

MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI N° 21 (*LOI SUR LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT*)

Présenté à la Commission des Institutions

de l'Assemblée nationale du Québec

15 mai 2019

par **M^e Pierre BOSSET**

Professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à
Montréal (UQAM)

Résumé

Ce mémoire fournit aux parlementaires un éclairage juridique sur certains des enjeux de droits fondamentaux que soulève le Projet de loi n° 21. La première partie rappelle trois des grands paramètres juridiques qui encadrent le débat, à savoir : le droit à l'égalité, la liberté de religion et la neutralité religieuse de l'État. La deuxième partie aborde le « quoi » et le « comment » du projet de loi. Les principes de la laïcité qui sont énoncés dans l'article 2 sont d'abord commentés. Ils ne s'opposent aucunement au port de signes religieux par des agents de l'État. Cela met en lumière l'absence de liens entre ces principes et les dispositions subséquentes du projet de loi, qui dénaturent les principes de la laïcité. Je discute ensuite en détails du cas des juges, des policiers et des enseignants. Enfin, j'attire l'attention des parlementaires sur le recours qui se veut péremptoire, à titre préventif, aux mécanismes de dérogation aux chartes québécoise et canadienne des droits; ainsi que sur le geste grave et inédit que représenterait la modification, non consensuelle et possiblement forcée, du texte unique dans notre histoire législative qu'est la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

L'auteur

M^e Pierre Bosset est professeur de droit public au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Diplômé des universités de Montréal, d'Essex et de Cambridge, il est entré en 1985 à la Commission des droits de la personne du Québec, dont il a dirigé le service de recherche et de planification de 1998 à 2007. À ce titre, il fut l'auteur d'avis institutionnels qui eurent un grand retentissement, par exemple sur le port de signes religieux à l'école publique et sur la place de la religion dans l'espace public. M^e Bosset a été l'auteur de nombreuses publications scientifiques, au Québec et à l'étranger, sur l'aménagement juridique de la diversité culturelle et religieuse, incluant les notions de neutralité religieuse et de laïcité. Au début des années 2000, M^e Bosset a coordonné le Bilan des vingt-cinq premières années de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Professeur à l'UQAM depuis 2007, M^e Bosset y enseigne les droits et libertés de la personne, le droit constitutionnel et le droit international public. Le professeur Bosset a été membre du comité conseil de la Commission Bouchard-Taylor.

Table des matières

Introduction	4	
I. POUR MIEUX COMPRENDRE LE DÉBAT : LES DROITS EN CAUSE		6
A. La liberté de religion et le droit à l'égalité		6
B. L'obligation de neutralité religieuse de l'État		9
II. ANALYSE DU PROJET DE LOI N° 21	12	
A. Le « quoi » :	12	
1. Les principes de la laïcité	12	
2. L'interdiction des signes religieux :	14	
▪ La notion de « signe religieux »	14	
▪ La magistrature	14	
▪ Les policiers	18	
▪ Les enseignants	20	
▪ Le maintien de certains droits acquis	24	
B. Le « comment » :	25	
1. La dérogation aux chartes québécoise et canadienne		25
2. Les modifications à la <i>Charte québécoise</i>		29
Conclusion et recommandations	36	
ANNEXE :		
Aspects juridiques internationaux	38	

Introduction

Depuis les années 2000, certains pays occidentaux ont légiféré pour limiter ou interdire le port de signes vestimentaires religieux dans ce qu'on appelle sans grande rigueur la « sphère publique »¹. Cette notion est foncièrement vague, tout comme d'ailleurs celle d'espace public. Si certaines de ces interdictions s'appliquent dans des contextes précis, en particulier en milieu scolaire², d'autres s'étendent au personnel de la fonction publique, et d'autres encore au port de vêtements sur la voie publique³. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si ces interdictions visent à répondre à des impératifs de neutralité religieuse, de laïcité, d'égalité des sexes, de dignité humaine, de sécurité publique ou bien encore d'un « vivre ensemble » plus ou moins défini. En France, par exemple, les justifications qui ont été invoquées pour interdire le port de voiles couvrant le visage sur la voie publique n'ont cessé de varier au gré des acteurs, jusqu'à ce que le Conseil d'État finisse par statuer qu'à son avis, seule la sécurité publique pouvait en principe justifier une telle mesure⁴. Tout en rejetant les arguments fondés sur la dignité humaine et sur l'égalité entre les sexes, la Cour européenne des droits de l'homme évoquera, quant à elle, la nécessité de promouvoir le « vivre ensemble » en tant qu'élément indispensable à la vie collective, reconnaissant du même souffle le risque d'abus inhérent à une notion qu'elle-même a qualifié pudiquement de « *flexible* »⁵. Pour sa part, en octobre 2018, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a dénoncé le caractère vague et abstrait de cette notion de vivre-ensemble. Le Comité a estimé qu'un fondement aussi indéterminé ne pouvait servir à justifier une atteinte à une liberté fondamentale, en l'occurrence la liberté religieuse⁶. Pareille valse-hésitation témoigne bien de la difficulté de trouver des justifications qui soient appropriées et intellectuellement cohérentes au soutien de telles interdictions.

Le Projet de loi n° 21, intitulé *Loi sur la laïcité de l'État*, aura-t-il plus de chance avec la notion de « personne en situation d'autorité » qui fonde certaines de ses dispositions? Rien n'est moins sûr. En effet, comme je tenterai de le démontrer dans ce mémoire, ce projet de loi dénature les principes et les exigences de la laïcité et il porte atteinte, à des libertés et droits fondamentaux, d'une manière selon moi injustifiée. Il le fait aussi d'une manière difficilement acceptable, en dérogeant sans aucune nuance à des

¹ Pour un survol: Laura BARNETT, *Signes religieux dans la sphère publique et liberté de religion*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Publication No. 2011-60-F, 25 juillet 2011.

² Par exemple, voir la *Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, *Journal officiel* (France), 17 mars 2004.

³ Toujours pour la France, v. la *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, *Journal officiel*, 12 octobre 2010; ou pour la Belgique, la *Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage*, *Moniteur belge*, 13 juillet 2011. Des interdictions semblables sont en vigueur ou sont envisagées ailleurs, parfois à l'échelle locale. Voir L. Barnett, *op. cit.*, pp. 8-11.

⁴ France, Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010.

⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *SAS c. France*, § 122, CEDH n° 43835/11, 1^{er} juillet 2014.

⁶ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Yaker c. France*, constatations du 22 octobre 2018, n° 2747/2016, CCPR/C/123/D2747/2016.

textes constitutionnels et quasi constitutionnels, en plus de modifier l'un d'eux de façon accélérée et en l'absence d'un consensus parlementaire.

En première partie de ce mémoire, j'expose les enjeux de droits que soulève le port de signes vestimentaires religieux au sein de l'appareil d'État. Par la suite, je commente le « quoi » et le « comment » du Projet de loi n° 21. Mon approche se fonde principalement sur les dispositions des chartes québécoise et, si nécessaire, canadienne des droits. Cependant, lorsque cela est requis, je fais également appel à des principes constitutionnels de base, ainsi qu'aux exigences du droit international dans la mesure où le Québec s'est solennellement engagé à respecter celui-ci⁷.

⁷

V. l'annexe de ce mémoire.

I. POUR MIEUX COMPRENDRE LE DÉBAT : LES DROITS EN CAUSE

Je tiens d'abord à rappeler les principes juridiques qui président à l'interprétation du droit à l'égalité et de la liberté religieuse, en faisant le lien avec ce qui, au-delà du principe même de la laïcité, semble être l'objet principal sinon unique du Projet de loi n° 21: le port de signes vestimentaires religieux par certains « agents » de « l'État ».

A. La liberté de religion et le droit à l'égalité

La notion de religion

La conception de la religion en vigueur dans notre droit valorise les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu⁸. Un État neutre sur le plan religieux doit garder une réserve, en effet, face aux diverses interprétations possibles des textes sacrés. Selon cette sage conception, « *l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir*⁹ ». C'est pourquoi la personne qui invoque sincèrement sa liberté de religion n'est pas tenue de démontrer à l'État l'existence objective d'une obligation, exigence ou précepte religieux : ce serait demander à l'État de devenir l'arbitre des dogmes religieux. Cette personne doit plutôt démontrer que le geste qu'elle souhaite sincèrement accomplir revêt à ses yeux un caractère religieux ou spirituel¹⁰, et qu'une mesure le lui interdisant, ou encore lui imposant un comportement contraire, constitue pour elle une entrave plus que négligeable¹¹ à sa capacité d'agir conformément à ses croyances. Lesdites croyances n'ont pas à reposer sur un précepte religieux officiellement reconnu par une autorité religieuse. Elles n'ont pas non plus à être partagées par une majorité de croyants se réclamant de ladite religion. Cela implique, on le voit, un droit à la dissidence au sein même d'une religion¹².

Les dimensions intérieure et extérieure de la liberté religieuse

La liberté religieuse proprement dite comprend non seulement une dimension **intérieure** (le « for intérieur » : la liberté d'avoir ou non des croyances religieuses, et celle d'en changer), mais aussi une dimension **extérieure**. Cette dernière se traduit par le droit de manifester ces croyances en public et de les mettre en pratique, notamment par le culte, l'enseignement et les pratiques¹³. Il est vain de prétendre refouler dans la vie privée l'expression des croyances religieuses, comme il est parfois prétendu de manière simpliste, car cela revient à nier cette dimension extérieure de la liberté religieuse. À ce

⁸ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 41. Cela vient d'être clairement réaffirmé dans *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] 2 R.C.S. 293 (par. 63-70).

⁹ *Amselem*, par. 50.

¹⁰ *Id.*, par. 43.

¹¹ Voir : *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 804; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 67.

¹² *Amselem*, précitée, par. 43.

¹³ Nations Unies, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, (196) 999 R.T.N.U. 187, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 18(1) (entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976).

propos, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, composé d'experts indépendants, nous rappelle opportunément que le port de « *vêtements ou couvre-chefs distinctifs* » figure parmi les manifestations possibles de la liberté religieuse¹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens, lorsqu'elle considère comme des atteintes possibles à la liberté religieuse certaines interdictions vestimentaires visant, par exemple, le port d'une croix en milieu de travail¹⁵, d'un hidjab en milieu universitaire¹⁶ ou encore d'un sous-turban sikh en milieu scolaire¹⁷. Au Canada, la Cour suprême a accepté d'analyser, tantôt sous l'angle de la liberté religieuse, tantôt sous l'angle de la discrimination, des mesures d'interdiction qui avaient été prises à l'encontre d'un turban au travail¹⁸, d'un kirpan à l'école¹⁹ et d'un niqab en justice²⁰. Et la Cour d'appel du Québec vient d'admettre que l'interdiction faite à une femme de témoigner devant un tribunal avec un hidjab constituait une atteinte à sa liberté religieuse, sans pour autant être justifiée par le décorum ni par un intérêt public prépondérant²¹. Toutes ces décisions judiciaires rendues aussi bien au Québec qu'au Canada et à l'étranger montrent que le port de signes vestimentaires religieux met en jeu non seulement la liberté de religion, mais également le droit à l'égalité.

L'égalité en droit quasi constitutionnel québécois

Le droit à l'égalité que garantit le texte quasi constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne*²² du Québec interdit toute discrimination en milieu de travail, notamment en matière d'embauche, de mutation ou déplacement, de suspension et de renvoi²³. J'exposerai plus loin certaines implications de cette garantie pour le Projet de loi n° 21. La primauté de la *Charte québécoise* sur les autres lois, prévue à l'article 52 de la *Charte*, interdit au législateur, par ailleurs, d'adopter des lois qui seraient discriminatoires. Il faut préciser que ce droit à l'égalité peut être enfreint, soit par une interdiction dirigée spécifiquement contre tel ou tel signe religieux (discrimination **directe**), soit par une interdiction formulée en termes plus génériques mais excluant de manière

¹⁴ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observation générale (n° 22) : le droit à la liberté de conscience et de religion*, Doc. N.U., CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4 (20 juillet 1993), par. 3.

¹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, CEDH n° 48420/10, 15 janvier 2013.

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Leyla Sahin c. Turquie*, CEDH n° 44774/98, 10 novembre 2005.

¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Jasvir Singh c. France*, CEDH n° 25463/08, 30 juin 2009.

¹⁸ *Bhinder c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1985] 2 R.C.S. 561.

¹⁹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.S.C. 256.

²⁰ *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

²¹ *El-Alloul c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611 (CanLII), 10 octobre 2018.

²² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [ci-après : *Charte québécoise*].

²³ *Charte québécoise*, art. 10 et 16 lus ensemble.

disproportionnée les personnes appartenant à certaines religions, en raison de contraintes religieuses propres à ces personnes (discrimination **indirecte**)²⁴.

