personne* et de la *Charte canadienne des droits et libertés. Singh* c. *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration,* [1985] 1 R.C.S. 177, par. 34 et 35; *Loi sur les normes du travail,* L.R.Q., c. N.1-1, art. 2 et 158.3; Christian Brunelle et Henri Brun, « Les statuts respectifs de citoyen, résident et étranger, à la lumière des chartes des droits », (1988) 29 *C. de D.* 689, 690.

16 Observation générale n 1 sur les travailleurs domestiques migrants, préc., note 6, ¶ 25.

domaine des droits humains. Cet article se veut plutôt une réflexion à propos d'une approche permettant de rendre compte des phénomènes sociaux et de la diversité, afin d'apporter un éclairage nouveau en droit de manière à ce que les normes puissent répondre davantage à la réalité de ces femmes. Nous effectuerons, en premier lieu, un survol de certains concepts permettant de mieux comprendre la situation sociale de ces femmes en évaluant, en seconde partie, les difficultés rencontrées par la discipline juridique à saisir cette réalité et à s'appliquer aux travailleuses. Puis, nous terminerons – en nous appuyant sur l'exemple de l'éducation - par une réflexion sur la théorie des *capabilités*, qui semble être salutaire pour le droit. Nous verrons comment cette approche peut saisir, davantage que le droit, la réalité de ces femmes, de manière à assurer une meilleure protection de leurs droits.

1. LA SITUATION SOCIALE DES TRAVAILLEUSES DOMESTIQUES ET LA RÉPONSE DU DROIT

[7] Nous ne ferons pas ici une présentation exhaustive de la situation des travailleuses domestiques, puisqu'elle a été largement documentée au sein de la littérature[17]. Nous présenterons plutôt certains concepts pertinents permettant de saisir leur réalité, ainsi que leur assujettissement à certains rapports sociaux particuliers. Puis, nous expliquerons les raisons qui font du droit une institution peu neutre du point de vue féministe et comment la difficile applicabilité du droit à ces femmes, ainsi que leur difficile accès à la justice, peut remettre en question l'effectivité du droit. C'est en appréhendant la réalité de ces femmes qu'il sera possible de saisir l'importance d'appliquer une approche complémentaire au droit, qui se veut soucieuse de la diversité et sensible aux questions de genre, afin de rendre celui-ci plus effectif.

1.1. QUELQUES CONCEPTS PERTINENTS À LA COMPRÉHENSION DE LA RÉALITÉ DES TRAVAILLEUSES DOMESTIQUES MIGRANTES

[8] En étudiant le cas des femmes noires aux États-Unis, Kimberlé Crenshaw, qui est en quelque sorte la novatrice du concept de *discrimination intersectionnelle*, en est venue à constater que « [l]es femmes

17 Pour mieux comprendre la situation des travailleuses au Canada, voir : Myriam Bals, *Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir*, coll. « Logiques sociales », Paris, L'Harmattan, 1999; M. Bals, « Un programme de main-d'œuvre pathogène : le programme pour les domestiques étrangères », préc., note 6; A. Blackett, préc., note 12; M. Chen, préc., note 6; M. Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?*, préc., note 9; E. Galerand et M. Gallié, préc., note 12; E. Galerand, M. Gallié et J. Ollivier Gobeil, préc., note 12; M. Gallié, E. Galerand et A. Bourbeau, préc., note 12 ; Rose Ruth, « Le travail des aides familiales : Beaucoup de labeur, peu de valeur », (2000) 13-1 *Recherches féministes* 69 ; L. Vathi, préc., note 12.

de couleur ne vivent pas toujours [...] le sexisme sur des modes comparables à ceux que dénoncent les femmes blanches »[18]. Les travailleuses domestiques sont en effet victimes de nombreux stéréotypes en raison de leur statut « d'étrangère ». Elles sont sujettes à des remarques racistes et à de la discrimination basée sur leur couleur, leur origine, leur classe, etc., de la part notamment de leur employeuse[19]. Ceci s'explique entre autre par le fait que les travailleuses, en plus d'êtres femmes, sont représentées par les autres facettes qui sont constitutives de leur identité, telles que la couleur, la religion, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, la classe sociale, etc.[20]. Ainsi, de ces différentes facettes de l'identité découlent des formes de discrimination qui s'accumulent en plus de se renforcer et de se recouper, afin d'engendrer un type de discrimination singulier, la *discrimination intersectionnelle*[21]. Les travailleuses domestiques migrantes, par l'intersection de ces différents facteurs constituant leur identité, sont un bon exemple de groupe social victime de ce type de discrimination. En effet, plusieurs auteures ayant documenté la situation de ces femmes expliquent qu'il y a un cumul de différents types de discrimination qui sont liés à la culture, au sexe, à la race, etc.[22] – des motifs de discrimination notamment prohibés par le droit. Myriam Bals, ayant interrogé des travailleuses sur leur quotidien, explique qu'au sein de cet emploi, « [l]a violence était partout, sous diverses formes, tout comme le racisme. Ce racisme reposait aussi bien sur une discrimination liée à la classe sociale, au type de travail, qu'à l'origine ethnique et la religion »[23].

18 Kimberlé Crenshaw, « Cartographie des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », (2005) 2-39 *Cahiers du Genre* 51, 61 (n 17).

19 M. Chen, préc., note 6, 172; M. Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?*, préc., note 9, p. 31. « Souvent, les différences de race, de classe et de citoyenneté entre l'employeur et l[a] travailleu[se] domestique exacerbent [les] inégalité[s] et [la] vulnérabilité ». M. Chen, préc., note 6, 169. Il y a souvent une hiérarchie entre l'employeuse – femme occidentale, de classe moyenne – et l'employée, qui en plus d'être une femme, est une « étrangère », de couleur et appartenant à une classe sociale moins nantie.

20 Michelle Boivin, « La Catégorie « femme/s » dans la discrimination sur le sexe », (1998) 13-1 *Canadian Journal of Law and Society* 29, 58 .

21 En effet, selon Juliette Roux, « la discrimination intersectionnelle recouvre les cas les plus complexes où les différents vecteurs discriminatoires sont souvent inextricables car ils apparaissent simultanément et se renforcent mutuellement ». Juliette Roux, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes : Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles », (2015) 7 *La Revue des droits de l'homme* 7, (n 20), en ligne : < https://journals.openedition.org/revdh/1116#bodyftn2 > (consulté le 23 novembre 2018). Il faut comprendre qu'il ne s'agit pas seulement d'une accumulation de diverses formes de discrimination, mais bien de l'imbrication de plusieurs formes qui en créent une nouvelle, plus complexe. *Id.,* (n° 19).

22 M. Bals, *Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir*, préc., note 16, p. 25; A. D'Souza, préc., note 6, p.27; M. Carpentier, préc., note 11; Isabel Georges, « L'emploi domestique féminin au croisement de l'espace public et privé : (Sao Paulo Brésil) », (2008) 3-47 *Autrepart* 57, 62 (n° 7); Christine Guionnet et Erik Neveu, *Féminins/Masculins : Sociologie du genre,* Paris, Armand Colin, 2014, p. 172; N. Varia, préc., note 6, 271.

23 M. Bals, Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir, préc., note 16, p. 117.

[9] Bien que le concept d'*intersectionnalité* puisse décrire le type de discrimination particulier vécu par les travailleuses domestiques, la réalité sociale de ces femmes paraît beaucoup plus complexe et leur situation de subordination semble notamment due à leur assujettissement à certains rapports sociaux[24]. Nous avons retenu l'approche de la sociologue Danièle Kergoat qui a adopté une vision des rapports sociaux soucieuse des questions de genre.

[10] Kergoat a défini le rapport social comme étant « une relation antagonique entre deux groupes sociaux, établie autour d'un enjeu[,] [...] un rapport conflictuel »[25] qui peut opérer sous trois principales formes, soit l'exploitation, la domination et l'oppression[26]. L'approche de Kergoat est pertinente pour comprendre la situation d'oppression de ces femmes et la sociologue souligne elle-même que le travail de *care* – le travail lié au soin des personnes - est propice à l'observation de ces différents rapport sociaux[27]. Kergoat est à l'origine des concepts de *consubstantialité* et de *coextensivité* des rapports sociaux. Ils sont consubstantiels, en ce sens que « chacun [des rapports] imprim[ent] sa marque sur les autres, [...] [et qu'ils] se construisent de façon réciproque »[28], mais ils sont également coextensifs, du fait qu'il « se coproduisent mutuellement »[29]. Kergoat considère ainsi que le concept de « rapport social de sexe » ne doit « jamais [être] [...] considér[é] de manière isolée, qu'il fa[ut] toujours l'associer, pour le moins, aux rapports de classe et de 'race' »[30]. Le contexte particulier dans lequel vivent les travailleuses domestique et la perception négative du travail domestique, semblent ainsi dus à l'imbrication de ces différents rapports[31]. Prenons l'exemple des rapports

24 En effet, l'une des plus fréquentes critiques envers l'approche *intersectionnelle*, réside dans le fait « qu'[elle] [...] continu[e] le plus souvent à ignorer [...] les *rapports de classe* [puisqu'elle] a du mal à rendre compte de la dynamique d'ensemble des rapports sociaux ». Roland Pfefferkorn, *Genre et rapports sociaux de sexe,* Paris, Éditions Syllepse, 2016, p. 128.

