

Assemblée nationale du Québec
Commission des institutions
41^e législature, 1^{ère} session

Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 62, Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes

Observations sur le mémoire de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse

Maxime St-Hilaire
Professeur adjoint
Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

4 novembre 2016

Plan

Introduction, p. 3

1. La thèse du caractère discriminatoire des services publics à visage découvert, p. 3

2. La thèse du caractère injustifié de la discrimination, p. 6

3. Le caractère problématique d'une protection systématique des symboles religieux, p. 7

Conclusion, p. 7

Introduction

À en croire un article du *Devoir*¹, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec aurait, devant la Commission des institutions mardi dernier, « réduit en pièces » le projet de *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes*, soit le projet de loi no 62 de la présente session de l'Assemblée nationale.

Dans ce mémoire, la Commission fait de nombreuses remarques avec lesquelles je suis en accord. Il s'agit par exemple de sa recommandation no 1 d'inscrire à la proposition de loi un renvoi à la « primauté » de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Commission relève aussi un certain nombre de dispositions du PL 62 faisant double emploi avec la Charte québécoise et sa jurisprudence ou susceptibles de générer l'ambiguïté. En revanche, la Commission semble soutenir trop faiblement certaines thèses, en droit positif notamment, mais pas exclusivement.

Mes critiques porteront sur les trois points suivants: (1) la thèse selon laquelle les deux premiers alinéas de l'article 9, relatif aux « services à visage découvert », seraient discriminatoires; (2) la thèse selon laquelle cette discrimination ne saurait être justifiée en vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise; (3) l'interprétation critique des dispositions interprétatives de l'article 13.

1. La thèse du caractère discriminatoire des services publics à visage découvert

Relativement à l'article 9, la Commission « s'interroge quant à la distinction qu'introduit le projet de loi en traitant des obligations relatives à l'exercice de fonctions et la réception de services [publics] à visage découvert et des règles d'accommodement qui s'appliquent à cet égard dans le cadre d'une section particulière ». Sur ce point justement, à la différence de la Commission, on pourrait au contraire vouloir insister sur l'intérêt de la distinction, en se montrant nettement plus sévère, a priori, à l'égard de l'interdiction visant la réception de services publics par les administrés qu'à celle visant la prestation de tels services par les fonctionnaires des organismes désignés par le projet de loi (article 2). D'autre part, prônant plutôt une approche au cas par cas, la Commission tient pour discriminatoire une interdiction systématique de donner ou de recevoir des services publics à visage découvert, et ce, d'une manière qu'elle qualifie d'indirecte. Bien que la Commission se préoccupe des personnes « visées » par le projet, sa thèse avouée est bien celle de la discrimination par les effets plutôt que par l'objet. Son lecteur reste néanmoins avec une légère impression de « procès d'intention » qui, ici, pourrait correspondre à un amalgame discutable avec l'ancien projet de loi no 60, celui de « Charte des valeurs ». La Commission écrit que:

En 2010, dans le cadre de ses commentaires sur le Projet de loi n° 94 [...], [elle] avait « exprimé son malaise face à un projet de loi qui vise, de façon indirecte [...] un groupe particulier de personnes qui pour des motifs religieux ont le visage couvert, à savoir les femmes musulmanes portant le niqab ». [...] Après avoir étudié de nouveau la question dans le cadre de l'étude du Projet de loi n° 60 présenté en 2013, la Commission en est venue à la même conclusion. [...] Or, après analyse du Projet de loi n° 62, force est de constater que l'état actuel du droit en la matière nous mène aux mêmes constats.

¹ <http://www.ledevoir.com/non-classe/483661/neutralite-de-l-etat-la-commission-des-droits-de-la-personne-juge-le-projet-de-loi-62-discriminatoire>

Par contre, si, comme le suggère l'expression « viser de façon indirecte », il est ici authentiquement question des seuls effets à prévoir, force est de constater que les femmes musulmanes seraient tout particulièrement touchées. La jurisprudence relative au droit à l'égalité « dans la reconnaissance et l'exercice des droits » que garantit l'article 10 de la Charte québécoise autoriserait ainsi éventuellement à conclure à discrimination. Mais justement, pour ma part, et comme la Cour suprême l'a demandé à plusieurs reprises, je militerais plutôt en faveur d'un arrimage de cette jurisprudence avec un arrêt plus récent relatif au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit de l'arrêt *Taypotat*², qui insiste enfin sur l'exigence de démontrer l'arbitraire de la différence de traitement en cause afin de prouver la discrimination.