Un employeur doit tenir compte de la situation de groupes victimes de discrimination dans la formulation même de ses politiques d'emploi : en somme, il doit se montrer proactif dans l'élimination de la discrimination²⁵. La fonction publique québécoise²⁶ de même qu'un très grand nombre d'organismes publics²⁷ sont, eux, tenus par le législateur de mettre en œuvre des programmes d'accès à l'égalité. Ces programmes doivent éliminer les obstacles qui, sous couvert de neutralité, nuisent à la représentation et à l'avancement des personnes qui appartiennent à ces groupes²⁸. Du point de vue de l'employeur, les distinctions fondées sur les qualités ou aptitudes requises par un emploi sont acceptables²⁹. Toutefois, l'employeur doit d'abord avoir épuisé les possibilités d'accommodement raisonnable³⁰. Il lui revient de démontrer qu'un accommodement serait déraisonnable³¹. Les facteurs d'appréciation sont alors d'ordre fonctionnel et font appel au pragmatisme: par exemple, les coûts financiers de l'accommodement envisagé, l'atteinte possible à d'autres droits, ou l'impact sur le fonctionnement, l'exploitation ou encore la mission de l'employeur³².

L'égalité en droit constitutionnel canadien

Quant à la *Charte canadienne des droits et libertés*³³, son article 15 s'adresse spécifiquement au législateur. Cet article prévoit que la loi ne doit faire acception de personne, qu'elle s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur la religion. La discrimination au sens de la *Charte canadienne* n'a pas à être intentionnelle : seul compte l'effet discriminatoire³⁴. Il suffit que la discrimination soit fondée sur des motifs

²⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

²⁵ *Colombie-Britannique (Public Services Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [*Meiorin*]; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (*Grismer*). Voir : Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGGI, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme », dans *Développements récents en droit du travail (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 219.

²⁶ Voir : *Loi sur l'administration publique*, L.R.Q., c. A-6.01, art. 35; *Charte québécoise*, art. 92.

²⁷ Voir : *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, L.R.Q., c. A-2.01.

²⁸ *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*, R.R.Q., c. C-12, r. 0.1 (art. 6).

²⁹ V. l'art. 20 (1^{er} volet) de la *Charte québécoise*.

³⁰ *Meiorin*, précitée; *Grismer*, précitée.

³¹ *Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 559.

³² *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 521. Pour un relevé très exhaustif des critères employés en milieu de travail syndiqué, voir : Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pp. 248-252.

³³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) [ci-après : *Charte canadienne*].

³⁴ *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61.

relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus et qu'elle ait pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfiques et aux avantages offerts à d'autres membres de la société³⁵. C'est ce qu'on appelle [...].

Les limites des droits fondamentaux

Les chartes québécoise et canadienne contiennent des dispositions limitatives qui permettent au législateur de fixer la portée d'un droit et, si nécessaire, d'en aménager l'exercice³⁶. Ces dispositions (l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*) sont le cadre normal et privilégié à l'intérieur duquel le législateur peut rechercher un équilibre entre les droits et libertés et divers intérêts sociaux. Les restrictions admissibles au sens de ces dispositions limitatives doivent répondre à des critères précis : l'importance de l'objectif recherché, la rationalité du moyen choisi par rapport à cet objectif et la proportionnalité de ce moyen, incluant la possibilité d'atteindre l'objectif par des moyens moins attentatoires aux droits et libertés (critère de l'atteinte minimale)³⁷. Dans le cadre judiciaire, c'est à l'État de démontrer au tribunal que ces critères sont bel et bien respectés³⁸.

B. La neutralité religieuse de l'État

L'État est légalement tenu d'être neutre sur le plan religieux et ce, d'abord en vertu des dispositions constitutionnelles qui protègent les libertés fondamentales de religion et de conscience. Dans l'arrêt *Village de Lafontaine*, le juge LeBel, de la Cour suprême, rappelle l'existence de cette « *obligation de neutralité religieuse garante de la tolérance individuelle ou collective*³⁹ ». L'arrêt *Big M Drug Mart*⁴⁰ a consacré en 1985 l'obligation de neutralité qui incombe à l'État en matière religieuse⁴¹. La Cour considérera que l'État avait porté atteinte à la liberté religieuse en reprenant à son compte une interdiction d'origine chrétienne et en avait fait un principe de conduite applicable à l'ensemble des citoyens. En 2017, le législateur québécois a consacré à son tour l'obligation de neutralité religieuse de l'État. Il a alors précisé que le respect de ce principe comprend « *notamment le devoir pour les membres du personnel des organismes publics d'agir, dans l'exercice de leurs fonctions, de façon à ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de*

³⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174-175.

³⁶ *Charte québécoise*, art. 9.1; *Charte canadienne*, art. 1^{er}.

³⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 RCS 650, par. 65.

⁴⁰ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 RCS 295.

⁴¹ Pierre BOSSET, « La neutralité de l'État en matière religieuse: méandres d'une notion », (2017) 51 *R.J.T.* 305-335, pp. 315-317.

l'appartenance ou non de cette dernière à une religion, ni en raison de leurs propres convictions ou croyances religieuses ou de celles d'une personne en autorité⁴² ».

Sens actuel de la neutralité religieuse de l'État

Dans l'arrêt *Ville de Saguenay*, qui condamne la pratique consistant à réciter une prière à l'ouverture des séances d'un conseil municipal, la Cour souligne qu'une société libre et démocratique exige que l'État encourage la libre participation de tous à la vie publique⁴³. Selon la Cour, l'une des finalités de la neutralité religieuse de l'État réside dans la promotion et l'amélioration de la diversité. La neutralité religieuse doit ainsi rester un moyen au service de cette diversité et au service des droits fondamentaux de la personne, et non devenir une fin en soi. La Cour suprême précise que la neutralité religieuse de l'État « *ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent. La neutralité est celle des institutions et de l'État, non celle des individus⁴⁴ »*. Le manquement reproché au devoir de neutralité, poursuit la Cour, exige la preuve « *que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres* ». Il faut alors démontrer « *que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant⁴⁵ »*. La Cour ne choisit jamais ses mots à la légère. Elle prend la peine de préciser dans cet arrêt que l'obligation de neutralité n'est enfreinte que lorsque les représentants de l'État, « *dans l'exercice de leurs fonctions⁴⁶ »*, « *professent, adoptent ou favorisent une croyance à l'exclusion des autres⁴⁷ »* ou encore « *se livrent à une pratique qui contrevient à son obligation de neutralité⁴⁸ »*. Comme on le constate, **toutes ces formulations soigneusement choisies renvoient à la façon dont ces personnes s'acquittent de leurs fonctions, et non à leur seule apparence vestimentaire.**

Dans l'état actuel du droit, la neutralité religieuse de l'État comporte au moins trois dimensions⁴⁹. Premièrement, elle empêche l'État d'imposer une norme de conduite religieuse à l'ensemble des citoyens, comme c'était le cas dans l'affaire *Big M Drug Mart*. Deuxièmement, la neutralité empêche l'État d'user de son autorité pour trancher un point de doctrine religieuse, par exemple en décrétant la validité ou l'invalidité d'une interprétation d'un texte sacré. Comme je l'ai souligné, cela a pour but d'éviter que l'État ait à devenir l'arbitre des dogmes religieux. Enfin, la neutralité empêche l'État de promouvoir une conception religieuse donnée. C'est pourquoi l'État doit s'abstenir de légiférer en ce sens. C'est pourquoi aussi, dans l'exercice de leurs fonctions, les agents

⁴² *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes*, L.R.Q., c. R-26.2.01, art. 4. [Ci-après : *Loi sur la neutralité religieuse de l'État*].

⁴³ *Mouvement laïque québécois c. Ville de Saguenay*, [2015] 2 R.C.S. 3 [Saguenay].

⁴⁴ *Id.*, par. 74.

⁴⁵ *Id.*, par. 83.

⁴⁶ *Id.*, par. 80 et 84.

⁴⁷ *Id.*, par. 84.

⁴⁸ *Id.*, par. 80.

⁴⁹ P. BOSSET, *op. cit.*, pp. 327-329.

de l'État doivent s'abstenir de professer, adopter, favoriser ou défavoriser des croyances religieuses, a-religieuses ou antireligieuses.

Si elle doit un jour considérer de front les accommodements vestimentaires individuels qui, aux yeux de certains, compromettraient la neutralité religieuse de l'État, sans doute la Cour suprême ferait-elle bon usage de la distinction qu'elle-même vient d'établir entre « l'État » et « les individus ». Comme je le montrerai plus loin en examinant le cas des policiers, le plus haut tribunal a déjà refusé d'entendre en appel une décision ayant conclu que la neutralité d'un policier n'était pas entachée par le port d'un turban⁵⁰. Cela laisse entrevoir le scepticisme de la Cour suprême face aux prétentions selon lesquelles le port d'un signe vestimentaire religieux serait en lui-même de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux des citoyens. J'y reviendrai.

Synthèse

En somme, toute restriction imposée par le législateur au port de signes religieux par des agents de l'État sera considérée par les tribunaux comme portant atteinte, a priori, au droit à l'égalité au sens des chartes québécoise et canadienne, ainsi qu'à la liberté de religion dans sa dimension extérieure. Normalement, il appartiendrait alors au Procureur général du Québec de convaincre le tribunal qu'une telle restriction satisferait aux critères d'appréciation des chartes québécoise et canadienne. On gardera à l'esprit que la loi sur la neutralité religieuse de l'État adoptée par l'Assemblée nationale en 2017⁵¹, sans parler de la Constitution, imposent déjà de manière explicite une obligation de neutralité religieuse applicable à de très nombreux agents de l'État. Seul un examen minutieux et très pragmatique⁵² des fonctions de tel ou tel « agent » de « l'État » permettra de déterminer si et dans quelle mesure, au-delà de la neutralité réelle ou substantive qu'exigent déjà la loi et la Constitution, s'impose également une apparence de neutralité sur le plan vestimentaire. Ce qui me conduit à examiner maintenant les dispositions du Projet de loi n° 21.

⁵⁰ Voir : *Grant c. Canada (Procureur général)*, [1995] 1 C.F. 158, confirmé à (1995) 125 D.L.R. (4th) 556 (C.F.A.) (autorisation d'appeler refusée par la Cour suprême, n° 234890, 23 juillet 1997). Voir plus loin, 2^{ème} partie de ce mémoire.

⁵¹ *Loi sur la neutralité religieuse de l'État*, précitée.

⁵² Voir *Osborne c. Canada (Conseil du trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69. Dans cette affaire, la Cour a déclaré inopérantes certaines limitations à la liberté d'expression des fonctionnaires. La loi alors en vigueur imposait une norme de neutralité politique identique à un employé de cafétéria et à un sous-ministre. La Cour a attaché une grande importance au fait que toutes les catégories de fonctionnaires ne comportent pas le même niveau de responsabilités.

II. ANALYSE DES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI N° 21

Je commenterai ici le « quoi » et le « comment » du Projet de loi n° 21.

A. Le « quoi »

Le « quoi » du Projet de loi n° 21, c'est en premier lieu l'énoncé même de la laïcité et des grands principes qui la sous-tendent. En deuxième lieu, c'est la proposition d'interdire le port de signes religieux aux titulaires de certaines fonctions. C'est à partir de trois cas emblématiques (la magistrature, les forces policières et le corps enseignant) que j'aborderai ce dernier point. Mais j'entends d'abord démontrer, tout d'abord, que, du point de vue juridique, il n'existe pas de lien entre les quatre principes de la laïcité qu'énonce l'art. 2 du projet de loi et les mesures d'interdiction que prévoit l'article 6.

1. Les principes de la laïcité (art. 2 du projet de loi)

L'art. 1 du projet de loi dispose que l'État est laïque, et l'art. 2 énonce que cette laïcité repose sur quatre principes:

- la séparation de l'État et des religions;
- la neutralité religieuse de l'État;
- l'égalité entre les citoyens;
- les libertés de conscience et de religion.

Ce dernier énoncé n'est pas dénué de mérite pédagogique; il prend acte, en effet, du consensus de la recherche scientifique quant aux fondements historiques, sociologiques et philosophiques de la laïcité⁵³. Quoique juste, l'énoncé des principes de la laïcité n'apporte cependant aucune pierre nouvelle à l'édifice juridique existant.