25 Danièle Kergoat, « Dynamique et consubstantialité des rapports sociaux », dans Elsa Dorlin, *Sexe, race, classe. Pour une épistémologie de la domination,* Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 111, à la page 112.

26 *Id.,* à la page 113.

27 *Id.,* à la page 111; Diane-Gabrielle Tremblay et Elisabetta Pernigotti, « Entre continuité et changement : politique économique du *care* et du travail domestique. Introduction », (2014) 51 *Revue Interventions économiques,* 4 (n° 16), en ligne : < file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/interventionseconomiques-2452%20(2).pdf > (consulté le 12 juillet 2019). En effet, le « *travail de care* se trouve au croisement même des rapports sociaux de classe, de sexe et de 'race' ». D. Kergoat, préc., note 24, à la page 122.

28 D. Kergoat, préc., note 24, à la page p. 120 .

29 *Id*.

30 R. Pfefferkorn, préc., note 23, p. 50 .

31 Dumont-Robillard explique le « travail domestique migrant se présente comme un emploi aux multiple facettes, basé sur l'interaction entre une pluralité de concepts légaux et sociaux tels que le genre, la race, la condition sociale, le travail informel, la division du travail [...] sur la subordination des femmes, la nationalité », etc. M. Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?*, préc., note 9, p. 10.

de sexe en matière de division sexuelle du travail et des rapports de classe et de race concernant la délégation de tâches vers des femmes étrangères - provenant de milieux socio-économiques plus fragiles - qui effectuent le boulot délaissé et méprisé par les femmes occidentales[32]. Comme l'explique Myriam Dumont-Robillard, ces femmes vivent dans un contexte qui est caractérisé « par une intersectionnalité entre des facteurs d'exclusion et d'assujettissement liés à la race, l'ethnicité, le statut social, le genre et la nationalité ayant pour conséquence une relation de travail de rapport de force [...] basé sur la subordination, l'exploitation, l'oppression »[33]. Il convient donc de s'attarder sur ces rapports sociaux particuliers, et de leur influence sur le droit, afin de produire des normes juridiques qui puissent être adaptées à la réalité sociale des personnes pour lesquelles elles ont été développées.

1.2 LA DIFFICILE RECONNAISSANCE DE LA RÉALITÉ DES TRAVAILLEUSES PAR LE DROIT

[11] Afin de bien comprendre ce dont il est question, lorsque nous parlons de l'effectivité du droit, nous ferons quelques distinctions dans le but d'éviter toute ambiguïté au niveau de ce concept. On dit d'une règle qu'elle est effective lorsqu'elle est « réellement » appliquée et qu'elle provoque l'effet escompté[34]. Comme l'explique Guy Rocher, l'étude de l'effectivité d'une règle de droit comprend de « retracer la diversité de ses effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs et indirects, prévus et inattendus, sociaux, politiques, économiques ou culturels »[35], mais « s'étend également aux raisons expliquant ces effets et à la façon dont ils se produisent »[36]. C'est par la reproduction des normes sociales au sein du droit que « l'effectivité du droit [peut] aussi être attribuable à d'autres normes »[37] et qu'il est « fondamental d'inclure, dans le champ de recherche sur l'effectivité, l'étude des rapports entre le droit et les normes sociales »[38].

---

32 Helena Hirata et Pascale Molinier, « Les ambiguïtés du *care* », (2012) 2-28 *Travailler* 11, 11 et 12 (n° 4 à 6); R. Ruth, préc., note 16, 70; Moré Paloma, « Les employé(e)s domestiques dans le travail de *care* : corps et investissement de soi en éthique et contrainte », (2014) 2-32 *Travailler* 33.

33 M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 37.

34 Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique,* Paris, P.U.F., 1987 « effectivité » .

35 Guy Rocher, « L'effectivité du droit », dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher (dir.), *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité,* Montréal, Thémis1998, p. 135, à la page 136.

36 Yann Leroy, « La notion d'effectivité du droit », (2011) 3 *Droit et société* 715, 728 (n° 30).

37 Christine Vézina, « Dans l'angle mort de l'effectivité du droit : une exploration de l'effectivité internormative », Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 115, à la page 129 .

38 *Id.,* à la page 128 .

[12] Dans le cadre du travail domestique, plusieurs problèmes ont été soulevés quant à l'application de nombreux droits, chez les travailleuses domestiques, et au difficile accès à la justice de ces femmes[39]. En effet, comme le souligne Dumont-Robillard,

> *« [à] première vue, les conditions imposées aux travailleuses domestiques migrantes au Canada [...] ne semblent pas contrevenir aux Chartes [...]. Or, l'analyse des effets de cette réglementation [...] démontre plutôt que les lois, les règlements et les pratiques administratives qui leur sont applicables engendrent à la fois de multiples violations de leurs droits et libertés ainsi qu'une discrimination systémique à leur égard. »*[40]

[13] Ainsi, à la lumière de ces propos, il est possible de remarquer un écart entre le droit écrit et le droit vivant, ainsi qu'une violation de droits qui sont censés être protégés. La littérature concernant les travailleuses domestiques a en effet démontré que de nombreux droits humains garantis aux *Chartes*, tels que les droits à la vie privée, à la liberté d'association, à la liberté de circulation, à des conditions de travail justes et raisonnables, etc., étaient violés et qu'elles éprouvaient certaines difficultés à réellement exercer leurs droits[41]. Les travailleuses ne semblent également pas bénéficier des nombreuses protections prévues en matière de droit du travail. Elles sont en effet victimes de harcèlement, elles travaillent durant un nombre d'heures déraisonnable, elles ne sont souvent pas rémunérées adéquatement et ne elles bénéficient pas de période de repos ou de congé[42]. Les travailleuses sont en effet victimes d'un type de harcèlement particulièrement sournois et invisible, qu'il devient pratiquement impossible d'en apporter la preuve en vertu des

39 En effet, Dumont-Robillard explique que le système juridique peut être inaccessible et peu effectif envers la main-d'œuvre domestique. M. Dumont-Robillard, Garantir un réel accès à la justice efficace aux travailleuses domestiques migrantes : obstacles systémiques et conceptualisation du droit – perspectives canadiennes et internationales, préc., note 1, p. 106.

40 M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 57.

41 M. Bals, *Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir,* préc., note 16, p. 71, 79 et 111; Diane-Valérie Bilala, *Tout accepter pour la résidence permanente : l'obligation de résider chez l'employeur imposée par le PAFR : une entrave au droit à la liberté et à la sécurité de la personne des travailleuses,* Paris, Connaissances et Savoirs, 2012, p. 10 et 31; M. Carpentier, préc., note 11, p. 64 et 66; M. Chen, préc., note 6, 170 et 181; Eugénie Depatie-Pelletier et Myriam Dumont-Robillard, « Interdiction de changer d'employeur pour les travailleuses migrants : obstacle majeur à l'exercice des droits humains au Canada », (2013) 26-2 *R.Q.D.I.* 163; M. Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?,* préc., note 9, p. 44 et 67; Gabrielle Perras St-Jean, *Résister au quotidien : perspective féministe sur les stratégies des aides familiales migrantes pour contrer l'isolement,* mémoire de maîtrise, Québec, Université du Québec, 2014, p.88. Ces femmes sont victimes, de menaces et de chantage, d'isolement, elles se font confisquer leurs papiers d'identité, etc.

42 M. Bals, *Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir,* préc., note 16, p. 69, 121 et 133; A. Blackett, préc., note 12, 85; M. Chen, préc., note 6, 170; A. Choudry *et al.,* préc., note 11, p. 79; R. Ruth, préc., note 16, 71 et 74. Il s'agit de violations de nombreux droits prévus à la *Loi sur les normes du travail*. *Loi sur les normes du travail,* préc., note 14, art. 40, 52, 55 al. 1, 59.0.1(1), 78 al. 1, 79 et 81.18.

critères juridiques[43]. De plus, la *Convention concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques* – dont le Canada n'est pas Partie - prévoit elle-même que les États doivent « prendre des mesures afin de garantir [...] [aux travailleuses] un accès *effectif* aux divers processus judiciaires internationaux »[44] (nos italiques) et « pour assurer [...] la protection *effectiv*[*e*] des droits humains »[45] (nos italiques) de ces femmes, reconnaissant que cette catégorie de travailleuses éprouve des difficultés à revendiquer leurs droits et que ceux-ci sont souvent peu effectifs. Il convient ainsi de faire un survol des raisons qui peuvent être à l'origine de ces écarts entre ce qui est prévu *de jure* et ce qui se passe *de facto*. Voyons comment les normes sociales sexuées, de même que les différents rapports sociaux peuvent se refléter au sein du système juridique de manière à entraver l'application du droit.