En effet, sans cesse reformulé par la Cour suprême du Canada, le test de vérification d'une atteinte au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la Charte canadienne se décline en deux grandes étapes cumulatives qui, depuis l'arrêt *Taypotat* de 2015, peuvent être décrites sous la forme des questions suivantes. La mesure en cause représente-t-elle une atteinte à première vue au droit à l'égalité en créant, directement ou indirectement, une distinction ayant un effet négatif « disproportionné » sur une ou plusieurs personnes appartenant à un groupe correspondant à une ou plusieurs bases discriminatoires, énumérées ou analogues. Dans l'affirmative, la mesure en cause est-elle véritablement discriminatoire en se trouvant, pour ne pas répondre à la réalité des capacités et besoins des membres du groupe, à renforcer ou autrement perpétuer un désavantage qui soit à la fois systémique (historico-social) et arbitraire.

Concernant la première étape, il faut savoir qu'une distinction, c'est-à-dire une différence de traitement, n'a pas à être prévue explicitement dans le texte qui consigne la mesure. Que celle-ci ait pour *effet* d'opérer une distinction suffira. Dans la mesure où, conformément à l'idée d'égalité réelle qui sous-tend l'ensemble de l'article 15 de la *Charte canadienne*, notre jurisprudence reconnaît qu'« un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »³, il est logique qu'elle se donne les moyens de lever le voile formel du texte sur de possibles distinctions réelles⁴.

Suivant la jurisprudence, une base analogue aux bases énumérées de discrimination correspond à « une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »⁵. L'orientation sexuelle⁶, l'état civil, l'état matrimonial⁷, la situation familiale⁸, la manière dont on a été conçu⁹, la citoyenneté et le fait, pour un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*, de vivre à l'extérieur plutôt qu'à l'intérieur

² *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 RCS 548.

³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, p. 164.

⁴ Dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, la CSC a eu l'occasion de relever que « [l]es exigences en matière de cotisation du [Régime de pensions du Canada], qui, à première vue, appliquaient les mêmes règles à tous les cotisants, avaient un effet différent sur les personnes qui veulent travailler mais ne peuvent pas le faire en raison d'une déficience ». [par. 43]

⁵ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, par. 13.

⁶ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493 ; *R. v. Nguyen*, 2015 ONCA 278.

⁷ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418.

⁸ *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, par. 50 ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 RCS 695.

⁹ *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480, par. 36.

d'une réserve¹⁰, par exemple, sont des motifs analogues reconnus¹¹. En lien avec le paragraphe précédent, relevons que ce n'est pas parce qu'une distinction qui est faite dans le texte d'une mesure ne coïncide sous cette *apparence* à aucune base discriminatoire qu'elle ne peut pas avoir une telle coïncidence pour *effet*. Une distinction explicite peut très bien n'être neutre, en l'occurrence non discriminatoire, qu'en apparence, pour correspondre en pratique, par ses effets, à une base énumérée ou analogue de discrimination. La preuve de tels effets n'a pas toujours à être empirique, statistique par exemple, mais jamais elle ne saurait consister en une simple « accumulation d'intuitions »¹².

Encore faut-il s'assurer, avant de passer à la seconde étape, que la distinction correspondant à une ou plusieurs bases discriminatoires énumérées ou analogues est défavorable à, c'est-à-dire porteuse d'un effet négatif « disproportionné » sur, ceux qu'elle vise et qui appartiennent à un groupe qui se définit sur l'une ou plusieurs de ces bases¹³. La Cour suprême a eu l'occasion de rappeler combien il était ici important de situer généralement l'analyse comparative dans un contexte plus large que celui de la comparaison qui a permis de déceler une distinction, donc un contexte plus large que celui auquel, le plus souvent, la partie qui conteste la mesure cherchera à faire continuer de se limiter l'analyse¹⁴. En pratique, cela veut dire qu'il faudrait ici souvent apprécier la situation de la partie qui conteste la mesure non seulement à la lumière de celle-ci, mais à celle d'ensemble du programme dont cette mesure peut faire partie. Il est ainsi possible qu'une mesure précise ne soit moins favorable à une catégorie de personnes que parce que, dans un souci d'équilibre des prestations, elle tient compte des avantages dont profite par ailleurs cette catégorie aux termes d'un programme social dont elle fait partie. En d'autres termes, il faut savoir situer la mesure dans son contexte programmatique¹⁵. À l'inverse, il est possible que, située dans le contexte systématique et historique de la loi dont elle relève, une mesure qui paraissait neutre lorsque prise isolément se révèle discriminatoire, par exemple en se trouvant à avantager un groupe en comparaison duquel un autre a été reconnu être désavantagé de manière discriminatoire¹⁶.