Déjà en 1955, la Cour suprême affirmait qu'« *il n'y a pas de religion d'État*⁵⁴ » au Canada. À l'heure actuelle, la **séparation de l'État et des religions** est au Québec un fait accompli aussi bien sur le plan juridique que sur le plan institutionnel. Les derniers vestiges des liens organiques passés entre l'État et l'Église catholique ont en effet disparu à la faveur de la déconfessionnalisation du système scolaire⁵⁵. Ne subsistent plus, aujourd'hui, que certaines pratiques symboliques en voie de disparition, telles que la présence de crucifix ou de croix dans certains édifices publics, ou encore la récitation de prières dans certains conseils municipaux. Ces pratiques ne sont toutefois pas abordées dans le Projet de loi n° 21.

J'ai relaté plus haut l'émergence de l'obligation de **neutralité religieuse** qui incombe à l'État. Comme je l'ai souligné, dans l'application du principe de neutralité

⁵³ Voir : Micheline MILOT, *La laïcité*, Montréal, Novalis, 2008, p. 17-21.

⁵⁴ *Chaput c. Romain*, [1955] RCS 834, à la p. 840.

⁵⁵ Aujourd'hui, s'il existe toujours au sein de l'État québécois, selon la loi, un « comité sur les affaires religieuses », ce comité est tout à fait laïque. Son rôle est de conseiller le ministre de l'Éducation sur les questions complexes touchant la place de la religion dans les écoles, et ses membres ne sont aucunement désignés sur la base de critères confessionnels. *Loi sur l'instruction publique*, LRQ, c. I-13.3, art. 477.18.2 et art. 477.18.3.

religieuse, notre droit distingue l'État de la personne de ses agents (et, à plus forte raison, de celle des citoyens qu'il est appelé à servir). Il est justifié de parler, à cet égard, d'une neutralité positive, qui n'exclut pas la reconnaissance de certaines activités religieuses à des fins d'intérêt public (par exemple, la reconnaissance comme organisme de charité), ni l'expression individuelle des croyances religieuses et ce, tant et aussi longtemps que la conduite de l'agent, dans l'exercice de ses fonctions, conformément à la loi adoptée par l'Assemblée nationale en 2017, ne favorise ni ne défavorise une personne en raison de l'appartenance ou non de cette dernière à une religion, ni en raison de ses propres convictions ou croyances⁵⁶.

L'**égalité** en valeur et en dignité de tous les êtres humains est posée en principe dans la *Charte québécoise*⁵⁷. Chaque droit ou liberté doit pouvoir s'exercer sans discrimination, en plus d'être garanti également aux femmes et aux hommes selon l'article 50.1. Dans la *Charte canadienne*, les droits et libertés sont garantis également aux personnes des deux sexes et ce, « *indépendamment des autres dispositions de la présente charte* » – indépendamment, donc, notamment de l'usage éventuel du mécanisme de dérogation qui existe dans la Charte (j'y reviendrai). L'égalité entre les citoyens peut être considérée comme la « *pierre d'angle*⁵⁸ » des chartes des droits.

Enfin, j'ai souligné plus haut que les libertés fondamentales de **conscience** et de **religion** sont protégées par la *Charte québécoise* depuis 1975 et par la *Charte canadienne* depuis 1982. Cependant, ces libertés sont reconnues dans notre droit depuis bien avant ! En effet, depuis 1859, la *Loi sur la liberté des cultes*, qui demeure en vigueur au Québec, prévoit que « *la jouissance et le libre exercice du culte de toute profession religieuse, sans distinction ni préférence [...] sont permis par la constitution et les lois du Québec à toutes les personnes qui y vivent*⁵⁹ ». J'ai bien mis en lumière que la liberté de religion comporte une dimension extérieure qu'il importe de respecter, tant qu'elle ne met pas en péril les valeurs démocratiques, l'ordre public ou le bien-être général, pour reprendre les termes de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*.

Synthèse

Non seulement les quatre principes qui sous-tendent la laïcité sont-ils déjà reconnus dans notre droit et ce, depuis fort longtemps, mais on voit bien que ces quatre principes ne s'opposent pas – bien au contraire – à l'expression individuelle des croyances ou des appartenances religieuses par des agents de l'État et ce, tant et aussi longtemps que la neutralité de l'État demeure respectée sur le plan matériel. En proposant des interdictions qui sont fondées uniquement sur le port individuel de « signes religieux », le Projet de loi n° 21 dénature les principes juridiques de la laïcité tels qu'ils sont reconnus au Québec. À cet égard, l'intitulé même du projet de loi (« loi sur la laïcité de l'État ») représente, à mon sens, un grave détournement de langage.

⁵⁶ P. BOSSET, *op. cit.*, pp. 328-329. *Loi sur la neutralité religieuse de l'État*, art. 4.

⁵⁷ Préambule, 2^{ème} considérant et art. 10.

⁵⁸ Madeleine CARON, « Le droit à l'égalité : pierre d'angle de la Charte », dans : (1980-81) *Formation permanente du Barreau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 47-98.

⁵⁹ *Loi sur la liberté des cultes*, L.R.Q., c. L-2, art. 1.

2. L'interdiction des signes religieux (art. 6 du projet de loi)

Ayant fait ressortir l'absence de lien entre les quatre principes de la laïcité énoncés dans l'article 2 et l'intention législative d'interdire le port de « signes religieux » à certaines personnes exerçant des fonctions au sein de l'État, je commenterai maintenant plus spécifiquement les dispositions de l'article 6. Je mettrai d'abord en lumière l'ambiguïté de la notion de signe religieux et la difficulté que présente l'interprétation de cette notion pour un État qui prétend à la « neutralité » sur le plan religieux. Ensuite, j'aborderai en détails trois cas, en mettant en lumière les divers paramètres juridiques qu'il faut considérer pour chacun d'eux, soit:

- La magistrature;
- Les policiers;
- Les enseignants.

Enfin, je commenterai la proposition consistant à exempter certaines personnes – à des conditions extrêmement restrictives – de l'application dudit article 6.

La notion de « signe religieux »

La notion de « signe religieux » n'est pas définie dans le projet de loi, bien qu'elle soit centrale pour l'application de l'article 6. Certaines déclarations ministérielles nous ont renvoyé au sens ordinaire des mots. Le problème, c'est que le sens ordinaire des mots ne rend pas compte de la diversité des formes que prend la manifestation extérieure de la conviction religieuse; et que certains signes portés par certaines personnes pour des motifs religieux peuvent très bien être portés par d'autres personnes pour des motifs non religieux : pensons, par exemple, au foulard porté après une chimiothérapie. Dans son mémoire, mon collègue Louis-Philippe Lampron a bien fait ressortir qu'il peut être difficile de distinguer entre des éléments qu'un individu porte pour des motifs esthétiques et ce qu'il porte pour des motifs religieux⁶⁰. La notion de « signe religieux » oblige en quelque sorte l'État à sonder les reins et les cœurs des citoyens afin de vérifier leurs motivations profondes – ce qui est précisément l'inverse de la neutralité envers le fait religieux.

La magistrature

Selon l'art. 3 (2^e al.) du projet de loi, les institutions judiciaires devront, si le projet de loi est adopté, respecter, « *en fait et en apparence* », les quatre principes de la laïcité. Selon le par. 3^o, les institutions judiciaires qui sont visées par cette disposition comprennent à la fois des tribunaux dont le Québec nomme les membres (soit la Cour du Québec, le Tribunal des droits de la personne, le Tribunal des professions et les cours municipales) et des tribunaux dits « supérieurs », dont seul le gouvernement fédéral peut nommer les membres en vertu de la Constitution (la Cour supérieure et la Cour d'appel).

L'application de l'art. 3 (2^e al.) à la Cour supérieure ainsi qu'à la Cour d'appel poserait évidemment des problèmes d'ordre constitutionnel, car la compétence des provinces sur « *l'administration de la justice*⁶¹ » ne va pas jusqu'à les autoriser à légiférer

⁶⁰ *Projet de loi no. 21 sur la laïcité : dialoguer et convaincre plutôt qu'interdire et déroger*, mémoire à la Commission des Institutions, 8 mai 2019, p. 12.

⁶¹ Voir : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 92 (14^o).

sur des aspects aussi substantiels que l'impartialité et la neutralité des juges de nomination fédérale. Aussi n'est-il pas étonnant que, concernant les juges, les seules dispositions véritablement opératoires du projet de loi soient celles de l'article 5. Ces dispositions ne visent que les tribunaux relevant de la compétence du Québec :

5. Il appartient au Conseil de la magistrature, à l'égard des juges de la Cour du Québec, du Tribunal des droits de la personne, du Tribunal des professions et des cours municipales ainsi qu'à l'égard des juges de paix magistrats, d'établir des règles traduisant les exigences de la laïcité de l'État et d'assurer leur mise en œuvre.

Malgré le paragraphe 3° du deuxième alinéa de l'article 3, l'exigence de respecter les principes énoncés à l'article 2 ne s'applique aux juges que dans la mesure prévue au présent article.

En pratique, ce deuxième alinéa enlève tout effet utile aux dispositions de l'article 3 dans la mesure où celui-ci prétendait s'appliquer aussi aux juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel.

Sur le fond, le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire empêche le gouvernement ou le législateur de dicter aux juges des normes vestimentaires précises. L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, implicitement reconnue et confirmée par le préambule de *la Loi constitutionnelle de 1867*⁶². L'indépendance judiciaire s'applique aussi bien à l'encontre du pouvoir législatif que du pouvoir exécutif⁶³. L'indépendance institutionnelle en particulier ne se limite pas aux cours supérieures; elle protège l'ensemble des tribunaux judiciaires, y compris les tribunaux créés par les provinces.

La Cour suprême souligne dans l'arrêt *Valente* que le degré de contrôle que le pouvoir judiciaire exerce sur l'administration des tribunaux est un « *point majeur de l'indépendance judiciaire* »⁶⁴. Est protégée, en particulier, l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont un effet direct sur l'exercice des fonctions judiciaires. Relèvent de cette catégorie, par exemple, l'assignation d'un juge à telle ou telle cause, la confection du rôle d'audience et l'allocation des salles d'audience; mais sont également visés le déroulement de séances de la cour et les règles de décorum⁶⁵.

En application du principe d'indépendance institutionnelle, c'est aux tribunaux eux-mêmes et à eux seuls qu'il reviendrait de décider s'il y a lieu d'interdire à leurs membres de porter à titre individuel des signes vestimentaires religieux. D'où le premier alinéa de

⁶² *Renvoi relatif à la rémunération des juges (I.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3.

⁶³ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 39 (j. Gonthier).

⁶⁴ *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 709 (j. Le Dain).

⁶⁵ *Ibid.*

l'article 5 du projet de loi, qui confie au Conseil de la magistrature⁶⁶, plutôt qu'au législateur ou au gouvernement, la responsabilité de simplement « *traduire les exigences de la laïcité de l'État et d'assurer leur mise en œuvre* ». En d'autres termes, le projet de loi n'assujettit pas les membres de la magistrature à l'interdiction de porter des signes religieux.

La « traduction des exigences de la laïcité »

En exerçant la responsabilité que propose de lui confier l'article 5 du Projet de loi n° 21, le Conseil de la magistrature devra, à mon avis, garder à l'esprit qu'aucun des quatre principes de la laïcité ne s'oppose, comme je l'ai montré plus haut, au port de signes religieux à titre individuel.

Le Conseil ne pourra non plus ignorer l'un des fondements du système judiciaire : la présomption d'impartialité des juges. Quelques remarques s'imposent d'ailleurs sur ce point.

Pour mériter la confiance de la société, la Cour suprême exige que les procès paraissent « *équitables aux yeux de l'observateur renseigné et raisonnable*⁶⁷ ». Le critère employé par la jurisprudence consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait « *une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique*⁶⁸ ». La jurisprudence en cette matière est abondante. Les principes qui s'en dégagent peuvent être résumés ainsi :

- Premièrement, dans notre système judiciaire, les juges bénéficient d'une présomption d'impartialité⁶⁹. S'étant engagés par serment à administrer la justice avec intégrité, ils sont en effet « *tenus pour avoir une conscience et une discipline intellectuelle et être capables de trancher équitablement un litige à la lumière de ses circonstances propres*⁷⁰ ».
- Deuxièmement, la crainte raisonnable de partialité du juge doit être le fait d'une personne raisonnable⁷¹. Cette personne raisonnable doit aussi être bien renseignée. Elle doit, entre autres, être sensible à l'ampleur du racisme ou des préjugés dans une collectivité donnée⁷². Enfin, elle doit être au courant des traditions historiques d'impartialité et d'intégrité de la magistrature⁷³.

⁶⁶ Voir : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16 (art. 248-281).

⁶⁷ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 91.

⁶⁸ *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 394 [*Committee for Justice and Liberty*] (j. De Grandpré).

⁶⁹ *R. c. Smith & Whiteway Fisheries*, (1994) 133 N.S.R. (2^d) 50 (C.A.); *R. C. Lin*, [1995] B.C.J. No 982 (QL); *R. c. S. (R.D.)* (précité), par. 32 (jj. L'Heureux-Dubé et McLachlin) et par. 117 (j. Cory).