1.3 – LE RAPPORT DU DROIT AUX NORMES SOCIALES

[14] Comme l'explique Pierre Noreau, en faisant référence à la sociologie, « aucune norme juridique ne peut s'imposer sans être elle-même fondée sur l'état des rapports sociaux, au sein de la collectivité où cette norme a été établie »[46]. Autant le droit produit des effets sociaux, autant il est le produit de la société, il évolue et est fortement influencé par le contexte duquel il émerge, de même que par les autres normes présentes au sein de la société[47]. Le droit est ainsi fortement influencé par ces rapports et va les « incorporer [...], les institutionnaliser et participer [...] à leur reproduction »[48]. En tenant compte du contexte duquel le droit actuel a émergé et en appréhendant les effets de celui-ci sur le droit, il est possible de comprendre que « l'élaboration du droit est empreinte des valeurs, des rapports sociaux de sexe d'une époque donnée, en

43 M. Dumont-Robillard, Garantir un réel accès à la justice efficace aux travailleuses domestiques migrantes : obstacles systémiques et conceptualisation du droit – perspectives canadiennes et internationales, préc., note 1, p. 35.

44 OIT, Convention concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, 16 juin 2011, 100e session CIT, Genève (entrée en vigueur le 5 septembre 2013), art.16.

45 *Id.,* art. 3(1) .

46 Pierre Noreau, « Voyage épistémologique et conceptuel dans l'étude interdisciplinaire du Droit », dans P. Noreau (dir.), *Dans le regard de l'autre,* Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 165, à la page 173. En effet, certains auteurs considèrent le droit comme étant un phénomène social et qu'il est construit. Emmanuelle Berhneim, « Prendre le droit comme un « fait social » - La sociologie du droit *par* et *pour* elle-même », *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 93 .

47 Emmanuelle Berhneim, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques? », (2011) 67-2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1, 8 (n° 12) ; Emmanuelle Berhneim, « Prendre le droit comme un « fait social » - La sociologie du droit *par* et *pour* elle-même », préc., note 45, à la page 100.

48 J. Roux, préc., note 20, (n° 2).

l'occurrence particulièrement androcentrée »[49], ce qui peut provoquer l'oubli des besoins particuliers des femmes en droit et remettre en question son universalité[50]. Louise Langevin et Valérie Bouchard estiment notamment que le « système juridique, comme d'autres institutions, maintient et reproduit les rapports de domination entre les hommes et les femmes »[51] et que ceci a pour conséquence, en plus de perpétuer les inégalités entre les hommes et les femmes, de les construire[52]. De plus, Michelle Boivin considère que « [l]e droit, entièrement conçu par et pour des hommes depuis des siècles, a véhiculé jusqu'à tout récemment une vision masculine, [et donc androcentrée] [...], du monde, y compris de la Femme, [et] de son rôle dans la société »[53], ce qui résulte notamment des effets sur le droit des rapports sociaux de sexe. C'est la raison pour laquelle certaines auteures considèrent que par le fait que le système juridique a été conçu par des hommes et de manière à répondre à leur réalité, tel que dans le cadre de leur emploi qui se déroule dans la sphère publique contrairement aux femmes, il peine à entendre les revendications des femmes et à s'appliquer à la réalité celles-ci, ce qui contribue à leur invisibilité et à leur subordination[54]. Ce sont notamment de ces constats que certaines questions, quant à l'effectivité du droit, ont été soulevées.

[15] Comme l'affirme Hillary Charlesworth, « [l]es expériences et préoccupations des femmes ne se traduisent pas aisément dans le langage juridique étroit et individualiste des droits humains »[55]. Le droit semble également répondre davantage aux besoins des femmes blanches, de classe moyenne et occidentalisées, et ne paraît pas en mesure de comprendre la diversité et de saisir la réalité particulière des femmes se trouvant au croisement de plusieurs facteurs identitaires. Les

49 Annie Junter et Caroline Ressot, « La discrimination sexiste : les regards du droit », (2010) 3-114 *Revue de l'OFCE* 65, 67 (n 7).

50 L. Langevin et V. Bouchard, préc., note 5, 559. Hilary Charlesworth estime en effet que l'État, et notamment le droit, « ne peu[vent] pas être perçu[s] comme [des] institution[s] neutre[s] et objective[s] qui serai[en]t en mesure de répondre de manière appropriée aux inégalités réelles entre la vie des femmes et celles des hommes ». Hilary Charlesworth, « Le sexe de l'État en droit international », dans H. Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international,* Paris, Éditions A. Pedone, 2013, p. 159, à la page 164.

51 L. Langevin et V. Bouchard, préc., note 5,

52 Id., 558 .

53 Michelle Boivin, « Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36 *C. de D.* 27, 30.

54 L. Langevin et V. Bouchard, préc., note 5, 556; J. Roux, préc., note 20, (n 16). En effet, « [i]l en va du droit comme des autres disciplines : il y a omission des femmes, doublée d'une représentation dépréciative des femmes ». M. Boivin, « Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit », préc., note 5, 383. Le droit semble en effet davantage adapté aux emplois de production, majoritairement occupés par les hommes et peu adapté aux emplois dits « féminins ».

55 Hilary Charlesworth, « Que sont les « droits des femmes » en droit international? », dans H. Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international,* Paris, Éditions A, Pedone, 2013, p. 95, à la page 99.

travailleuses domestiques peuvent ainsi éprouver des difficultés à entrer dans certaines catégories juridiques qui répondent à la réalité des hommes ou de femmes qui n'appartiennent pas à plusieurs groupes sociaux à la fois. Les études sur les travailleuses ont effectivement démontrées que ces femmes devaient « tenter de s'immiscer dans des catégories légales préexistantes, à travers de multiples instruments épars, qui ne répond[ai]ent que partiellement à leur situation particulière »[56]. Par exemple, une travailleuse qui voudrait contester la discrimination dont elle est victime, devrait rattacher sa revendication à l'un des motifs prohibés par les *Chartes*[57]. Cependant, elle pourrait éprouver des difficultés, puisque ces motifs sont fortement imbriqués et difficilement séparables. Hors, cette conception juridique de la discrimination pourrait priver cette travailleuse d'un véritable accès à la justice[58]. En effet, Colleen Sheppard estime que « [l]es catégories juridiques sont rarement suffisantes pour traiter la multitude des problèmes sociaux auxquels elles s'appliquent »[59] (notre traduction). Ainsi, les violations des droits de ces femmes semblent tenir autant des rapports sociaux auxquels elles sont assujetties, - rapports qui se manifestent par la dévalorisation de ce type d'emploi[60] et qui se reflètent au sein du système juridique engendrant une certaine sous-réglementation de ce domaine - qu'à la nature spécifique de l'emploi domestique qui se déroule dans la sphère privée, et qui de ce fait, se réglemente difficilement[61] puisque le droit ne semble pas en mesure de saisir les particularités des emplois féminisés et peu « traditionnels ». De plus, de nombreuses auteures soulèvent que les conditions d'immigrations auxquelles sont assujetties les travailleuses, telles que l'obligation *de facto* imposées aux travailleuses de vivre chez

56 M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 94.

57 Supra, note 10.

58 Sheppard explique que « l'énumération fermée des motifs de discrimination figurant dans les chartes entretient le traitement séparé de ces motifs, comme si chaque personne ne pouvait subir qu'une forme de discrimination à la fois. Sirma Bilge et Olivier Roy, «La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », (2010) 25 *Canadian Journal of Law and Society* 51, 53. Duclos mentionne que « [c]e n'est que lorsque l'on est immergé dans le monde du droit que la race et le sexe sont extraits de la personne dans son ensemble et deviennent des catégories discriminatoires qui s'excluent mutuellement ». Nitya Duclos, « Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases », (1993) 6 *Can. J. Women & L.* 25, 33 (notre traduction).

59 Colleen Sheppard, « Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach », (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 893, 894 (notre traduction). Nitya Duclos a également « estimé qu'il était probable que nos lois ne répondent pas de manière adéquate aux expériences distinctives du racisme et du sexisme vécues par les femmes appartenant à une minorité raciale » (notre traduction). N. Duclos, préc., note 57, 28.

60 M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 135; R. Ruth, préc., note 16, 87 et 88 .

61 Observation générale n 1 sur les travailleurs domestiques migrants, préc., note 6, ¶ 26; M. Dumont-Robillard, Garantir un réel accès à la justice efficace aux travailleuses domestiques migrantes : obstacles systémiques et conceptualisation du droit – perspectives canadiennes et internationales, préc., note 1, p. 25 et 35; Meagan Miller, Claiming a life of performance: Filipina caregiver's migration experiences in Canada's live-in caregiver program, Montréal, Department of Sociology, Université McGill, 2011, p.32 et 36; M. Paloma, préc., note 31, 38 (n° 14).

l'employeur et les permis de travail restrictifs[62], sont en quelque sorte responsables du manque de protection juridique à leur égard et des difficultés liées à l'application du droit, notamment des protections prévues au droit du travail[63]. En effet, Dumont-Robillard stipule que « [l]e droit du travail peine [...] à s'adapter à l'éclatement de [cet] emploi ayant pour conséquence de laisser un nombre grandissant de travailleu[se]s en marge de ce système de protection et les privant par le fait même d'un véritable accès à la justice »[64].