Quant à la **seconde étape**, elle sert précisément – malgré la malencontreuse introduction du mot « disproportionné » au sein de la première étape par l'arrêt *Taypotat* – à distinguer entre, d'une part, un traitement qui, même sur une base de différenciation énumérée ou analogue, défavorise une catégorie de personnes plutôt qu'une autre de manière rationnelle et donc juste, sur la base du mérite, des capacités ou des besoins réels par exemple, et, d'autre part, un traitement qui, sans

¹⁰ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203. En revanche, la question de savoir si le fait d'habiter dans une réserve était une base de discrimination n'a pas été tranchée :

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, [2015] 2 RCS 548, par. 26.

¹¹ Dans l'affaire de l'*Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson*, [1998] 3 RCS 157, par. 28, par exemple, la Cour suprême, à la différence de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest qui avait répondu par la négative, n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si la résidence provinciale peut être tenue pour un « motif analogue » à ceux énumérés au par. 15(1).

¹² *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 RCS 548, par. 34.

¹³ Malheureusement, les tribunaux amalgament souvent cet élément de la première étape avec la seconde étape. L'arrêt *Withler c. Canada*, [2011] 1 RCS 396, fournit un exemple de mesure qui, tout bien considérée, a été jugée ne pas défavoriser outre mesure ceux qui la contestaient sur la base du par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

¹⁴ *Withler c. Canada*, [2011] 1 RCS 396, par. 40. Bien qu'aucune mention n'y soit faite, cet arrêt se trouve ici à désavouer l'approche de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 RCS 429, par. 37-38 et 60.

¹⁵ *Withler c. Canada*, [2011] 1 RCS 396.

¹⁶ *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555.

être nécessairement animé d'une intention inégalitaire, se trouve à défavoriser une catégorie de personnes aux dépens d'une autre de manière arbitraire et donc injuste, bref, réellement discriminatoire. L'intérêt de l'arrêt *Taypotat* à cet égard est d'avoir enfin associé nécessairement la notion discrimination à l'idée d'arbitraire, ici conçu comme un décalage entre la norme juridique et la réalité des capacités et besoins des membres de groupes sociohistoriquement désavantagés. Cette conception de l'arbitraire, la jurisprudence antérieure relative au droit à l'égalité ne l'ignorait pas. Elle la connaissait sous les mots de « préjugé » et de « stéréotype ». Seulement, depuis l'arrêt *Québec c. A.*, le seul désavantage sociohistorique était placé au centre de la vérification, de sorte que ces notions de « préjugé » et de « stéréotype » ne faisaient que graviter autour de lui à simple titre d'« indices » facultatifs de l'injustice¹⁷. Autrement dit, la triple rencontre d'une distinction défavorable, d'une base discriminatoire énumérée ou analogue et d'un désavantage sociohistorique suffisait à conclure à l'inégalité en tant qu'injustice. On peut pourtant imaginer qu'une différence de traitement fondée sur l'âge, par exemple, puisse correspondre à un désavantage d'autant sociohistorique que naturel tout en étant parfaitement rationnelle et juste. C'est sans doute le cas des incapacités et autres interdictions (régime de protection, retrait du permis de conduire, etc.) qui peuvent frapper les membres de ce groupe sociohistoriquement désavantagé que forment les personnes âgées. Bref, en voulant aller très loin dans la protection d'un droit à l'égalité « réelle », la juge Abella semblait avoir perdu de vue l'idée de justice. Dans cette même affaire, le juge LeBel était plutôt d'avis que c'était l'éventuel désavantage sociohistorique qui devait facultativement permettre de faciliter la preuve, quant à elle déterminante, d'un préjugé ou d'un stéréotype. En y affirmant, au nom de la Cour, que « [l]e second volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires »¹⁸, la juge Abella, dans l'affaire *Taypotat*, semble avoir corrigé le tir en forgeant une conception plus proprement juridique de l'idée égalitaire.