⁷⁰ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 32 (jj. L'Heureux-Dubé et McLachlin) citant : *U.S. c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), p. 421.

⁷¹ *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 395.

⁷² *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 111 (j. Cory).

⁷³ *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), par. 14. Voir aussi *R. c. Stark*, [1994] O.J. No 406 (QL), par. 74; *R. c. Lin* (précité), par. 34.

- Troisièmement, un juge n'est pas partial à tous égards et dans l'absolu. La crainte raisonnable de partialité est nécessairement fonction des faits de l'espèce⁷⁴. Un juge ne peut être partial que par rapport aux parties ou aux enjeux d'une cause en particulier⁷⁵.
- Quatrièmement, l'impartialité n'est pas l'asepsie. « *La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert*⁷⁶ ».
- Enfin, le fardeau d'établir la partialité du juge incombe à la personne qui en allègue l'existence⁷⁷ : un simple soupçon de partialité ne suffit pas⁷⁸.

La perception publique de la partialité ou de l'impartialité d'un juge ne doit donc pas être basée sur ses caractéristiques personnelles ni sur son expérience de vie, incluant son apparence vestimentaire; elle dépend plutôt de son attitude par rapport aux parties ou aux enjeux d'une cause. Cette attitude pourra être biaisée, ou pas, par son expérience de vie, ou par ses caractéristiques personnelles; mais la partialité d'un juge ne se présume jamais. Tous les juges, et ce, peu importe leur race, leur couleur, leur religion ou leur origine nationale, doivent jouir de la même présomption d'impartialité⁷⁹. C'est pourquoi, par exemple, « *il n'est pas plus probable que le juge noir soit prévenu en faveur des justiciables noirs que le juge blanc ne le soit en faveur des justiciables blancs*⁸⁰ ».

La présomption d'impartialité repose sur les engagements solennels que le juge a pris en prêtant serment. Elle constitue l'un des fondements de notre système judiciaire. C'est d'abord au sens de la déontologie du juge qu'il faut ici faire appel, en lui laissant le soin de déterminer, en son âme et conscience (on me pardonnera l'emprunt au vocabulaire religieux!) s'il doit se récuser ou non dans une cause donnée. Lorsque c'est une partie au litige qui conteste l'impartialité du juge⁸¹, un mécanisme particulier s'appliquera alors, celui de la demande de récusation⁸². En définitive, les normes que le Conseil de la magistrature adoptera dans le but de « *traduire les exigences de la laïcité* » devront tenir compte de telles considérations, car celles-ci touchent à l'intégrité de la magistrature et à sa tradition historique d'impartialité.

⁷⁴ R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484, par. 114 (j. Cory).

⁷⁵ Valente, [1985] 2 R.C.S. 673, 685 (j. Le Dain).

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ R. c. Bertram, [1989] O.J. No 2123 (QL); R. c. Lin (précité); R. c. S. (R.D.) (précité), par. 114 (j. Cory).

⁷⁸ R. c. Camborne Justices, Ex Parte Pearce, [1954] 2 All E.R. 850 (Q.B.D.); R. c. S. (R.D.) (précité), par. 112 (j. Cory).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484, par. 115 (j. Cory).

⁸¹ *Id.*, par. 113 (j. Cory).

⁸² Selon le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.01, le juge qui connaît une cause valable de récusation le concernant doit le déclarer sans délai au juge en chef: Une partie peut demander à un juge de se récuser : art. 201. En matière pénale, la récusation du juge fait partie des règles de la Common Law.

Les policiers

Le Projet de loi n° 21 énumère les agents de la paix exerçant principalement leurs fonctions au Québec parmi les dix catégories de personnes auxquelles il propose d'interdire le port de signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions⁸³. La notion d'agent de la paix désigne une diversité de fonctions (agents de la faune, agents des services correctionnels...). Toutefois, je m'en tiendrai ici aux policiers proprement dits.

Je ferai d'abord état de la jurisprudence pertinente en lien avec cet aspect du projet de loi. Ensuite, je commenterai le pour et le contre de l'interdiction que propose le projet de loi, en mettant en garde contre une approche qui compromettrait par avance la possibilité qu'ont les corps policiers de chercher à être davantage représentatifs des communautés qu'ils doivent servir.

La jurisprudence pertinente

L'affaire *Grant*, déjà brièvement évoquée plus haut, est pertinente lorsqu'on examine les enjeux juridiques de cet aspect du projet de loi. Dans cette affaire, des non-sikhs demandaient aux tribunaux de statuer que le turban sikh que portent quelques agents de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) était une atteinte à leurs droits fondamentaux. Ils invoquaient leur liberté de conscience et de religion – compromise, disaient-ils, par la coercition qu'exerce un policier portant un turban – et leur droit de n'être privés de leur liberté ou de leur sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La Cour fédérale, puis la Cour d'appel fédérale ont toutefois rejeté leur demande, en écartant d'abord l'argument d'une pression ou contrainte prosélyte s'exerçant du seul fait de l'intégration d'un signe religieux à l'uniforme d'un policier. En Cour fédérale, la juge a expliqué pourquoi cet argument ne pouvait être retenu. Le cas du policier, explique-t-elle, diffère de celui où, par exemple, l'on force les élèves d'une école primaire à réciter une prière⁸⁴ :

Dans le cas des rapports entre un policier et un membre de la population, je ne vois aucune contrainte ni coercition exercée sur ce dernier qui le forcerait à adopter ou à partager les croyances ou les pratiques religieuses du policier. La seule activité imposée à la personne qui traite avec un tel policier est de constater l'appartenance religieuse du policier.⁸⁵

Aussi bien la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont ensuite relevé l'absence totale de preuve à l'effet que le port d'un turban eût suscité une crainte raisonnable de partialité chez des citoyens⁸⁶.

⁸³ V. l'annexe II, par. 9° du projet de loi.

⁸⁴ Voir: *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)*, 52 D.L.R. (4th) 577 (C.A. Ont.).

⁸⁵ *Grant*, première instance, [1995] 1 C.F. 158, 201-202.

⁸⁶ *Ibid.* et (1995) 125 D.L.R. (4th) 556 (C.A.F.).

Les décisions rendues dans *Grant* permettent d'écarter, jusqu'à nouvel ordre, les arguments fondés sur une atteinte hypothétique à la liberté de conscience et de religion, ou encore sur une atteinte au droit à la liberté et à la sécurité non conforme aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai indiqué plus haut, la Cour suprême du Canada a refusé d'entendre cette affaire en appel.

Le pour et le contre d'une interdiction

Si la jurisprudence n'appuie donc pas la position voulant que le port d'un « signe religieux » soit en lui-même incompatible avec les fonctions policières, il reste que la confiance des citoyens envers les policiers est essentielle. En revanche, et toujours du même point de vue (celui de la confiance), on peut difficilement ignorer qu'« *une force policière risque de gagner plus facilement la confiance d'une population diversifiée si elle-même est diversifiée et inclusive*⁸⁷ ». C'est donc un équilibre qu'il convient de rechercher entre ces deux impératifs.

De ce point de vue, il me paraît instructif de jeter un regard neuf sur les règles législatives qui, depuis 2017, régissent l'uniforme des forces policières québécoises. Ces normes sont celles de la *Loi sur la police*⁸⁸, telle qu'elle a été modifiée alors, dans la foulée des moyens de pression d'ordre vestimentaire qu'exerçaient à cette époque certains policiers⁸⁹. L'art. 263.1 de la *Loi sur la police* se lit donc ainsi :

263.1 Tout policier [...] doit, dans l'exercice de ses fonctions, porter l'uniforme et l'équipement fournis par l'employeur dans leur intégralité, sans y substituer aucun élément. Il ne peut les altérer, les couvrir de façon importante ou de façon à en cacher un élément significatif ni nuire à l'usage auquel ils sont destinés.

Le premier alinéa s'applique sous réserve d'une exemption législative ou d'une autorisation du directeur du corps de police [...] lorsque l'exercice des fonctions du policier [...] le requiert ou que des circonstances particulières le justifient.

Comme on le constate, cet article délègue en termes génériques à chaque corps de police la responsabilité de fournir un uniforme à un policier. Il ne fixe d'avance aucune norme vestimentaire précise; il permet au contraire une attitude proactive et d'adapter d'avance l'uniforme à diverses contraintes. Cette voie est conforme à l'esprit de la jurisprudence en matière de discrimination et d'accommodement⁹⁰. Elle a été retenue notamment par la Gendarmerie royale du Canada, qui, depuis plusieurs années, a intégré le turban et le hidjab – normalisés aux couleurs de la GRC – à l'uniforme policier et ce, sans que des problèmes particuliers liés à l'impartialité policière aient été signalés. Des

⁸⁷ Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation (Rapport)*, [Montréal], La Commission, 2008, p. 151.

⁸⁸ *Loi sur la police*, L.R.Q., c. P-13.1, art. 263.1 à 263.3.

⁸⁹ *Loi obligeant le port de l'uniforme par les policiers et les constables spéciaux dans l'exercice de leurs fonctions et sur l'exclusivité de fonction des policiers occupant un poste d'encadrement*, L.Q. 2017, c. 20, art. 6.

⁹⁰ Voir les arrêts *Meiorin*, [1999] 3 R.C.S. 3 et *Grismer*, [1999] 3 R.C.S. 868, déjà cités.

corps de police municipaux ont également choisi cette voie. Plusieurs corps policiers étrangers ont fait de même au cours des dernières années. C'est le cas, notamment, aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie, ainsi qu'en Suède et en Norvège.

Certaines situations concrètes peuvent exister où, loin de nuire à l'accomplissement des tâches d'un policier, le port d'un signe religieux sera au contraire garant de sa crédibilité auprès de ceux et celles auxquels il doit s'adresser. Les dispositions de l'article 263.1 de la *Loi sur la police* me paraissent ici marquées d'une indéniable sagesse pratique, puisqu'elles préservent le droit des autorités policières d'adapter l'uniforme policier pour tenir compte de pareils impératifs opérationnels. Le maintien de cette latitude me paraît nettement préférable à l'interdiction sans nuance que propose le Projet de loi n° 21. Par ailleurs, au sein des corps policiers, certaines fonctions ne comportent pas nécessairement de contacts avec le public et peuvent donc s'exercer sans uniforme. Si l'Assemblée nationale devait décider d'adopter le projet de loi, pour respecter le critère de l'atteinte minimale, une disposition visant le port de signes vestimentaires religieux chez les policiers devrait à mon sens, minimalement, exempter ce type d'emplois.

Les enseignants

Les enseignantes et enseignants figurent parmi les catégories de personne visées par l'interdiction de porter des signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions⁹¹. J'exposerai d'abord l'état actuel du droit, avant de discuter du mérite et de la légalité de cette proposition.

État actuel du droit

La législation scolaire québécoise ne dit rien de la tenue vestimentaire des enseignantes et enseignants⁹². Le port de signes vestimentaires religieux n'est pas interdit en salle de classe, que ce soit par des élèves ou par des membres du corps enseignant. Comme l'a établi un avis de la Commission des droits de la personne publié en 1995 et qui fait toujours autorité⁹³, une interdiction en milieu scolaire qui serait dirigée spécifiquement contre les signes religieux serait d'ailleurs considérée à la fois comme une atteinte à la liberté religieuse et comme une forme directe de discrimination. Une interdiction formulée en termes plus génériques, mais excluant de manière disproportionnée les personnes appartenant à des religions, serait quant à elle une forme indirecte de discrimination et en principe, non moins illégale. Seule exception au principe de la liberté vestimentaire, l'obligation d'exercer ses fonctions à visage découvert, introduite par le législateur en 2017, s'applique aux enseignants en tant que membres du personnel des commissions scolaires⁹⁴. Comme on le sait, l'application de cette

⁹¹ V. l'annexe II, par. 10° du projet de loi.

⁹² *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3. Cette loi vise l'enseignement public primaire et secondaire. Nos remarques se limitent à ces deux ordres d'enseignement. Les écoles privées ne sont pas abordées ici.

⁹³ Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Les effets de contraintes vestimentaires sur l'exercice, en milieu scolaire, du droit à l'égalité et des libertés de conscience et de religion », dans : *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale*; Montréal, La Commission, 1995, pp. 18 à 26.

⁹⁴ *Loi sur la neutralité religieuse de l'État*, L.R.Q., c. R-26.2.01, art. 2 (7°), 8 et 10 lus ensemble.

disposition a cependant été suspendue par la Cour supérieure, dans l'attente d'un jugement sur sa validité constitutionnelle⁹⁵.