2 – L'UTILISATION PROSPECTIVE DE L'APPROCHE PAR LES *CAPABILITÉS*

[16] Par théorie des *capabilités* ou approche par les *capabilités*, nous faisons référence ici aux concepts mis de l'avant par Amartya Sen et Martha Nussbaum. Afin d'obtenir un cadre de référence davantage pertinent et exhaustif, nous avons opté pour une combinaison des visions de Sen et de Nussbaum. Leurs approches respectives sont relativement similaires et reprennent essentiellement la même logique. De plus, par l'application complémentaire de ces deux visions, il est possible de puiser dans les forces de l'une pour contrer les failles et les limites de l'autre. Ainsi, pour pallier au manque de clarté et de précision[65] du concept de *capabilité* développé par Sen, il est possible de recourir à la liste des dix *capabilités* centrales développée par Nussbaum et qui constitue une référence essentielle pour comprendre ce que les deux auteurs entendent par *capabilités*. Nous reviendrons ultérieurement sur les *capabilités* centrales au moment de discuter des apports de l'approche au domaine du droit, quant à la protection des droits des travailleuses

[17] Il existe deux principales manières d'appliquer l'approche par les *capabilités,* soit la manière évaluative ou la façon prospective. Sabina Alkire mentionne que l'utilisation évaluative consiste à effectuer « des évaluations comparatives des états des choses en comparant les

62 Les travailleuses ne peuvent travailler que pour l'employeur inscrit sur le permis de travail temporaire. *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés,* DORS/2002-227 (Gaz. Can. II), art. 185.

63 D. Gesualdi-Fecteau, préc., note 1, 258. Myriam Bals explique en effet que les travailleuses migrent avec un statut de travailleuses temporaires et que ce statut « les cantonne dans le travail de 'domestique résidante' [...] ce qui les prive pendant plusieurs années de certains droits et protections fondamentaux ». M. Bals, « Un programme de main-d'œuvre pathogène : le programme pour les domestiques étrangères », préc., note 6, 158. Elsa Galerand mentionne également que de nombreuses « dispositions dérogatoires au droit commun du travail [...] sont juridiquement sanctionnées par le programme d'immigration ». Elsa Galerand, « Quelle conceptualisation de l'exploitation pour qu'elle critique intersectionnelle ? », (2015) 28-2 *Recherches féministes* 179, 191 (n° 31).

64 M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 13.

65 Ingrid Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », (2007) 26-2 *Nouvelles Questions Féministes* 45, 47 et 51 (n 8 et 17) .

capabilités et les libertés »[66] (notre traduction), ce qui peut se révéler particulièrement utile pour comparer le niveau de bien-être d'individu et démontrer, par exemple le niveau de liberté de chacun. Malgré la pertinence de cette méthode d'application, puisque nous désirons favoriser les *capabilités* des travailleuses et réfléchir sur le développement d'un cadre normatif permettant de répondre davantage à leur réalité, la seconde méthode d'application semble davantage appropriée. Ainsi, comme l'explique Alkire, « [u]ne application prospective de l'approche par les capabilités [...] est un ensemble de politiques, d'activités et de recommandations qui, à un moment donné, sont considérées comme les plus susceptibles de générer une expansion considérable des capabilités »[67], donc de droits comme nous le verrons par la suite. Par cette approche prospective, nous désirons nous questionner sur les actions qui pourraient être entreprises en complémentarité du domaine juridique, afin de générer davantage de *capabilités* chez les femmes et par le fait même, de faciliter la mise en œuvre de leurs droits.

2.2. LA THÉORIE DES *CAPABILITÉS* DE SEN ET NUSBAUM

[18] Avant, de discuter de l'utilité de la théorie des *capabilités* dans le domaine juridique, et plus spécifiquement de son utilité dans l'élaboration de normes qui soient sensibles aux questions féministes, il convient d'expliquer en quoi consiste cette approche.

[19] La théorie des *capabilités* comprend deux concepts centraux, soit les *capabilités* (*capabilities*) et les *fonctionnements* (*functioning*). Les premières représentent « les possibilités réelles des personnes d'être ce qu'elles aimeraient être et de faire ce qu'elles aimeraient faire »[68]. Il s'agit essentiellement d'un ensemble de possibilités et d'options, constituant les divers *fonctionnements*[69] qu'une personne peut choisir de réaliser de manière effective. Les *fonctionnements* représentent ainsi ce qu'une personne désire faire ou être et se manifestent sous la forme d'actions entreprises par la personne, suite à la mise en œuvre d'une ou de

66 Sabina Alkire, « Using the capability approach : prospective and evaluative analyses », dans Flavio Comim, *The Capability Approach : Concepts, Measures and Applications*, Leiden, Cambridge University Press, 2008, p. 26, à la page 30 .

67 *Id*.

68 I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 45 (n 2).

69 Martha Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, coll. « Climats », Paris, Flammarion, 2012, p. 39; Amartya Sen, *Repenser l'inégalité,* coll. « Histoire immédiate », Paris, Éd. du Seuil, 2000, p. 66, 79 et 122; Amartya Sen, *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté,* Paris, Odile Jacob, 2003, p. 106.

plusieurs *capabilités*[70]. Par exemple, les *capabilités* pourraient représenter l'ensemble des droits réels des travailleuses, et parmi ceux-ci elles pourraient choisir de mettre en œuvre certains de ces droits de façon effective, ce qui représenterait les *fonctionnements*.

[20] La théorie vise à déterminer « ce que chaque personne est capable de faire et d'être »[71], en évaluant « ce qu'elle est vraiment en mesure de faire, qu'elle choisisse ou non de le faire »[72]. Ainsi, l'approche ne se focalise pas sur le « résultat final » ou sur les *fonctionnements* réalisés, mais plutôt sur les possibilités réelles que les individus possèdent – possibilités parmi lesquelles un individu peut choisir une option qu'il valorise et réaliser cette dernière[73]. Tel que se questionne Sen : « Pouvons-nous juger les possibilité que nous avons sur le seul constat que nous nous trouvons […] dans la situation que nous aurions choisie, sans nous demander s'il y avait ou non d'autres options de valeur que nous aurions pu choisir si nous l'avions voulu ? »[74]. Sen préconise de se concentrer sur le « résultat global » et d'étudier la manière dont les choix sont faits par les personnes, en tenant compte « des autres solutions qu'elle[s] aurai[en]t pu choisir, dans les limites de [leur] capacité réelle à le faire »[75]. Dans le but de démontrer l'importance de se concentrer sur le « résultat global » plutôt que sur le « résultat final », Sen appuie ses propos en prenant l'exemple de deux individus ne se nourrissant pas. Ces deux individus ont les mêmes fonctionnements, puisqu'ils ne se nourrissent pas. Cependant, le premier individu, ayant fait le choix de jeûner, possède un ensemble de *capabilités* nettement plus riche que le second, qui est victime de la famine et qui n'a pas la possibilité de manger parmi les *capabilités* qui sont à sa disposition[76]. Ainsi, en se focalisant sur le

70 I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 45 (n 2); M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 45; A. Sen, *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté,* préc., note 68, p. 106. Les fonctionnements peuvent représenter « le fait de savoir lire et écrire, […] d'être en bonne santé, d'avoir reçu une éducation, […] d'avoir un bon travail ». I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 45 (n 2). Comme l'explique Sen, une personne peut choisir des *fonctionnements* plutôt simples, alors qu'une autre peut préférer des *fonctionnements* qui sont plus complexes, tels qu'avoir une bonne estime de soi, vivre une vie digne, participer à la vie de la communauté. Alexandre Bertin, « Quelle perspective pour l'approche des capacités », (2005) 2 *Revue Tiers Monde* 385, 392 (n 19); A. Sen, *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté,* préc., note 68, p. 105 et 106 .

71 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 37 .

72 A. Sen, *L'idée de justice,* Paris, Flammarion, 2010, p. 288.

73 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 37; A. Sen, Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté, préc., note 68, p. 105.

74 A. Sen, *L'idée de justice,* préc., note 71, p. 282.

75 *Id.,* p. 283 .

76 Martha Nussbaum, Femmes et développement humain : l'approche des capabilités, Paris, Des femmes – Antoinette Fouque, 2008, p. 133; A. Sen, Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté, préc., note 68, p. 106 .

« résultat global », il est possible d'évaluer si les droits formels des femmes sont effectifs et s'ils se retrouvent « réellement » dans leur ensemble de *capabilités*. Comme nous le verrons, les possibilités faisant parties de l'ensemble des *capabilités* de chaque individu, sont corrélées avec la capacité de ce dernier à convertir ses ressources, ses biens ou ses droits formels en diverses *capabilités*. En effet, les *capabilités* représentent « des possibilités créées par une combinaison de capacités personnelles et d'un environnement politique, social et économique »[77] qui vont différer d'un individu à l'autre.