2. La thèse du caractère injustifié de la discrimination

Dans sa vérification du caractère justifié ou non de l'article 9 proposé, la Commission se fonde largement sur l'arrêt *R. c. N.S.*¹⁹. Lorsqu'il est question d'une restriction qui est apportée par une règle de droit, l'article 9.1 de la Charte québécoise reçoit des tribunaux (en vertu de l'arrêt *Ford*²⁰) le même contenu que le « test de l'arrêt *Oakes*²¹ » (quelque peu remanié depuis que cet arrêt a été rendu) relatif à l'article premier de la Charte canadienne. Toutefois, la Cour suprême du Canada a déjà eu l'occasion d'indiquer que ce test ne s'appliquait pas exactement de la même manière dès lors qu'il s'agit de vérifier la justification d'une restriction qui n'est pas apportée par une « règle de droit » au sens de l'article premier. Cela a été dit dans l'affaire des Hutterites²², où la juge en chef, qui signait des motifs majoritaires, a précisé que, « quand la validité d'une mesure législative d'application générale est en jeu », l'exigence de porter le moins possible atteinte aux droits ne coïncidait pas avec une obligation d'accommodement raisonnable. Les exigences de justification varient aussi lorsque c'est, non pas, techniquement, la Charte

¹⁷ *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 RCS 61, par. 325 (j. Abella, majoritaire sur cette question).

¹⁸ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 RCS 548, par. 20.

¹⁹ *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

²⁰ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

²¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

²² *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

canadienne elle-même qui trouve application, mais le cadre d'analyse de l'arrêt *Doré*²³. C'est encore le cas dans une autre situation où la charte canadienne ne trouve pas application directe²⁴, mais seulement, de manière moins contraignante, ses « valeurs », par exemple à certaines des décisions des tribunaux. Or, dans *R. c. N.S.* justement, l'article premier de la Charte canadienne et le test qui y est relatif ne trouvaient pas application directe, mais un test particulier, adapté à la situation. Une logique d'accommodement a donc pu s'appliquer dans cette affaire dont il n'est pas évident qu'elle doit présider, comme elle le fait ici, dans le mémoire de la Commission, à la détermination du caractère minimal ou non d'une restriction qui serait apportée par une disposition législative.

Avant de conclure au caractère non justifié de la discrimination dont serait porteur l'article 9 du PL 62, la Commission n'a pas seulement concédé la présence d'un lien rationnel entre la mesure dont il est porteur et un objectif légitime. Elle a aussi, dans un premier moment, suggéré que l'objectif ici en cause était illégitime. C'est donc de manière subsidiaire que la Commission conclut à une restriction non minimale. Rappelons au passage qu'il est très rare que les tribunaux nient la légitimité de l'objectif poursuivi par la règle de droit, l'exemple canonique étant l'objectif qui consiste à restreindre un droit, faisant ainsi de la restriction une fin plutôt qu'un moyen²⁵. Si la Commission conclut à l'illégitimité de l'objectif qu'elle estime être poursuivi par l'article 9 du PL 62, c'est, en se fondant sur l'arrêt *R. c. N.S.*, en raison de l'absence de correspondance de cet objectif avec un autre droit de la personne qu'il s'agirait de protéger. De l'avis de la Commission, « la limitation à la liberté de religion qu'imposerait l'article 9 du Projet de loi n° 62 n'est pas justifiable en fonction de cette recherche d'équilibre puisqu'aucun autre droit protégé par la Charte n'est mis en cause par le port du niqab dans de telles circonstances ». Certes, selon l'arrêt *Whatcott*²⁶, la valorisation d'un autre droit que le droit restreint est un facteur militant en faveur de la thèse du caractère minimal de la restriction, mais la jurisprudence relative à l'article premier de la Charte canadienne n'en fait pas une condition de légitimité de l'objectif d'une loi ou disposition législative restrictive d'un droit ou d'une liberté fondamentaux.