La prudence de la Commission Bouchard-Taylor

La Commission Bouchard-Taylor s'est prudemment abstenue de recommander que les enseignantes et enseignants soient assujettis à une interdiction générale de porter des signes religieux. Les deux commissaires ont soigneusement pesé le pour et le contre d'une telle mesure, pour finalement conclure qu'il ne fallait pas aller en ce sens. C'est à juste titre qu'ils ont exclu d'emblée les enseignantes et enseignants de la catégorie des agents de l'État exerçant un pouvoir coercitif. En effet, l'enseignante (j'utilise à partir de maintenant le féminin pour refléter la réalité de ce corps d'emploi) est bien loin d'exercer des pouvoirs coercitifs analogues à ceux des policiers, des gardiens de prison ou des juges. La mission de l'école, telle que prévue par la *Loi sur l'instruction publique*, n'est pas de punir ni de réprimer, en effet, mais plutôt d'instruire, de socialiser et de qualifier⁹⁶ :

Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer.⁹⁷

L'absence d'une atteinte à la liberté de conscience et de religion des élèves

La *Loi sur l'instruction publique* donne à l'enseignante le droit de diriger la conduite des groupes d'élèves qui lui sont confiés. L'enseignante peut prendre des moyens d'intervention pédagogique correspondant aux besoins des élèves, et elle peut choisir les instruments d'évaluation lui permettant d'évaluer les progrès de chacun⁹⁸. Mais au-delà de l'autorité pédagogique de l'enseignante, c'est la liberté de conscience et de religion des élèves, et en particulier leur vulnérabilité présumée aux sollicitations religieuses, qu'il faut essayer de mobiliser si l'on veut justifier une interdiction des signes religieux s'adressant spécifiquement aux enseignantes et enseignants. Qu'en est-il?

⁹⁵ *National Council of Canadian Muslims c. Quebec (Attorney General)*, 2018 QCCS 2766 (C.S.), 28 juin 2018.

⁹⁶ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 36 (al. 2). Soulignons que si le *Code criminel* reconnaît aux instituteurs un droit de correction modéré (art. 43), ce droit a été circonscrit par la Cour suprême dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76. La Cour a alors exclu les châtiments corporels qui seraient infligés par un instituteur au moyen d'un objet, comme une règle ou une ceinture; ceux qui consisteraient en des gifles ou coups portés à la tête ou au visage; et enfin, les châtiments corporels de quelque nature que ce soit qui seraient infligés à un adolescent. En pratique, le droit de correction des instituteurs se limite aujourd'hui à l'emploi – temporaire – de la force pour, par exemple, « asseoir » un enfant rebelle sur sa chaise (j. Binnie) ou conduire un élève récalcitrant au bureau du directeur (j. en chef McLachlin). Dans tous les cas, l'objectif doit être de corriger un comportement, et non de réprimer ou de punir – ce qui distingue nettement le rôle de l'enseignante de celui du policier ou du juge.

⁹⁷ *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 42.

⁹⁸ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 19.

Gardons à l'esprit que les dispositions législatives actuelles imposent déjà de manière explicite au personnel enseignant un **devoir de réserve dans l'expression de leurs convictions religieuses**. Tout d'abord, selon l'art. 22 (4^o) de la *Loi sur l'instruction publique*, les enseignantes et enseignants ont l'obligation d'agir d'une manière juste et impartiale dans leurs relations avec les élèves. Quant à la *Loi sur la neutralité religieuse de l'État* adoptée en 2017, elle oblige explicitement les enseignantes et enseignants à faire preuve de neutralité religieuse dans l'exercice de leurs fonctions⁹⁹. Cette dernière loi astreint aussi leurs supérieurs hiérarchiques à prendre les moyens nécessaires pour s'assurer que le corps enseignant respecte cette obligation de neutralité religieuse¹⁰⁰. L'essentiel étant déjà présent, on peut se demander en quoi il serait devenu nécessaire depuis 2017 d'adopter des règles visant spécifiquement l'apparence vestimentaire du corps enseignant. Comme l'ont signalé de nombreux intervenants devant la présente Commission, y compris des intervenants provenant du milieu scolaire, aucun cas documenté ne semble avoir été rapporté où le port d'un signe vestimentaire religieux par une enseignante serait entré en conflit avec la liberté de conscience ou de religion d'un élève.

Plus important encore, la prohibition du port d'un signe vestimentaire religieux par une enseignante en salle de classe proposée par le projet de loi est incompatible avec la notion d'« atteinte à la liberté de religion » telle que la conçoivent les tribunaux. Cette notion se veut accueillante pour la diversité sociale et ce, en milieu scolaire tout particulièrement. « *Bien vivre ensemble dans une société diversifiée exige que l'on apprenne à trouver normal un éventail de différences identitaires*¹⁰¹ », soulignait déjà le rapport de la Commission Bouchard-Taylor.

C'est cette même perspective qui inspire l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, portant sur le cours obligatoire d'éthique et de culture religieuse. Dans cet arrêt, la Cour a très clairement statué que **le fait d'exposer des enfants à des faits de diversité religieuse ne porte pas par lui-même atteinte à leur liberté de conscience ou de religion**. L'exposition précoce des enfants, y compris d'enfants en bas âge, à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue tout simplement, écrit la Cour, « *un fait de la vie en société*¹⁰² ». La Cour rejette l'idée selon laquelle « *le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion* ». En effet, cette idée « *revient à [...] méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique*¹⁰³ ». En d'autres termes, non seulement l'État doit-il prendre acte du fait religieux, il a même une obligation d'en tenir compte dans le cursus scolaire obligatoire. Comment alors peut-on croire que la Cour suprême adopterait une approche différente à l'endroit d'un simple signe vestimentaire porté individuellement dans sa salle de classe par telle ou telle enseignante?

⁹⁹ *Loi sur la neutralité religieuse de l'État*, précitée, art. 2 (7^o) et 4 lus ensemble.

¹⁰⁰ *Id.*, art. 17.

¹⁰¹ Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation (Rapport)*, [Montréal], La Commission, 2008, p. 150.

¹⁰² *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 40.

¹⁰³ *Ibid.*

En tant que « *fait de la vie en société* », le port d'un tel signe ne saurait être considéré comme portant par lui-même atteinte par prosélytisme à la liberté de conscience ou de religion des élèves.

L'absence d'un lien rationnel

Considérons ensuite le critère du lien rationnel avec l'objectif poursuivi. La Commission Bouchard-Taylor a considéré l'argument de la vulnérabilité des très jeunes enfants aux sollicitations religieuses, citant en particulier le cas des jeunes du premier cycle du primaire, âgés de 6 ou 7 ans. Cependant, les deux commissaires ont prudemment formulé le vœu que cet argument soit davantage étudié sous l'angle des recherches en psychopédagogie¹⁰⁴. MM. Bouchard et Taylor mettaient ainsi en lumière les lacunes actuelles de nos connaissances scientifiques quant à la vulnérabilité alléguée des enfants en bas âge lorsqu'ils sont exposés à des signes vestimentaires religieux.

Certes, lorsqu'un lien rationnel n'est pas scientifiquement mesurable, son existence peut parfois être établie de manière déductive, sur la base de la raison ou de la logique, plutôt que sur une preuve tangible¹⁰⁵. Néanmoins, la Cour suprême est très réticente aujourd'hui à conclure à l'existence d'un lien rationnel en l'absence de toute preuve indiquant un problème précis pour lequel un redressement est nécessaire. Ce facteur « *affaiblit* » l'argument du lien rationnel, vient-elle de rappeler à ce propos¹⁰⁶. Or, la preuve d'un problème lié au port de signes vestimentaires religieux par des enseignants fait lamentablement défaut ici.

La disproportion des moyens

Examinons enfin le critère voulant que les effets négatifs d'une mesure d'interdiction ne soient pas disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi (ici, protéger la liberté de conscience et de religion des élèves)¹⁰⁷. On l'a vu, l'importance de l'objectif repose sur une notion : la vulnérabilité alléguée des élèves. Or, plus on s'éloigne de l'âge tendre qu'évoque le Rapport Bouchard-Taylor (6 ou 7 ans), plus cet argument, déjà très peu documenté sur le plan scientifique, perd de sa force. Il est clair qu'une interdiction générale des signes religieux portés par des membres du corps enseignant sera considérée comme disproportionnée par rapport à l'objectif si elle ne permet pas de tenir compte de facteurs tels que l'âge des élèves, le contenu de l'enseignement et l'attitude générale de l'enseignante dans sa salle de classe.

Rendons-nous à l'évidence : toute tentative du législateur d'interdire de manière aussi générale aux enseignantes et enseignants de porter des signes religieux rencontrera de graves obstacles juridiques et ne réussira probablement pas à passer le « test » des tribunaux.

¹⁰⁴ Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation (Rapport)*, [Montréal], La Commission, 2008, p. 150.

¹⁰⁵ *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 154.

¹⁰⁶ *Franck c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, par. 64.

¹⁰⁷ *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 70.

De manière tout aussi évidente, reconnaissons qu'une interdiction qui serait objectivement fondée sur des nécessités fonctionnelles aurait sans doute de meilleures chances de franchir l'épreuve. Si un vêtement masquant le visage, par exemple, nuit à la communication avec l'élève, ou encore empêche l'apprentissage de certaines matières, le fondement d'une telle interdiction est alors l'impact de ce vêtement sur la qualité ou l'efficacité de la relation pédagogique. Or, ce genre de considération est déjà reconnu par le droit, au titre de la « contrainte excessive », qui est un facteur d'appréciation de la raisonnable d'un accommodement. Et, ironiquement, il n'est aucunement nécessaire, pour invoquer un tel argument pragmatique, de se réclamer de la neutralité religieuse de l'État ou de la laïcité, notions qui, dans ce cas, sont utilisées à mauvais escient.

3. Le maintien de certains droits acquis (art. 27 du projet de loi)

Dans mes trois cas emblématiques aussi bien que dans l'ensemble des cas que je n'ai pu examiner ici faute d'espace (et rappelons à ce propos que le projet de loi ne vise pas moins de dix catégories de personnels dont « l'autorité » ne ressort pas nécessairement au premier coup d'œil), l'interdiction des signes vestimentaires religieux se traduira par des atteintes à la liberté religieuse, ainsi qu'au droit à l'égalité. Ces atteintes, malheureusement, ne seront pas annulées par la reconnaissance de droits acquis au bénéfice de salariés déjà en place et à certaines conditions, comme le propose l'art. 27 du projet de loi.

La mesure d'atténuation que représente à sa face même l'art. 27 constitue en réalité une prison dorée pour les personnes concernées. En effet, cette mesure apparemment humanitaire les condamne, de manière selon moi passablement mesquine, à continuer d'exercer les « *mêmes fonctions* » au sein de la « *même organisation* » si elles désirent continuer d'exercer leurs droits fondamentaux¹⁰⁸. L'enseignante, par exemple, devra rester non seulement enseignante mais enseignante *là où elle est*, renonçant ainsi à une mobilité professionnelle et même géographique à laquelle ses collègues pourront continuer d'aspirer sans problème. Une telle contrainte irait directement à l'encontre de la *Charte québécoise*, qui interdit toute exclusion fondée sur un motif de discrimination dans la mutation, le déplacement ou la promotion de salariés¹⁰⁹. Sur le plan collectif, l'art. 27 risque de favoriser et maintenir, par ailleurs, la création de ghettos d'emploi, compromettant ainsi l'atteinte des objectifs qui ont été fixés à l'État par le législateur québécois en matière d'accès à l'égalité¹¹⁰. Cela, sans parler du fait que l'art. 27 ne sera évidemment d'aucun secours pour les plus jeunes générations, dont les membres auront pris leurs fonctions après le dépôt du projet de loi¹¹¹. À la discrimination fondée sur la religion qui découlera inévitablement du projet de loi, risque ainsi de s'ajouter une discrimination fondée indirectement sur l'âge. Sans doute est-il possible de faire mieux que cela!

¹⁰⁸ V. les paragraphes 27 (1°), (3°) et (5°) du projet de loi.

¹⁰⁹ *Charte québécoise*, art. 10 et 16 lus ensemble. V. plus haut, 1^{ère} partie de ce mémoire.

¹¹⁰ V. plus haut, XY.

¹¹¹ V. les paragraphes 27 (1°), (2°), (3°), (4°) et (5°) du projet de loi.

Synthèse

Il y a maintenant plus de trente ans, une obligation de neutralité religieuse a été consacrée par les tribunaux comme découlant de la Constitution. Depuis, cette obligation a été codifiée dans une loi de l'Assemblée nationale, et une liste imposante d'« agents de l'État » y sont assujettis, liste qui inclut les policiers, les enseignants et de nombreuses autres catégories de personnels¹¹². L'existence solidement établie de cette obligation de neutralité permet de douter de la nécessité d'une mesure visant spécifiquement l'apparence vestimentaire. Comme nous l'avons vu, les situations dans lesquelles le port d'un signe vestimentaire religieux serait entré en conflit avec la neutralité religieuse de l'État sont de l'ordre de la spéculation. Elles n'ont d'ailleurs jamais été documentées.