[21] Figure 1 : Schéma de l'approche par les capabilités[78]

2.3. LA PRISE EN COMPTE DES *CAPABILITÉS* DANS UN CONTEXTE FÉMINISTE ET JURIDIQUE

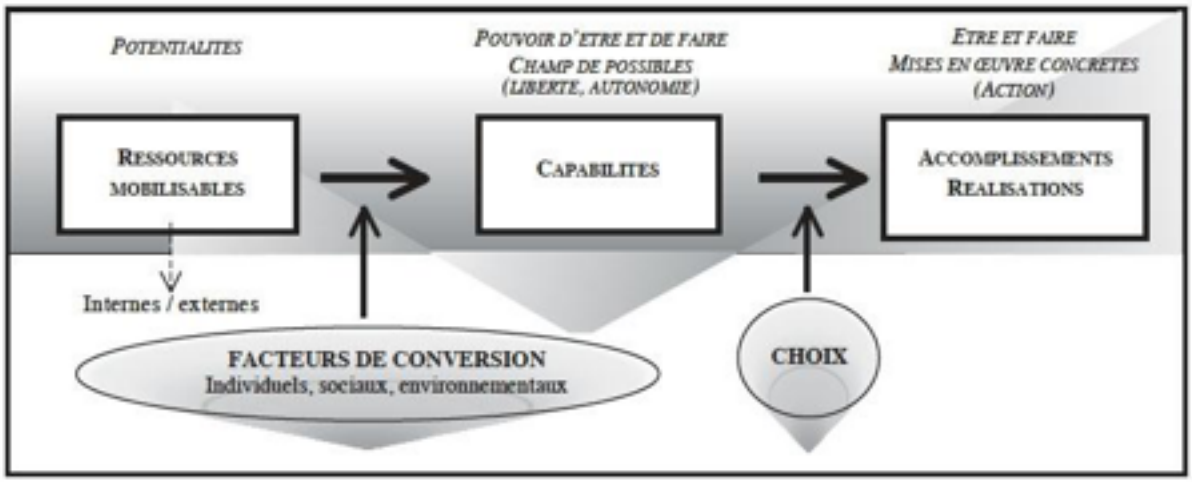
[22] La méthode juridique dite positiviste a été critiquée par les féministes dans le cadre de la protection des droits des femmes[79]. Comme nous l'avons vu, les normes sociales ont un impact considérable sur le droit et peuvent représenter un obstacle à sa mise en œuvre. Ainsi, le savoir issu de d'autres disciplines, telles que les sciences sociales, peut apporter un

77 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 39 .

78 Fernagu-Oudet Solveig, « Chapitre 14. Favoriser un environnement « capacitant » dans les organisations », dans Étienne Bourgeois (dir.) et Marc Durand, *Apprendre au travail,* Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 201, à la page 205.

79 Laurence Côté-Lebrun, *L'impact des revendications féministes dans les réformes du code du travail,* mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université du Québec à Montréal, 2017, p. 44; Violaine Lemay, Samia Amor, Benjamin Prud'Homme et Takwa Souissi, « L'interdisciplinarité comme instrument d'efficacité accrus en matière de protection des minorités par le droit : jeunesse chômeuse et femme musulmane face aux périls du sens commun », dans Eugénie Brouillet et Louis Philippe Lambron (dir.), *La mobilisation du droit et le pluralisme communautaire,* Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 235, à la page 236.

éclairage nouveau en droit de manière à favoriser son application et à



dépasser les limites de l'approche juridique[80].

[23] Il convient maintenant d'évaluer de qu'elle manière la théorie des *capabilités* peut être utile à une meilleure reconnaissance des droits humains chez les travailleuses et comment elle peut être appliquée de façon complémentaire à l'approche juridique, de manière à rendre cette dernière plus sensible aux préoccupations féministes.

2.3.1. LA RÉPONSE DE L'APPROCHE AUX PRÉOCCUPATIONS FÉMINISTES

[24] Certains auteurs[81] s'étant attardés à l'étude de cette théorie dans un contexte féministe, tel qu'Ingrid Robeyns, ont constaté que l'approche « a un énorme potentiel pour répondre aux préoccupations et aux questions féministes »[82] (notre traduction), puisqu'elle est en mesure, contrairement à d'autres théories de la justice, de tenir compte des différences, de prendre en compte les revendications de droits, mais également de saisir les impacts du genre et les inégalités entre les sexes[83]. L'approche des

80 Sandrine Chassagnard-Pinet, « La science du droit dans son rapport aux sciences humaines et sociales. Approche historique et comparée », dans S. Chassagnard-Pinet, Pierre Lemay et Céline Regulski, *Droits, arts, sciences humaines et sociales : (dé) passer les frontières disciplinaires,* Paris, LGDJ lextenso éditions, 2013, p. 39, à la page 47; Régis Lanneau, « L'interdisciplinarité comme questionnement; penser et dépasser (?) les limites des approches juridiques traditionnelles », dans Eleonora Bottini, Pierre Brunet et Lionel Zevounou, *Usages de l'interdisciplinarité en droit,* Presses universitaires de Paris Ouest, 2014, p. 35, aux pages 39 et 45; Priscilla Taché, Hélène Zimmermann et Geneviève Brisson, « Pratiquer l'interdisciplinarité en droit : l'exemple d'une étude empirique sur les services de placement », (2011) 52 *C. de D.* 519, 544 (n° 47).

81 Des Gasper et Irene van Staveren, « Development as Freedom – and as What Else? », (2003) 9-2/3 *Feminist Economics* 137; Mozaffar Quizilbash, « Sen on freedom and Gender Justice », (2005) 11-3 *Feminist Economics* 151.

82 Ingrid Robeyns, « Sen's capability approach and gender inequality : selecting relevant capabilities », (2003) 9-2/3 *Feminist Economics* 61, 62 (notre traduction) .

83 Id., 67 ; A. Sen, Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté, préc., note 68, p. 89.

droits humains a notamment été critiquée pour son manque d'effectivité, son androcentrisme, ainsi que pour sa difficile adaptation aux diverses cultures et à la diversité[84], alors que la théorie des *capabilités* est en mesure de corriger certains des défauts de l'approche des droits humains en considérant davantage les questions liées à la race, au sexe et à la diversité, par exemple[85]. D'après Robeyns, trois aspects de l'approche par les *capabilités* en font une théorie pertinente pour aborder les questions féministes, à savoir « sa focalisation sur les *fonctionnements* et les *capabilités* ; le rôle clé donné à la diversité humaine ; et sa relation à l'individualisme »[86].

[25] En mettant l'accent sur les *fonctionnements* et les *capabilités*, l'approche permet d'étudier les fins plutôt que les moyens pour arriver au bien-être[87]. Il s'agit d'un aspect important, puisque les individus peuvent posséder des droits formels identiques et ne pas être en mesure de générer des *capabilités,* étant donné qu'ils « n'ont pas toutes les mêmes aptitudes à convertir les ressources [, les biens, les droits formels et les services] en des *fonctionnements* »[88] qui soient utiles pour eux. Il peut s'agir par exemple de l'existence d'un droit *de jure*, mais qui ne s'applique pas *de facto* comme nous l'avons vu avec le cas des travailleuses. Cette aptitude à la conversion, telle que la capacité à convertir des droits en *capabilités*, varie d'une personne à l'autre en fonction de caractéristiques qui lui sont inhérentes et qui sont d'ordres sociale, environnementale ou personnelle[89]. Il s'agit ici des trois facteurs de conversion qui vont influencer considérablement la capacité des individus à convertir, par exemple, leurs droits formels en des *capabilités* pouvant être potentiellement réalisées, soit le réel exercice de leurs droits. Robeyns

84 Marie-Hélène Abel, *Analyse féministe des droits de la femme : l'épreuve de la théorie non idéale,* mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des arts et des sciences, Université de Montréal, 2013, p. 65 et 68; Martha Nussbaum, « Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice », (2003) 9-2/3 *Feminist Economics* 33, 36 et 37. À l'instar du droit, « les théories dominantes sont très androcentriques dans le sens où, explicitement ou implicitement, leurs caractéristiques sont 'masculines', c'est-à-dire qu'elles sont valorisées par les normes de masculinité des idéologies de genre dominantes ». I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 48 (n 11). De plus, Johanna Bond explique que l'approche des droits humains ne peut traiter des formes de violations des droits humains qui sont complexes. Johanna E. Bond, « International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations », (2003) 52 *Emory Law Journal* 71, 72.

85 M.-H. Abel, préc., note 83, p. 65 et 68; M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 92; M. Nussbaum, « Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice », préc., note 83, 36.

86 I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 47 (n° 9).

87 *Id.,* 48 (n° 11) .

88 Id.

89 Nicolas Farvaque, « L'approche alternative d'Amartya Sen : réponse à Emmanuelle Bénicourt », (2005) 3-27 *L'Économie politique* 38, 41 (n° 7); *Id.,* 46 (n 3 à 5). Robeyns explique que « le concept de *capabilités* reconnaît [...] l'importance des structures sociales qui affectent différemment les différents groupes ». I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 49 (n° 13) .

considère que les facteurs de conversion sociaux « sont déterminés par un certain nombre d'aspects de la société, tels que les institutions sociales, [...] les normes sociales (y compris les normes de genre [...]), les traditions et le comportement d'autrui (par ex. les stéréotypes, les préjugés, le racisme, le sexisme, [...] etc.) »[90]. Les facteurs environnementaux découlent de l'environnement dans lequel vit une personne[91] et les facteurs personnels « sont déterminés par les caractéristiques individuelles, mentales ou physiques »[92] des individus. Robeyns explique que les femmes ont un taux de conversion inférieur et que la discrimination est un élément qui peut considérablement agir sur la capacité à convertir les ressources ou les droits lorsqu'il est question du genre[93]. En effet, les femmes, notamment les travailleuses domestiques, sont plus sujettes aux facteurs de conversion négatifs qui « renvoient aux mécanismes [...] qui freinent [...] la mobilisation [...] des droits formels »[94], tels que les inégalités, la discrimination et les stéréotypes dont elles sont victimes.