Accessoirement, tandis qu'il arrive à la Commission de se fonder sur la jurisprudence étrangère pour appuyer ses thèses, on peut regretter qu'elle ne tienne pas toujours suffisamment compte de cette jurisprudence lorsque celle-ci pourrait militer en faveur de thèses adverses, ne serait-ce que pour y répondre. Dans le cas présent, il aurait peut-être été utile de tenir compte de certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont *S.A.S. c. France*²⁷, où la France a été autorisée à interdire le port du voile intégral dans l'espace public, ou, avec plus de proximité, *Ebrahimian c. France*²⁸, où ce même pays a été autorisé à interdire le port d'une coiffe religieuse à une assistante sociale membre de la fonction publique hospitalière.

²³ Voir Maxime St-Hilaire, « “Dé-Doré” son blason : le déni de justice constitutionnelle de la Cour suprême du Canada », *À qui de droit*, 12 mars 2016 : <https://blogueaquidedroit.wordpress.com/2016/03/12/de-dore-son-blason-le-deni-de-justice-constitutionnelle-de-la-cour-supreme-du-canada/>

²⁴ Voir à ce sujet Maxime St-Hilaire, "Du non-droit de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés", (2015) 45-1-2 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 157-234.

²⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

²⁶ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

²⁷ *Affaire S.A.S. c. France*, arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 1^{er} juillet 2014.

²⁸ *Affaire Ebrahimian c. France*, arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, cinquième section, 26 novembre 2015.

3. Le caractère problématique d'une protection systématique des symboles religieux

L'article 13 du PL 62 envisage que les « mesures prévues par la présente loi ne peuvent être interprétées comme ayant un effet sur les éléments emblématiques ou toponymiques du patrimoine culturel du Québec, notamment du patrimoine culturel religieux, qui témoignent de son parcours historique ». La Commission recommande au législateur de ne pas adopter cette disposition. Je suis d'accord avec cette recommandation, mais trouve seulement les sources de son auteure quelque peu réduites. La Commission rappelle ce qu'elle a déjà consigné dans un document de réflexion de 2008 sur *La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, soit que, à des conditions précises, la présence d'un symbole religieux dans une institution publique peut se révéler non problématique. Elle avait et a encore à mon sens raison de le faire. C'est aussi à bon droit que la Commission précise que « [s]'il est une chose de permettre [au cas par cas] que des institutions publiques affichent des symboles religieux, il en est une autre d'accorder [systématiquement] par voie législative une protection particulière à ceux-ci ». Je déplore seulement que sur cette question les sources de la Commission se limitent pour l'essentiel aux arrêts *Big M Drug Mart*²⁹ et *Mouvement laïc québécois*³⁰ ainsi qu'à l'ouvrage, pourtant fort intéressant, des philosophes Jocelyn Maclure et Charles Taylor, sans prise en compte directe d'affaires étrangères telles que *Town of Greece*³¹, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a admis la constitutionnalité d'une prière précédant les réunions d'un conseil de ville, ou *Lautsi*³², dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a autorisé la présence d'un crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes.

Conclusion

Il est raisonnable de penser que le principe de prestation de services publics à visage découvert dont est porteur l'article 9 du projet de loi qui nous occupe n'est pas discriminatoire au sens du droit québécois et canadien relatif aux droits de la personne, thèse que la Commission aurait dû envisager avec une meilleure volonté. En revanche, le principe de réception de tels services dans les mêmes conditions risque davantage d'être tenu pour discriminatoire, car il est suspect d'arbitraire. En effet, la neutralité religieuse de l'État ne s'applique qu'à l'action étatique.

Le mémoire de la Commission n'évalue pas l'article 9 du projet à la lumière de la liberté de religion, dont il me semble ne pas faire de doute qu'elle serait restreinte par cette disposition si elle devait être adoptée.

Sur la question de savoir si la restriction qu'apporterait le volet « réception » du service public à visage découvert au droit à l'égalité et celle qu'apporterait les deux volets, « réception » et « prestation », du même principe à la liberté de religion seraient justifiables, une bonne compréhension du droit applicable à la justification d'une restriction prenant la forme d'une règle de droit, éclairée de la prise en compte de la diversité des modèles admis par les standards mondiaux³³, suggère fortement une réponse positive.

²⁹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

³⁰ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3.

³¹ *Town of Greece v Galloway*. Voir en ligne : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-696>

³² *Affaire Lautsi et autres c. Italie*, arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 11 mars 2011.

³³ Voir notamment Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2014.