En définitive, la neutralité de l'État doit s'apprécier, d'abord et avant tout, par la façon dont un agent s'acquitte de ses fonctions. En plus de créer un faux sentiment de sécurité quant à la neutralité du personnel, une interdiction basée uniquement sur le port d'un « signe religieux » ne répond pas au critère du lien rationnel. Les règles juridiques existantes permettent déjà de prendre adéquatement en compte les situations où une interdiction des signes vestimentaires religieux portés par certains « agents de l'État » s'avérerait véritablement nécessaire, par exemple pour des raisons fonctionnelles qui sont alors liées à l'exercice de certaines fonctions. Le Projet de loi n° 21, malheureusement, va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

B. Le « comment »

J'aborde maintenant le « comment » du Projet de loi n° 21, c'est-à-dire la technique législative utilisée.

Le projet de loi utilise et ce, à titre préventif, les mécanismes de dérogation aux droits protégés par les chartes québécoise et canadienne. Par ailleurs, il modifie le texte, juridiquement considéré comme quasi constitutionnel, de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Ces deux aspects sont problématiques.

1. La dérogation aux droits garantis par les chartes québécoise et canadienne (art. 29 et 30 du projet de loi)

Le fait que le Projet de loi n° 21 propose de déroger aux chartes québécoise et canadienne des droits a déjà été amplement commenté, mais a-t-on pris conscience de toute la portée et de la gravité de ce geste? Le Projet de loi n° 21 prévoit que ses dispositions s'appliqueraient en effet, non seulement à l'encontre de la liberté religieuse proprement dite, mais également de chacun des droits et libertés suivants, tous garantis par la *Charte québécoise*:

▪ Les libertés et droits fondamentaux :

- ✓ Droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne (art. 1);
- ✓ Droit au secours (art. 2);
- ✓ Libertés fondamentales de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association (art. 3);

¹¹² Loi sur la neutralité religieuse de l'État, précitée, art. 2 (par. 1° à 9°) et art. 3 (par. 1° à 7°).

- ✓ Droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation (art. 4);
 - ✓ Droit au respect de la vie privée (art. 5) ;
 - ✓ Droit à la jouissance et à la libre disposition de ses biens (art. 6);
 - ✓ Inviolabilité de la demeure et du domicile (art. 7-8);
 - ✓ Droit au respect du secret professionnel (art. 9) ;
- **Le droit à l'égalité** (art. 10), sans discrimination fondée sur l'un ou l'autre des motifs suivants :
 - ✓ La race,
 - ✓ La couleur,
 - ✓ Le sexe,
 - ✓ L'identité ou l'expression de genre,
 - ✓ La grossesse,
 - ✓ L'orientation sexuelle,
 - ✓ L'état civil,
 - ✓ L'âge sauf dans la mesure prévue par la loi,
 - ✓ La religion,
 - ✓ Les convictions politiques,
 - ✓ La langue,
 - ✓ L'origine ethnique ou nationale,
 - ✓ La condition sociale,
 - ✓ Le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ;
- **Les droits politiques :**
 - ✓ Droit de pétition à l'Assemblée nationale (art. 21);
 - ✓ Droit de vote et d'être candidat aux élections (art. 22);
- **Les droits judiciaires :**
 - ✓ Droit à une audition publique et impartiale de sa cause (art. 23) ;
 - ✓ Droit de ne pas être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite (art. 24) ;
 - ✓ Droit de ne pas être l'objet de fouilles, perquisitions ou saisies abusives (art. 24.1) ;
 - ✓ Droit, pour une personne arrêtée ou détenue, d'être traitée avec humanité et avec le respect dû à la personne humaine (art. 25) ;
 - ✓ Droit, pour une personne détenue, d'être soumise à un régime distinct approprié à son sexe, son âge et sa condition physique ou mentale (art. 26) ;
 - ✓ Droit, pour une personne détenue, d'être séparée, jusqu'au jugement final, des prisonniers qui purgent une peine (art. 27) ;
 - ✓ Droit, pour une personne arrêtée ou détenue, d'être promptement informée, dans une langue qu'elle comprend, des motifs de son arrestation ou de sa détention (art. 28) ;
 - ✓ Droit pour un accusé d'être informé promptement de l'infraction qu'on lui reproche (art. 28.1)|
 - ✓ Droit à l'assistance d'un avocat (art. 29) ;
 - ✓ Droit pour une personne arrêtée ou détenue d'être promptement conduite devant un tribunal ou relâchée (art. 30) ;
 - ✓ Droit pour une personne arrêtée ou détenue d'être libérée, avec ou sans caution, avant sa comparution devant le tribunal (art. 31) ;
 - ✓ Droit pour toute personne privée de sa liberté de recourir à l'*habeas corpus* (art. 32) ;
 - ✓ Droit pour un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 32.1) ;
 - ✓ Droit à la présomption d'innocence (art. 33) ;
 - ✓ Droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même (art. 33.1) ;

- ✓ Droit d'être représenté par avocat (art. 34) ;
- ✓ Droit à une défense pleine et entière (art. 35) ;
- ✓ Droit à l'assistance d'un interprète (art. 36) ;
- ✓ Droit à la non-rétroactivité des peines (art. 37) ;
- ✓ Droit de ne pas être jugé à nouveau pour une infraction dont on a déjà été acquitté (art. 37.1) ;
- ✓ Droit à la peine la moins sévère en cas de modification subséquente à la loi (art. 37.2) ;
- ✓ Droit à la protection contre l'auto-incrimination (art. 38).

En ce qui concerne la *Charte canadienne*, les dispositions du Projet de loi n° 21 auraient effet malgré les droits et libertés constitutionnels suivants, qui sont également garantis à toute personne:

- Les **libertés fondamentales** de conscience et de religion, de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression (y compris la liberté de la presse), de réunion pacifique et d'association (art. 2);
- Les **garanties juridiques**, comprenant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, ainsi que de nombreux droits judiciaires correspondant à ceux que garantit également la *Charte québécoise* (art. 7 à 14) ; et
- Le **droit à l'égalité**, indépendamment de toute discrimination, notamment celle qui est fondée sur la race, l'origine ethnique ou nationale, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques (art. 15).

La liste des droits et libertés touchés par ces dérogations donne le vertige. Elle montre, même jusqu'à l'absurde, l'ampleur et la gravité du geste. Par exemple, a-t-on réalisé que le projet de loi, qui interdit à une personne dont le visage n'est pas découvert d'« *interagir* » ou de « *communiquer* » avec un membre du personnel d'un organisme public en vue de recevoir un service public¹¹³, et cela, au nom de la laïcité de l'**État**, risque de compromettre alors l'exercice de certains droits judiciaires de **personnes en chair et en os**, comme le droit, pour une personne arrêtée ou détenue, d'être traitée avec humanité et le respect dû à la personne humaine (art. 25 de la *Charte québécoise*); le droit à l'assistance d'un avocat (art. 29); ou encore, le droit à l'assistance d'un interprète (art. 36) ?

Des dérogations exorbitantes et contestables

L'ampleur des dérogations prévues dans le projet de loi est hors de proportion par rapport à l'objectif de celui-ci : « *affirmer la laïcité de l'État et préciser les exigences qui en découlent*¹¹⁴ ». Elles affectent des droits ou libertés dont l'exercice, on le voit, ne menace aucunement de compromettre la laïcité. Il n'est pas inutile de noter que, lorsque des dérogations ont été faites dans le passé au nom d'intérêts jugés supérieurs, en l'occurrence la protection du visage français du Québec dans l'affichage commercial¹¹⁵, ces dérogations se sont limitées aux droits les plus pertinents et ne visaient pas alors

¹¹³ V. l'art. 8, (2°) et (3°) du projet de loi.

¹¹⁴ Notes explicatives du projet de loi.

¹¹⁵ V. la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54. L'art. 10 de cette loi dérogeait uniquement aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*, ainsi qu'aux art. 2(b) et 15 de la *Charte canadienne*. Par la suite, ces dérogations n'ont pas été renouvelées.

l'ensemble des droits auxquels il serait théoriquement possible de déroger. Le Projet de loi n° 21 n'a pas ce sens de la mesure.

Ces dérogations permettront, dit-on, de couper court aux contestations judiciaires et d'ainsi régler de manière péremptoire un débat qui traînerait en longueur. Bref, de « *tourner la page* ». Or, il est loin d'être certain que les dérogations auront cet effet.

Les motifs juridiques ne manquent pas de contester la portée même des dérogations, ou encore la manière dont il en est fait usage dans le Projet de loi n° 21.

La *Charte canadienne* dispose dans l'article 28 que « *les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes* » et ce, « *indépendamment des autres dispositions de la présente charte* ». L'article 28 est une modalité de garantie des droits eux-mêmes et non une simple disposition interprétative¹¹⁶. Les mots « *indépendamment des autres dispositions de la présente charte* » indiquent clairement que l'usage du mécanisme de dérogation prévu à l'art. 33 ne doit pas affecter de manière inégale les femmes par rapport aux hommes (ou vice-versa). Le droit à l'égalité, qui promeut une égalité matérielle plutôt que formelle, interdit non seulement la discrimination directe, mais aussi la discrimination indirecte¹¹⁷. La porte est ouverte aux plaideurs qui démontreront que certaines dispositions du Projet de loi n° 21 risquent d'avoir un effet plus marqué sur les femmes (le cas des femmes qui portent le voile leur viendra peut-être à l'esprit), rendant alors la dérogation à la *Charte canadienne* sans effet, à tout le moins dans la mesure de cet effet différencié selon le sexe.

Les principes sous-jacents de la Constitution incluent la primauté du droit et le respect des minorités. Ces principes non écrits guident « *l'interprétation des textes constitutionnels, la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations constitutionnels et le rôle de nos institutions publiques*¹¹⁸ ». En l'occurrence, dans le Projet de loi n° 21, l'usage des dérogations est fait à titre préventif et court-circuite en principe la possibilité pour des citoyens de recourir au contrôle de la constitutionnalité des lois. S'il semble établi que les principes non écrits de la Constitution ne peuvent pas contredire le texte de la *Charte canadienne*, par exemple en ajoutant des droits à la liste qu'elle contient¹¹⁹, en revanche il n'est pas exclu qu'ils imposent des conditions implicites à l'usage du mécanisme de dérogation à des fins purement préventives, point qui n'a pas encore été véritablement tranché par les tribunaux.

L'usage du mécanisme de dérogation prévu par la *Charte canadienne* est sans effet sur le partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces, établi en 1867. Mon collègue Maxime Saint-Hilaire a fait remarquer qu'il n'est « *pas impossible* » qu'une loi québécoise sur la laïcité qui déroge aux droits de la *Charte canadienne* soit « *déclarée invalide* ».

¹¹⁶ Comparer sur ce point l'art. 28 avec l'art. 27. Voir : *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec c. Québec* (Procureur général), [2004] RJQ 524 (C.S.); *Boudreau v. Lynch*, (1985) 16 DLR(4th) 610 (C.A. N.-É.).

¹¹⁷ V. la première partie de ce mémoire.

¹¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 52.

¹¹⁹ Ce point a été bien noté par mon collègue Maxime Saint-Hilaire, de l'Université de Sherbrooke : <https://blogueaquidedroit.wordpress.com/2019/04/09/derogation-aux-droits-dans-le-projet-de-loi-sur-la-laicite-de-letat-la-synthese/>. Voir : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada*, [2005] 2 R.C.S. 473.

en vertu de la répartition fédérative des compétences¹²⁰ ». Cela dépendra largement, écrit-il, de la preuve et des plaidoiries relatives à l'objet réel de la loi. Certains passages tirés de jugements de la Cour suprême donneraient à penser qu'une loi sur la « laïcité » serait bel et bien « religieuse » par sa nature véritable. Selon lui, la Cour pourrait donc l'invalidier en tout ou partie, nonobstant le recours à la disposition dérogatoire¹²¹.