[26] C'est par la reconnaissance de l'influence des structures sociales sur les individus et la prise en compte des caractéristiques mêmes d'individus différents les uns des autres, que l'approche par les *capabilités* accorde une place importante à la diversité. Sen reconnaît lui-même qu' « [i]l est difficile d'imaginer que les personnes vivant en société puisse penser, choisir ou agir sans être influencées par la nature et le fonctionnement du monde qui les entoure »[95]. Comme il a été expliqué précédemment, il convient de saisir les différences qui existent entre les femmes, de même que leurs expériences particulières, afin de répondre efficacement à leur réalité et d'opter pour des normes qui puissent assurer une protection effective de leurs droits humains. L'approche des *capabilités* est en effet

90 I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 46 (n° 3).

91 *Id.,* 46 (n° 4).

92 *Id.,* 46 (n° 5).

93 *Id. ;* Ingrid Robeyns « Sen's capability approach and feminist concerns », dans Flavio Comim, *The Capability Approach: Concepts, Measures and Applications*, Leiden, Cambridge University Press, 2008, p. 82, à la page 97. Notamment, la pauvreté combinée aux inégalités liées au genre se traduit par un manque de *capabilités*. I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 56 (n° 24). Il a été démontré que selon les conditions sociales dans lesquelles vivaient les femmes, elles possédaient des *capabilités* inégales qui faisaient en sorte qu'elles avaient moins de richesse et d'éducation. M. Nussbaum, *Femmes et développement humain : l'approche des capabilités,* préc., note 75, p. 14 et 15.

94 France Picard, Annie Pilote, Michel Turcotte, Gaële Goastellec et Noémie Olympio, « Opérationnaliser la théorie de la justice sociale d'Amartya Sen au champ de l'orientation scolaire : les apports d'une étude multicas qualitative et comparative », (2015) 37-3 *Mesure et évaluation en éducation* 5, 10 (n° 8).

95 A. Sen, *L'idée de justice,* préc., note 71, p. 299.

soucieuse des types de discrimination particuliers vécus par les femmes[96] et par cette prise en compte de la diversité, elle représente un cadre de référence pertinent pour les questions féministes et pourrait permettre de mieux comprendre certaines réalités sociales que le droit ne peut saisir. En effet, à travers différentes études, les féministes ont pu constater que les contraintes chez les femmes étaient plus fortes, de manière à réduire leur ensemble de *capabilités*[97] - phénomène qui peut expliquer le problème d'application du droit chez les travailleuses. De plus, comme l'estime Robeyns, la diversité doit occuper une place particulièrement importante au sein de toute théorie qui n'est pas androcentrique et qui se veut sensible aux particularités des hommes et des femmes[98].

[27] Ce qui fait de la théorie des *capabilités* un cadre de référence sensible aux questions féministes est le fait qu'il s'agit d'une approche individualiste. Il ne s'agit pas ici d'une forme d'individualisme méthodologique, mais plutôt d'un individualisme normatif ou éthique[99]. Contrairement à l'individualisme méthodologique qui ne prend en compte que les individus et leurs caractéristiques, l'individualisme éthique considère les individus comme une unité et cherche à évaluer les effets des institutions ou des structures sociales sur ces individus[100], soit en fonction de leur importance sur leur bien-être. Robeyns estime qu' « il est nécessaire que les femmes [...] se voient reconnaître le droit qui leur est dû et ne soient pas assimilés au bien-être du ménage »[101] (notre traduction). Par la non-intervention de l'État au sein de la sphère privée, sphère à l'intérieure de laquelle se déroule le travail domestique, - un problème soulevé quant aux problèmes d'application du droit chez les travailleuses[102] - il est difficile de repérer les violations des droits qui se produisent au sein du ménage[103] comme nous l'avons vu antérieurement. Cependant, l'approche permet de pallier à ce problème, puisqu'elle

96 Sakiko Fukuda-Parr, « The Human Development Paradigm: Operationalizing Sen's Ideas on Capabilities », (2003) 9-2/3 *Feminist Economics* 301, 314.

97 M. Nussbaum, *Femmes et développement humain : l'approche des capabilités,* préc., note 75, p. 14 et 15; I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 56 (n° 24).

98 I. Robeyns « Sen's capability approach and feminist concerns », préc., note 92 , à la page 88.

99 I. Robeyns, « Le concept de capabilités d'Amartya Sen est-il utile pour l'économie féministe? », préc., note 64, 49 (n° 15); *Id.,* à la page 90.

100 I. Robeyns « Sen's capability approach and feminist concerns », préc., note 92, à la page 90.

101 *Id.,* à la page 92 (notre traduction).

102 M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 17; I. Georges, préc., note 21, 62 (n° 8).

103 Jade Freedman et Jérôme Valluy, *Persécutions des femmes : savoirs, mobilisations et protections,* coll. « Terra », Broissieux, Éditions du croquant, 2007, p. 17; L. Langevin et V. Bouchard, préc., note 5, 561; M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 197.

sollicite qu'il y ait intervention lorsque les droits sont violés dans toutes les sphères, qu'elles soient publique ou privé[104], ce qui répond davantage aux besoins des travailleuses.

2.3.2. LE LIEN ENTRE LES *CAPABILITÉS* ET LES DROITS HUMAINS

[28] Afin d'appliquer l'approche par les *capabilités* en complémentarité de l'approche juridique, il convient d'étudier les points en commun entre ces deux approches et d'analyser les connaissances que l'approche juridique peut tirer de cette théorie.

[29] Comme l'affirme Pierre Goldstein et Nussbaum elle-même, l'approche par les *capabilités* peut être considérée comme une théorie des droits humains[105]. Nussbaum explique que sa conception des *capabilités* les rend « très étroitement apparentées aux droits humains [puisque celles-ci] [...] couvrent le terrain occupé à la fois par les droits dits de 'première génération' (libertés politiques et civiques) et par les droits de 'seconde génération' (droits économiques et sociaux) »[106]. En étudiant la liste des *capabilités* centrales de Nussbaum, qui sera présentée ultérieurement, il est possible de constater qu'elles représentent essentiellement des droits humains garantis par de nombreux instruments juridiques, notamment internationaux[107]. Par la similitude existante entre les droits et les *capabilités* et par le fait que les droits formels qui ont pu être convertis se retrouvent dans l'ensemble des *capabilités* d'une personne, – représentant ainsi ses droits réels - Goldstein estime qu' « [i]l est bon de concevoir les 'droits' en terme de 'capacités' et de parler des 'capacités' en terme de 'droits' »[108]. Ainsi, c'est en étudiant les droits présents dans l'ensemble de *capabilités* des travailleuses domestiques qu'il sera possible de déterminer les droits qu'elles possèdent réellement, qui sont effectifs et qu'elles ont la possibilité de valoriser. De plus, Nussbaum souligne que les *capabilités* centrales de sa liste peuvent contribuer à l'élaboration de principes politiques et aider à

104 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 97.

105 Pierre Goldstein, *Vulnérabilité et autonomie dans la pensée de Martha C. Nussbaum,* coll. « Philosophies 213 », Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 66; M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 38 et 91; M. Nussbaum, « Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice », préc., note 83, 36. Nussbaum affirme que « l'approche par les capabilités est [...] un moyen précieux d'aborder la question des droits fondamentaux, une solution particulièrement pertinente pour les questions d'égalité des sexes ». M. Nussbaum, « Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice », préc., note 83, 36.

106 M. Nussbaum, Femmes et développement humain : l'approche des capabilités, préc., note 75, p. 146.

107 Nussbaum considère que les *capabilités* de sa liste, « recoupent substantiellement les droits humains reconnus par la Déclaration universelle et d'autres instruments des droits humains ». M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 91.

108 P. Goldstein, préc., note 104, p. 72.

l'interprétation des droits humains[109] lorsqu'ils ne sont pas suffisamment spécifiés, par exemple au sein des textes législatifs ou de la jurisprudence.

[30] C'est notamment par ce devoir de respect des droits, préconisé au sein de la théorie des *capabilités*, que cette approche représente un cadre de référence pertinent en matière de protection des droits humains. L'approche, principalement appliquée de façon prospective, se veut instigatrice de droits humains qui soient effectifs et qui n'existent pas seulement « sur le papier »[110]. L'approche met l'accent sur la liberté positive et la création de réelles opportunités[111]. Nussbaum estime que « penser en termes de capabilités nous donne un repère quand nous réfléchissons à ce qu'est garantir un droit à quelqu'un »[112]. Les États doivent en effet permettre le développement de *capabilités* qui peuvent être réalisées de façon effective, c'est pourquoi, suivant cette approche, les droits représentent des opportunités que l'État octroi aux individus de manière à générer davantage de *capabilités*[113]. Comme Nussbaum le souligne,

> *« l'approche s'attache aux injustices et inégalités sociales enracinées, en particulier aux manques qui tiennent à la discrimination ou à la marginalisation. Elle prône une tâche pressante pour le gouvernement et les politiques publiques : améliorer la qualité de vie de tous les individus, c'est-à-dire l'ensemble de leurs capabilités. »*[114]

[31] Puisque l'approche a comme objectif d'obliger les gouvernements à garantir et à protéger les *capabilités*[115], et par conséquent les droits réels, elle pourrait permettre de réduire l'écart entre le droit écrit et le droit vivant de manière à rendre les droits humains garantis aux travailleuses davantage effectifs. Nussbaum explique qu'en vertu de sa théorie, une personne a réellement un « droit uniquement s'il existe des mesures effectives pour l[a] rendre véritablement capabl[e] »[116] de l'exercer dans la réalité. L'auteure prend l'exemple des femmes qui possèdent le droit de participer à la vie politique, mais qui n'ont pas ce droit dans la réalité,

109 *Id.,* p. 106.

110 *Id.,* p. 72.

111 D. Gasper and I. van Staveren, préc., note 80, 140; M. Quizilbash, préc., note 80, 152.

112 M. Nussbaum, Femmes et développement humain : l'approche des capabilités, préc., note 75, p. 148.

113 *Id.,* p. 73.

114 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 37.

115 *Id.,* p. 224 .

116 M. Nussbaum, Femmes et développement humain : l'approche des capabilités, préc., note 75, p. 148.

puisqu'elles ne peuvent quitter leur foyer[117] et que l'État ne prend pas de mesures les rendant « capables d'une pratique politique »[118]. Ainsi, l'objectif de l'approche est d'inciter les gouvernements à développer des possibilités, mais également des *capabilités* qui sont « fertiles » et qui peuvent permettre le développement de d'autres capabilités et ainsi de droits. C'est essentiellement pour cette raison que l'approche doit être en mesure d'évaluer les différents facteurs qui peuvent restreindre les possibilités, de manière à adopter des mesures concrètes qui permettent le développement de possibilités, et par surcroit, de normes et de droits qui puissent répondre à la réalité des femmes.

2.4. LES *CAPABILITÉS* CENTRALES DU NUSSBAUM ET LEUR UTILITÉ EN DROITS HUMAINS

[32] Puisque nous désirons comprendre précisément de qu'elles *capabilités* il est question lorsque nous faisons références au concept de *capabilités* centrales ou, comme Nussbaum les appelle, les *capabilités combinées*[119], nous avons convenu de présenter la liste complète des dix *capabilités* élaborée par Nussbaum. Pour l'auteure, les *capabilités* ci-dessous sont si importantes « que leur absence [de l'ensemble des *capabilités*] rend la vie indigne »[120] :

> *« 1. **Vie**. Avoir les moyens de vivre jusqu'à la fin une vie d'une durée normale [...].*
>
> *2. **Santé physique**. Avoir les moyens de jouir d'une bonne santé, y compris la santé reproductive ; avoir une alimentation convenable ; avoir un logement décent.*
>
> *3. **Intégrité physique**. Avoir les moyen de se déplacer librement d'un endroit à l'autre ; que son corps soit considéré comme souverain, i.e. avoir les moyens d'être protégé contre les agressions, y compris les agressions sexuelles, les abus sexuels sur mineurs et la violence domestique ; avoir la possibilité de jouir d'une sexualité satisfaisante et du choix en matière de reproduction.*
>
> *4. **Sens, imagination et pensée**. Avoir les moyens d'utiliser ses sens, d'imaginer et de raisonner – et de la faire d'une façon « véritablement humaine » grâce à une éducation adaptée comprenant l'alphabétisation ainsi qu'une formation mathématique et scientifique élémentaire, mais en aucune façon limitée à celles-ci. [...] Avoir les moyens de faire fonctionner son esprit dans un cadre où sont*

117 *Id*.

118 *Id*.

119 Les *capabilités combinées* représentent « des capabilités internes *combinées* à des condition externes adaptées à l'exercice de la fonction ». *Id.*, p. 129.

120 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 54.

garanties la liberté d'expression dans les domaines politique et artistique et la liberté de la pratique religieuse [...].

*5. **Émotions**. Avoir les moyens d'éprouver de l'attachement pour des objets et des personnes extérieures à nous-mêmes [...] (soutenir cette capabilité signifie soutenir des formes d'association humaine dont on peut considérer le développement comme crucial)*

*6. **Raison pratique**. Avoir les moyens de se forger une conception du bien et de s'engager dans une réflexion critique sur la façon de conduire sa vie. (Cela implique de protéger la liberté de conscience.)*

*7. **Affiliation**. **A.** Avoir les moyens de vivre avec les autres et d'être ouvert à eux, de montrer de la sollicitude envers les autres êtres humains, de nous engager dans diverses formes d'interaction sociale; [...] (Protéger cette capabilité signifie protéger les institutions qui forment et encouragent de telles formes d'attachement, et aussi protéger la liberté de réunion et d'expression politique). **B.** Avoir les bases sociales pour le respect de soi-même et l'absence d'humiliation [...] Ce qui implique, au minimum, d'être protégé contre la discrimination fondée sur la race, le sexe, l'orientation sexuelle, la religion, la caste, l'appartenance ethnique, ou l'origine nationale. [...]*

*8. **Autres espèces.** Avoir les moyens de vivre en se souciant des animaux, des plantes et de la nature, et en relation avec eux.*

*9. **Jeu.** Avoir les moyens de rire, de jouer et de s'adonner à des activités récréatives.*

*10. **Contrôle de son environnement. A. Politique.** Avoir les moyens de participer effectivement aux choix politiques qui gouvernent notre vie ; avoir le droit de participer à la vie politique, à ce que la liberté de parole et d'association soit protégée. **B. Matériel.** Avoir les moyens de détenir des biens (tant fonciers que meubles), non pas de façon seulement formelle, mais effectives ; avoir des droits de propriété sur une base d'égalité avec les autres ; avoir le droit de chercher un emploi sur une base d'égalité avec les autres ; ne pas subir de perquisition ni de saisie injustifiées. »*[121]

[33] Ces *capabilités combinées* représentent des *capabilités internes* – c'est-à-dire des états qui se développent chez la personne[122] - « auxquelles s'ajoutent les conditions sociales, politiques et économiques où le fonctionnement correspondant peut effectivement être choisis »[123]. Ce

121 M. Nussbaum, Femmes et développement humain : l'approche des capabilités, préc., note 75, p. 120 à 123.

122 *Id.*, p. 128.

123 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 41.

sont ces *capabilités* – qui sont fortement liées aux droits humains - que les États doivent précisément promouvoir, afin qu'un minimum de droits humains puissent être garantis aux travailleuses, ce qui ne semble pas être le cas actuellement d'après les études relatant leur situation précaire.

[34] Nussbaum mentionne notamment, que « [t]out usage du concept de capabilités à des fins de normes juridiques et de politiques publiques doit en fin de compte reposer sur une position substantielle, qui déclare certaines capabilités importantes »[124]. Notons que toutes les *capabilités* qui rendent la vie digne sont importantes et qu'elles représentent des droits essentiels. Cependant, dans le cadre du présent article, afin d'illustrer comment les capabilités peuvent améliorer la reconnaissance des droits des travailleuses domestiques migrantes, ainsi que leur mise en œuvre, nous avons fait le choix de recourir à l'exemple de l'éducation qui s'applique bien au cas de ces femmes. L'éducation représente non seulement ce type de *capabilité* importante[125], puisqu'elle favorise la dignité et l'autonomie, mais elle représente également une *capabilité* dite « fertile » qui permet l'émergence de d'autres *capabilités* chez les femmes[126], ce qui peut faciliter la mise en œuvre de leurs droits. La promotion de l'éducation représente ainsi un devoir des États, afin de garantir davantage de droits aux femmes. Nussbaum stipule que

> *« [l]'éducation [...] transforme les capacités des individus en capabilités internes de différents types [...]. Elle est également essentielle au développement et à l'exercice de nombreuses autres capabilités : c'est un « fonctionnement fertile » de la plus haute importance pour affronter la question des inégalités. »*[127]

[35] La réalité de nombreuses femmes à travers le monde se caractérise par un manque de *capabilités*, mais également par un manque d'éducation[128] ou un difficile accès à l'information. Les travailleuses

124 *Id.,* p. 49.

125 Les droits de propriété, le crédit de même que l'accès à l'emploi sont également des possibilités offertes par l'État qui peuvent permettre d'accroître les *capabilités* des femmes. M. Nussbaum, *Femmes et développement humain : l'approche des capabilités,* préc., note 75, p. 406.

126 P. Goldstein, préc., note 104, p. 57; Philippe Hugon, « La scolarisation et l'éducation : facteurs de croissance ou catalyseur du développement », (2005) 4-132 *Mondes en développement* 13, 20 (n 20); M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 136 et 205; M. Nussbaum, *Femmes et développement humain : l'approche des capabilités,* préc., note 75, p. 124; Martha Nussbaum, « Women's Education: A Global Challenge », (2004) 29 *Signs* 325; France Picard, Noémie Olympio, Jonas Masdonati et Marcelline Bangali, « Justice sociale et orientation scolaire : l'éclairage de l'approche par les « capabilités » d'Amartya Sen », (2015) 44-1 *varia* 1, (n 16), en ligne : < https://journals.openedition.org/osp/4515 > (consulté le 29 novembre 2018); Ingrid Robeyns, « Three Models of Education: Rights, Capabilities and Human Capital », (2005) 4-1 *Theory and Research in Education* 69, 78.

127 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 205.