Les engagements juridiques internationaux font partie des points à considérer lorsqu'on interprète et applique les chartes québécoise¹²² et canadienne¹²³. En l'occurrence, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reconnaît, lui aussi, la possibilité de déroger aux droits. Cette possibilité est toutefois beaucoup plus strictement encadrée que dans les chartes québécoise et canadienne. Le *Pacte* exige en effet l'existence d'un « danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation » (article 4). L'existence de ce danger doit être proclamée par un acte public officiel. De telles mesures de dérogation ne sont permises que « dans la stricte mesure où la situation l'exige », ce qui introduit une exigence de proportionnalité à respecter¹²⁴. Lesdites dérogations ne peuvent aucunement porter atteinte à certains droits intangibles, au nombre desquels figure la liberté de religion : art. 4(2) du *Pacte*. Enfin, ces mesures dérogatoires ne doivent pas comporter de discrimination fondée uniquement sur certains critères, dont fait partie la religion: art. 4(1). En l'occurrence, les mesures de dérogation prévues dans le Projet de loi n° 21 ne répondent à aucune de ces exigences du *Pacte*.

En définitive, peut-être l'usage des mécanismes de dérogation prévus par les chartes québécoise et canadienne n'est-il qu'un miroir aux alouettes... Comme Grégoire Webber, Eric Mendelsohn et Robert Leckey l'ont fait remarquer, le recours à une dérogation « n'écarte pas l'examen judiciaire¹²⁵ ». L'effet principal d'un tel geste est plutôt de protéger l'effet de la loi, même si cette loi enfreint un droit ou une liberté garantie par une charte. Le rôle du tribunal demeure entier, car c'est bien à lui de déclarer l'état du droit. Ces trois auteurs concluent que, même si le Projet de loi n° 21 prévoit qu'il s'appliquera « nonobstant la Charte », le gouvernement ne sera pas à l'abri de procédures judiciaires visant à faire déclarer que ce projet de loi porte atteinte aux droits. Je partage entièrement leur avis. Ce qui, je le précise, n'enlève rien au caractère intrinsèquement odieux des dérogations contenues dans le Projet de loi n° 21.

¹²⁰ *Projet de loi sur la laïcité : dérogatoire à la charte ou contraire à la répartition des compétences?*, http://www.nationalmagazine.ca/fr-ca/articles/law/opinion/2019/projet-de-loi-sur-la-laicite-derogatoire-a-la-char?fbclid=IwAR3i2VtvGWZ35HG3up9eRqAKGaldiqcDB7qE6Lscku1G84nhiP1U7r8wV_E.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 QCCA 316, par. 28.

¹²³ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*; [2007] 2 R.C.S. 391.

¹²⁴ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observation générale (n° 29) portant sur l'article 4 du Pacte*, Doc. NU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), par. 4.

¹²⁵ Grégoire WEBBER, Eric MENDELSON et Robert LECKEY, « Le recours à la disposition dérogatoire, comme dans le cas du projet de loi 21 du Québec, ne soustrait pas une loi à l'examen judiciaire », dans : *Options politiques*, bulletin de l'Institut de recherche sur les politiques publiques (10 mai 2019). [En ligne : https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/may-2019/une-idee-recue-sur-la-disposition-derogatoire/?fbclid=IwAR3_pBEIswdQA9U5HZf0j6EMLhDc0m38rVLHwWGZ3w7SPwGdWuyydYHO9Cg].

2. Les modifications à la *Charte québécoise* (art. 17 et 18 du projet de loi)

Le chapitre V du Projet de loi n° 21 propose deux modifications importantes au texte même de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'adoption accélérée du projet de loi a été évoquée à mots couverts par les responsables gouvernementaux. On peut se demander si le législateur est conscient de la gravité du geste qu'il poserait en modifiant de façon aussi désinvolte ce texte fondamental, quasi constitutionnel, dont l'adoption par un vote unanime des députés a précédé de sept ans celle de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La première modification concerne le préambule de la *Charte*. Sans être une disposition de la *Charte* à proprement parler, le préambule en fait néanmoins partie. Il peut servir à en expliquer l'objet et la portée¹²⁶. Le projet de loi propose d'ajouter au préambule l'alinéa suivant¹²⁷ : « Considérant l'importance fondamentale que la nation québécoise accorde à la laïcité de l'État; ».

La deuxième modification concerne un article d'une grande importance stratégique: l'article 9.1. Cet article prévoit que les libertés et droits fondamentaux (articles 1 à 9) doivent s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec, et que la loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. À l'égard des libertés et droits fondamentaux, l'article 9.1 joue en somme le même rôle que l'article premier de la *Charte canadienne*, cette autre disposition limitative dont les critères d'appréciation sont d'ailleurs les mêmes¹²⁸. Dans l'architecture et l'économie de la *Charte*, l'article 9.1 est crucial¹²⁹.

Le Projet de loi n° 21 propose d'y ajouter une nouvelle mention suivant laquelle, outre les valeurs démocratiques, l'ordre public et le bien-être général, les libertés et droits fondamentaux devraient également s'exercer dans le respect de la laïcité de l'État¹³⁰. L'ajout de la laïcité de l'État introduirait donc un quatrième facteur.

On note d'emblée que la laïcité de l'État, qui est censée être au service des libertés fondamentales, semble devenir, dans le projet de loi, un contrepoids parmi d'autres à l'exercice de celle-ci.

Dans l'économie générale de la *Charte*, l'enjeu de la modification proposée à l'article 9.1 est cependant l'équilibre qui doit exister entre l'énoncé des droits garantis et la possibilité pour le législateur d'en fixer la portée ou d'en aménager l'exercice. Avec l'ajout d'un quatrième facteur, la *Charte* se trouverait modifiée, non dans le sens d'une expansion des droits, mais d'une nouvelle **restriction potentielle** de la portée de ceux-

¹²⁶ *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 40.

¹²⁷ V. l'art. 17 du projet de loi.

¹²⁸ *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712. Ce sont l'importance de l'objectif poursuivi par le législateur; le lien rationnel avec cet objectif; et enfin, la proportionnalité des fins et des moyens (incluant un sous-critère : l'atteinte minimale aux droits).

¹²⁹ François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : l'édit et le non-dit », dans (coll.), *De la Charte québécoise des droits et libertés : Origine, nature et défis*, Montréal, Éditions Thémis, 1989, pp. 462-489.

¹³⁰ V. l'art. 18 du projet de loi.

ci. Et, si l'on se fie aux positions qui ont été exprimées à ce jour les différents partis politiques, la *Charte* serait modifiée dans le cadre d'un projet de loi ne faisant pas consensus, et au surplus, sous la menace d'une procédure d'adoption accélérée (bâillon). Tout cela appelle certaines remarques.

Le caractère amélioratif et consensuel des modifications apportées à la Charte

Le point s'impose, d'abord, sur la nature et sur le processus qui préside à l'adoption des modifications que l'Assemblée nationale apporte à la *Charte québécoise* depuis l'adoption de celle-ci, en 1975.

Le tableau de la page suivante met à jour les données d'une étude¹³¹ que j'ai publiée avec mon collègue Michel Coutu en 2015. Il indique les principales modifications de fond qui ont été apportées à la Partie I de la *Charte* depuis son adoption, avec le résultat du vote tenu à l'Assemblée nationale.

Comme je l'expliquerai ensuite, il en ressort deux constats importants.

¹³¹ Voir : Pierre BOSSET et Michel COUTU, « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans l'ordre juridique québécois », *Revue québécoise de droit international*, (hors-série 2015), *Mélanges Jacques-Yvan Morin*, p. 37 aux pp. 54-55.

Modifications de fond apportées à la Partie I de la *Charte*, 1975-

NATURE DE LA MODIFICATION (<i>ANNEE</i>)	ADOPTION
<p>Ajout de droits ou libertés</p> <p>Droit à des conditions de travail respectant la santé, la sécurité et l'intégrité physique (art. 46, 1979) Droits judiciaires (art. 24.1, 28.1, 29, 30, 32.1, 33.1, 36, 37.1, 37.2, 1982) Droit à un environnement sain, respectueux de la biodiversité (art. 46.1, 2006)</p>	<p>Unanime Unanime Unanime</p>
<p>Ajout de motifs de discrimination (art. 10)</p> <p>Orientation sexuelle (1977) Handicap (1978, 1982) Grossesse (1982) Âge (1982) Identité ou expression de genre (2016)</p>	<p>2 contre Unanime Unanime Unanime Unanime</p>
<p>Ajout de comportements discriminatoires</p> <p>Harcèlement (art. 10.1, 1982) Requérir des renseignements sur un motif de discrimination (art. 18.1, 1982) Pénaliser une personne en raison de ses antécédents judiciaires (art. 18.2, 1982)</p>	<p>Unanime Unanime Unanime</p>
<p>Reformulation d'un droit existant</p> <p>Droit des parents sur l'éducation religieuse et morale de leurs enfants (art. 41, 2005)</p>	<p>1 contre</p>
<p>Extension de la protection</p> <p>Restriction des exceptions au droit à l'égalité (art. 20 et 20.1, 1982, 1996) Extension de la primauté de la Charte sur les lois (art. 52, 1982)</p>	<p>Unanime Unanime</p>
<p>Dispositions spéciales et interprétatives</p> <p>Droits et libertés garantis également aux femmes et aux hommes (art. 50.1, 2008)</p>	<p>Unanime</p>

Premier constat : chacune des modifications apportées à la *Charte* depuis quarante-cinq ans a **amélioré les garanties offertes**. Par exemple, il pouvait s'agir d'énoncer un droit nouveau (comme le droit à un environnement sain); d'ajouter un nouveau motif de discrimination (comme la grossesse ou, plus récemment, l'identité de genre); d'interdire un nouveau comportement discriminatoire (comme le harcèlement); ou bien, de limiter la portée des exceptions permises. Variante : en 2005, l'article 41 a été reformulé pour que, dorénavant, le droit de regard des parents sur l'éducation religieuse de leurs enfants ne comporte plus d'obligations pour le système public d'enseignement. Ce que certains virent à l'époque comme la restriction d'un droit donnait suite, cependant, à un long processus de maturation, dont les étapes avaient été les travaux d'un groupe d'experts¹³², l'avis des instances publiques concernées¹³³ et enfin, une consultation générale tenue en commission parlementaire où pas moins de 254 mémoires furent déposés et qui finira par conclure à la nécessité de ladite modification¹³⁴. Fait à noter, aucune des dix-huit modifications de fond à la *Charte*, incluant celle-là, ne fut adoptée sous la menace du bâillon.

Deuxième constat : de tout temps, c'est le **consensus** qui préside aux modifications que le législateur apporte à la *Charte*. À la lecture du tableau, on constate que pratiquement toutes les modifications à la *Charte* furent en effet adoptées après un vote nominal unanime, ou encore à main levée. Seules deux des vingt-neuf lois¹³⁵ modifiant de quelque façon la *Charte* (incluant des aspects techniques, qui ne nous concernent pas ici) ont donné lieu à un vote sur division : ce furent l'ajout, en 1977, du motif de discrimination « orientation sexuelle »¹³⁶ et la reformulation, en 2005, de l'article 41, que je viens d'évoquer¹³⁷. Chaque fois, le nombre de dissidences se limita à un ou deux députés – les formations politiques proprement dites ayant, pour leur part, donné leur plein appui aux modifications. Aucune modification de substance n'a été apportée à la *Charte* depuis 1975 qui ne donnât suite à des demandes claires et consensuelles émanant de la société civile, ainsi qu'à une problématique solidement documentée. En témoignent, en particulier, les très grandes mobilisations de la société civile qui caractérisèrent les consultations générales tenues par l'Assemblée nationale lors des modifications substantielles qu'on apporta à la *Charte* au début des années quatre-vingt

¹³² Voir : Québec, Groupe de travail sur la place de la religion à l'école, *Laïcité et religions : Perspectives nouvelles pour l'école québécoise*, 1999 à la p. 231.

¹³³ Québec, Comité sur les affaires religieuses, *Éduquer à la religion à l'école : Enjeux actuels et pistes d'avenir*, 2004; Québec, Conseil supérieur de l'éducation, *Pour un aménagement respectueux des libertés et des droits fondamentaux : une école pleinement ouverte à tous les élèves du Québec*, 2005.

¹³⁴ Stéphanie TREMBLAY, *École et religions : Genèse du nouveau pari québécois*, Montréal, Fides, 2010 à la p. 233, n 4.

¹³⁵ Voir : LQ 1977, c. 6; LQ 1978, c. 7; LQ 1979, c. 63; LQ 1980, c. 39; LQ 1982, c. 17; LQ 1982, c. 61; LQ 1989, c. 51; LQ 1990, c. 4; LQ 1992, c. 61; LQ 1993, c. 30; LQ 1994, c. 40; LQ 1995, c. 27; LQ 1996, c. 2; LQ 1996, c. 10; LQ 1996, c. 21; LQ 1996, c. 43; LQ 1999, c. 40; LQ 2000, c. 8; LQ 2000, c. 45; LQ 2002, c. 6; LQ 2002, c. 34; LQ 2004, c. 31; LQ 2005, c. 20; LQ 2005, c. 24; LQ 2005, c. 34; LQ 2006, c. 3; LQ 2008, c. 15; LQ 2015, c. 15; LQ 2016, c. 19.