128 D. Gasper et I. van Staveren, préc., note 80, 142; S. Fukuda-Parr, préc., note 95, 315.

domestiques, à leur arrivée au Canada, sont confrontées à la barrière de la langue et à un manque d'informations qui les empêchent de se prévaloir de leurs droits, ce qui est du notamment au manque de connaissances à propos d'un système juridique étranger, mais aussi par la transmission de fausses informations de la part de leur employeur ou des agences de placement qui gèrent leur arrivée[129]. Elles vont souvent confondre les normes du travail et les institutions de l'immigration et craindre de porter plainte afin de ne pas perdre leur statut de migrantes[130]. Elles sont également victimes d'isolement, une méthode utilisée par les employeurs, afin qu'elles ne puissent pas discuter avec d'autres personnes et en apprendre plus sur leurs droits et sur les façons de les revendiquer[131]. Dalia Gesualdi-Fecteau, qui a étudié la situation des travailleuses domestiques, estime que pour favoriser l'effectivité du droit chez les travailleurs étrangers temporaires, il convient de miser sur l'amélioration des connaissances de cette catégorie de travailleurs à propos de leurs droits et recours[132]. De plus, au sein du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*[133], qui a été adopté récemment, le troisième objectif mise sur l'accès à l'information pour les migrants. Il a été reconnu au sein de ce pacte que les migrants doivent être informés sur leurs droits et obligations, sur les coûts liés à l'immigration, les critères pour obtenir un permis de travail, ainsi que sur leur accès à la justice[134].

[36] Nous saisissons ainsi toute l'importance de promouvoir la *capabilité* de l'éducation chez les femmes, et que cette promotion prenne la forme de recommandations, de normes juridiques ou d'actions prises concrètement par les États. En appliquant la théorie des *capabilités* de façon prospective, nous comprenons que le gouvernement doit faire des actions concrètes qui peuvent favoriser l'éducation des femmes, afin d'élargir leur champ de possibilités. Comme l'explique Nussbaum, un gouvernement qui « ne donne pas aux femmes l'éducation et la formation

129 M. Bals, Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir, préc., note 16, p. 87 et 114; M. Dumont-Robillard, L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?, préc., note 9, p. 23 et 37; M. Paloma, préc., note 31, 49 (n° 62).

130 En effet, Myriam Bals explique que les travailleuses croyaient que les Normes du travail étaient liées aux institutions de l'immigration et qu'« [e]lles pensaient que porter plainte au Normes du Travail apparaîtrait dans le dossier d'Immigration et entraînerait le rejet automatique de leur demande de résidence permanente ». M. Bals, *Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir*, préc., note 16, p. 87 et 88.

131 M. Bals, Les domestiques étrangères au Canada : esclaves de l'espoir, préc., note 16, p. 79; M. Chen, préc., note 6, 170.

132 D. Gesualdi-Fecteau, préc., note 1, 280.

133 Assemblée générale, Conférence intergouvernementale charge d'adopter le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, Doc. N.U. A/CONF.231/3, (30 juillet 2018).

134 *Id.,* objectif 3.

nécessaires pour gagner leur vie [...] est responsable de l'indignité qu'[elles] subissent »[135]. À travers les écrits de différents auteurs, il est possible de constater que l'éducation favorise, chez les femmes, non seulement l'autonomie[136], mais qu'elle augmente les possibilités d'emploi[137], la participation à l'action politique[138], qu'elle assure un meilleur accès au système juridique et facilite la revendication de leurs droits, etc[139]. Toutes ces nouvelles possibilités peuvent améliorer leurs conditions, puisque l'accès à l'emploi peut également favoriser le travail des femmes à l'extérieur du foyer et contrer leur isolement, ce qui peut favoriser leur droit à des conditions de travail justes, leur droit d'association, leur droit à la liberté, mais également leur pouvoir de négociation[140] en discutant avec d'autres femmes à propos de leur réalité. En effet, l'éducation représente « [l]'un des moyens les plus efficaces de favoriser le contrôle des femmes sur leur environnement ainsi que leur droit réel »[141]. Le gouvernement doit ainsi consacrer des ressources et des efforts à la promotion de l'éducation et de l'accès à l'information pour ces femmes[142]. Il ne s'agit pas ici de garantir un droit à l'éducation sur « papier », mais bien de prendre des mesures pour que les travailleuses aient un meilleur accès à la connaissance. Il s'agit de leur offrir un outil leur permettant de développer par elles-mêmes leurs opportunités et leur autonomie[143], mais aussi de leur donner les moyens pour mieux comprendre leur situation et prévenir les abus.

[37] Cette approche peut ainsi se révéler être un instrument pour le droit afin d'appréhender la réalité, dans le but de développer des recommandations et de favoriser la mise en œuvre d'actions concrètes,

135 M. Nussbaum, Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?, préc., note 68, p. 95.

136 P. Goldstein, préc., note 104, p. 58; F. Picard, N. Olympio, J. Masdonati et M. Bangali, préc., note 125, (n 16).

137 M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 136 et 207; M. Nussbaum, « Women's Education: A Global Challenge », préc., note 125.

138 Id. ; M. Nussbaum, Femmes et développement humain : l'approche des capabilités, préc., note 75, p. 124; Id., 334.

139 M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 136; M. Nussbaum, « Women's Education : A Global Challenge », préc., note 125, 334.

140 *Id.* ; M. Nussbaum, *Femmes et développement humain : l'approche des capabilités,* préc., note 75, p. 124; *Id.,* 332. En effet, « l'éducation représente un vecteur de l'augmentation des capabilités réelles de personne, car elle renforce l'autonomie et l'émancipation de tous, y compris ceux vivant dans un environnement restrictif [...] elle aide à l'affranchissement de tels environnements restrictifs en libérant les choix du poids des contraintes sociales ou institutionnelles et parce qu'elle influe sur l'étendue des libertés des personnes ». F. Picard, N. Olympio, J. Masdonati et M. Bangali, préc., note 125, (n 16).

141 M. Nussbaum, *Femmes et développement humain : l'approche des capabilités,* préc., note 75, p. 124. « [L]'éducation est considérée comme absolument essentielle à la dignité, à l'égalité et aux chances des êtres humains ». M. Nussbaum, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, préc., note 68, p. 207.

142 M. Nussbaum, « Women's Education : A Global Challenge », préc., note 125, 328.

143 A. Sen, Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté, préc., note 68, p. 253.

telles que la promotion de l'éducation, afin de générer des *capabilités* et d'augmenter l'étendue des possibilités des femmes pour qu'elles puissent revendiquer leurs droits.

3. CONCLUSION

[38] En somme, en effectuant un retour sur certains concepts permettant de mieux saisir la réalité sociale des travailleuses domestiques migrantes, nous avons pu constater qu'elles étaient assujetties à un type de discrimination particulier, conduisant à une expérience de la discrimination et de l'oppression bien singulière pour ces femmes. En complétant notre analyse sur les rapports sociaux, il a été possible d'appréhender la très grande diversité de ces femmes, mais également la diversité de leurs expériences. Cette approche de la diversité a permis de saisir les raisons qui rendent le droit difficilement applicable à ces femmes et qui compliquent leur accès à la justice. En faisant un survol de la littérature sur la question, nous avons constaté que le droit était particulièrement androcentrique et ethnocentrique, notamment pas le fait qu'il a été conçu pour et par les hommes occidentaux, mais également parce qu'il est le produit des normes sociales et des valeurs véhiculées dans la société, reproduisant de surcroît les inégalités sociales, mais également les rapports de domination, d'oppression et de marginalisation. En saisissant davantage le contexte duquel a émergé le droit, il nous a été possible de mieux comprendre certains problèmes quant à son effectivité à propos de l'écart existant entre le droit écrit et le droit vivant chez les travailleuses.

[39] Suite à ces observations, nous en sommes venus à réfléchir sur la façon d'apporter un éclairage nouveau dans le domaine des droits humains, afin de rendre compte de cette diversité et d'assurer un meilleur degré d'effectivité du droit pour les travailleuses domestiques. L'utilisation de l'approche par les *capabilités* a été retenue, notamment en raison de son rapprochement idéologique avec certaines valeurs féministes, mais également par sa prise en compte de la diversité et des inégalités. La théorie est également considérée comme une approche des droits humains, puisque les *capabilités combinées* de Nussbaum sont elles-mêmes représentées comme étant les droits et les possibilités réelles des individus et peuvent se révéler utile pour interpréter le droit au moment où il y a des lacunes. Afin d'améliorer le degré d'effectivité des droits humains et de permettre l'émergence de *capabilités* chez les travailleuses,

nous nous sommes penchés sur l'utilité d'une application prospective de l'approche, dans l'objectif d'identifier les actions concrètes que le gouvernement peut mettre en œuvre pour favoriser l'émergence de *capabilités*, et donc de droits. En s'appuyant sur l'exemple de l'éducation, nous avons pu démontrer de quelle manière cette *capabilité* pouvait être mise de l'avant par le gouvernement, afin de développer d'autres possibilités et de permettre à ces femmes l'exercice effectif de leur droit à leur arrivée au pays. Considérant cette approche, les femmes seraient davantage en mesure de revendiquer leurs droits et de les faire respecter, puisqu'elles bénéficieraient de plus d'opportunités. Ainsi, l'approche se présente en quelque sorte comme un outil qui permet essentiellement au droit de « voir » certaines réalités qui lui échappe, afin de mieux adapter les normes juridiques à la réalité sociale pour laquelle elles sont développées.