¹³⁶ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31e lég, 2e sess, vol 19, no 133 (15 décembre 1977) (deux dissidences).

¹³⁷ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 37e lég, 1re sess, vol 38, no 169 (15 juin 2005) à la p. 9410 (une voix dissidente).

(ajout de droits nouveaux et de nouveaux motifs de discrimination interdits; extension de la primauté de la *Charte* sur les lois), ainsi qu'en 1989 (création du Tribunal des droits de la personne). Tout cela témoigne éloquentement de la « culture des droits » suscitée par la *Charte* et surtout de son appropriation par la société québécoise.

Un impératif : mieux protéger la Charte québécoise

En 1974-1975 ainsi qu'en 1981, les Oppositions officielles à l'Assemblée nationale exprimèrent leurs préoccupations face au maintien de l'intégrité du texte de la *Charte québécoise* face à des modifications mal avisées. Alors qu'il était chef de l'Opposition officielle péquiste, l'éminent juriste Jacques-Yvan Morin souleva en Chambre cette question et ce, dès la première lecture de la future charte. Ce juriste respecté, grand universitaire et constitutionnaliste émérite, insista sur « *la nécessité d'une loi fondamentale [...] qui ne pourrait être modifiée que par une majorité spéciale ou qualifiée de cette Assemblée*¹³⁸ », en l'occurrence une majorité des deux tiers. En 1981, l'Opposition officielle libérale soulèvera à nouveau cette question, proposant quant à elle une majorité des trois quarts¹³⁹. Le Barreau du Québec et la Ligue des droits de l'homme¹⁴⁰, puis la Commission des droits de la personne¹⁴¹ reprirent ensuite l'idée d'une majorité des trois quarts.

Diverses techniques peuvent être utilisées pour protéger un texte fondamental. Des exigences procédurales particulières peuvent régir, par exemple : la représentation des acteurs sociaux dans le processus de révision; la ratification de cette nouvelle norme, par exemple par voie de référendum ou de plébiscite; etc. Cependant, la *Charte* indique déjà elle-même une voie à suivre. En effet, le législateur de 1975 a prévu que la nomination des membres de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse doit être approuvée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale, après proposition du premier ministre¹⁴².

L'exigence d'une majorité qualifiée (les deux tiers de la députation, comme le proposait J.-Y. Morin, ou les trois quarts, comme il fut suggéré depuis) ne constituerait pas un obstacle majeur à des modifications éventuelles de la *Charte* allant dans le sens d'une meilleure garantie de certains droits ou de certaines libertés. Comme le démontre l'histoire de la *Charte*, les consensus en matière de droits et libertés au sein de la société québécoise continueront de se traduire par un assentiment largement majoritaire de l'Assemblée nationale à une bonification du texte de la *Charte*. En revanche, cette exigence représenterait un élément dissuasif suffisant pour empêcher la présentation de

¹³⁸ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 12 novembre 1974, à la p. 2750.

¹³⁹ Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 32e lég, Intersession II, no 1 (6 octobre 1981) à la p. B-1287 (M. Herbert Marx).

¹⁴⁰ Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 30e lég, 3e sess, no 6 (22 janvier 1975) à la p. B-304; Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 32e lég, Intersession II, no 5 (13 octobre 1981) à la p. B-1614 (Barreau du Québec); Québec, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 21 janvier 1975, aux pp. B-178 à B-180 (Ligue des droits de l'homme).

¹⁴¹ Québec, Commission des droits de la personne, *Commentaires sur le projet de loi 86* (Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne), novembre 1982 à la p. 33.

¹⁴² *Charte québécoise*, art. 58.

projets trop hâtivement rédigés, marquant des reculs en matière de droits et libertés, ou encore, comme ici avec l'article 9.1, modifiant les grands équilibres que la *Charte* établit très soigneusement entre la garantie des droits et libertés et la possibilité d'en fixer la portée ou d'en aménager l'exercice. Il s'impose que l'Assemblée nationale du Québec protège mieux, à l'avenir, la *Charte* contre de pareilles modifications. En attendant, les parlementaires doivent prendre conscience de la gravité du geste qu'ils poseraient en modifiant sans consensus et de façon accélérée, à la faveur du Projet de loi n° 21, ce document « *unique dans l'histoire législative*¹⁴³ » du Québec qu'est la *Charte des droits et libertés de la personne*.

¹⁴³ André MOREL, « La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne », dans : (coll.), *De la Charte québécoise des droits et libertés : Origine, nature et défis*, op. cit, p. 1.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

On ne s'étonnera pas que je ne sois pas favorable à l'adoption du Projet de loi n° 21. Juriste et avocat, mes motifs sont évidemment d'abord d'ordre juridique. Ce mémoire les a exposés, parfois avec force détails. Autant sur le fond que dans la manière, le Projet de loi n° 21, qui n'aborde pourtant la laïcité que sous un angle extrêmement restrictif, celui des signes religieux que pourraient ou non porter certains « agents de l'État », représente un recul pour la reconnaissance et l'exercice des droits fondamentaux tels qu'ils s'incarnent dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Mon opposition tient aussi à une autre préoccupation: celle que je ressens, en tant que simple citoyen cette fois, pour le sort d'autres citoyens : comme moi d'honnêtes gens qui, avec leurs aptitudes et de leurs compétences, souhaitent pouvoir continuer de contribuer à la société québécoise, et que ce projet de loi risque d'affecter injustement et sans raison. Ceux-là même auxquelles les présentes audiences n'accordent qu'une place marginale.

L'étude du Projet de loi n° 21 met certes en opposition des visions concurrentes de la place de la religion dans la société. Mais en filigrane, il met aussi en lumière des visions divergentes de la place du droit dans les débats de société. Plusieurs intervenants semblent considérer, en effet, que les juristes (et plus encore, les tribunaux) auraient déjà trop parlé à propos de la place de la religion dans la « sphère publique »; et qu'en somme, il reviendrait dorénavant aux institutions représentatives, et à **elles seules**, de faire des choix qui seraient davantage inspirés du bien commun. Ce point de vue a fréquemment été exprimé depuis le dépôt du Projet de loi n° 21 – y compris durant les présentes audiences.

Il faut pourtant rappeler que la défense d'un intérêt collectif supérieur, lorsqu'il en existe un, n'a pas nécessairement à passer par des atteintes aux droits fondamentaux des citoyens. On se souviendra de la façon dont fut adoptée, à la fin des années soixante-dix, cet autre texte fondamental pour la société québécoise : la *Charte de la langue française*¹⁴⁴. Le temps ayant fait son œuvre, on aura oublié – peut-être – que la toute première version de ce texte prévoyait qu'il s'appliquerait malgré la *Charte des droits et libertés de la personne* adoptée deux ans plus tôt¹⁴⁵. Fort heureusement, fut déposé peu après un deuxième projet de loi – qui deviendra la « Loi 101 » – reconnaissant la suprématie de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'épisode nous rappelle qu'il est possible de poursuivre un intérêt collectif supérieur tout en faisant preuve d'élévation morale et politique.

J'insiste pour terminer sur la convergence du droit et des préoccupations fondées sur les valeurs fondamentales de la société, valeurs qui sont inscrites au cœur même de notre *Charte québécoise*. À travers sa complexité, ses nuances et les concepts parfois abstraits qui sont les siens (comme la proportionnalité ou la rationalité), le Droit tente d'atteindre un équilibre dynamique et instable entre des valeurs interdépendantes d'égalité, de dignité et de liberté, de même qu'avec les exigences de la vie en société. Si les réponses qu'il fournit aux questions soulevées par la diversité croissante de notre société sont parfois controversées, c'est peut-être, tout simplement, parce que ces

¹⁴⁴ *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

¹⁴⁵ Québec, Assemblée nationale, Projet de loi 1 (*Charte de la langue française au Québec*), 1977 (art. 172).

questions, quoi qu'on en dise, sont a priori susceptibles de plusieurs réponses, parmi lesquelles nous sommes condamnés à choisir, dans l'attitude fraternelle que décrivait avec lucidité le philosophe du droit Ronald Dworkin¹⁴⁶, celle qui nous paraît la moins mauvaise. Et c'est bien ce recours à des conceptions plausibles de la morale politique qui continue de rendre légitime, et même de requérir la contribution des juristes et des tribunaux aux grands débats de société¹⁴⁷.

RECOMMANDATIONS

Pour les motifs exposés dans ce mémoire, je recommande à l'Assemblée nationale :

- 1. D'adopter une motion demandant au Gouvernement de soumettre à la Cour d'appel, conformément à la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel* (LRQ, c. R-23), les deux questions de droit suivantes :**
 - a. « L'Assemblée nationale du Québec peut-elle, sans enfreindre les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, interdire le port de signes religieux, dans l'exercice de leurs fonctions, aux personnes énumérées dans l'annexe II du Projet de loi n° 21 (*Loi sur la laïcité de l'État*) présenté le 28 mars 2019 ? »**
 - b. « Si la réponse à la question précédente est négative, dans quelle mesure et, le cas échéant, à quelles conditions l'Assemblée nationale du Québec peut-elle recourir, à titre préventif, aux mécanismes de dérogation qui sont prévus par l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et par l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ? »**
- 2. De suspendre dans l'intervalle l'étude du Projet de loi n° 21, dans l'attente de l'avis de la Cour d'appel.**
- 3. Lorsque l'avis de la Cour d'appel sera disponible, de tenir, sous les auspices de la Commission des Institutions, une consultation générale permettant un examen approfondi des exigences qu'implique la laïcité pour l'ensemble de l'activité de l'État.**

¹⁴⁶ Voir : Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, ch. VI.

¹⁴⁷ Pierre BOSSET, « La "crise" des accommodements raisonnables : regards d'un juriste sur le rapport Bouchard-Taylor », 2009 (3) *Revue de droit parlementaire et politique* 323, aux pp. 346-347.

ANNEXE

Aspects juridiques internationaux

J'aborde dans cette annexe la conformité du Projet de loi n° 21 avec le droit international dans la mesure où le Québec s'est solennellement engagé à respecter celui-ci. Dans les systèmes juridiques « dualistes », comme le sont ceux du Québec et du Canada, les règles du droit international ne sont pas, en principe, applicables par les tribunaux. Néanmoins, ces règles sont très utiles à l'interprétation des garanties prévues par les chartes québécoise et canadienne des droits, et, sur le plan international, leur non-respect peut entraîner la responsabilité juridique de l'État. Je m'attacherai aux normes juridiques internationales proprement dites, ainsi qu'aux mécanismes internationaux qui sont pertinents à l'examen du Projet de loi n° 21.

Normes internationales pertinentes

Les normes juridiques internationales pertinentes sont évidemment celles qui lient juridiquement le Québec et le Canada sur le plan international – en l'occurrence, il s'agit principalement du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, un traité adopté sous les auspices de l'ONU et ratifié à ce jour par 172 États. Le 19 mai 1976, le Canada a ratifié ce traité avec l'accord explicite du gouvernement du Québec. L'article 18, par. (1) garantit le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il précise que ce droit implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. Il est admis que ce droit comprend, entre autres, le droit de porter les vêtements ou couvre-chefs distinctifs qui peuvent être exigés par une religion.

Selon l'article 18, par. (3), la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Non-pertinence des dérogations aux chartes québécoise et canadienne

Vu l'usage des mécanismes de dérogation que propose le Projet de loi n° 21, il importe de préciser que **l'examen de lois nationales au regard du Pacte se fait uniquement en fonction des règles du droit international**. Selon les principes admis de la responsabilité internationale, en effet, « *la qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne*¹⁴⁸ ». En d'autres termes, le recours aux mécanismes québécois et canadien de dérogation n'aura aucune incidence juridique aux yeux du droit international.

¹⁴⁸ Nations Unies, Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. NU A/56/10 (2001), art. 3. Cette règle reflète la formule lapidaire suivant laquelle « *au regard du droit international, les lois nationales sont de simples faits* » : Cour permanente de justice internationale, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, CPIJ série A, n° 7 (1926), p. 19.

Voies procédurales

Si le Projet de loi n° 21 est adopté avec les limitations des droits fondamentaux qu'il comporte, deux voies procédurales permettront à des groupes ou à des personnes de saisir, directement ou indirectement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de leurs griefs :

1° Le rapport que le Canada soumettra prochainement au Comité, conformément à l'article 40(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Canada devra soumettre son prochain rapport au plus tard le 24 juillet 2020, de sorte que le Projet de loi n° 21, s'il est adopté d'ici là, devra être mentionné et pourra donc faire l'objet de remarques de la part du Comité. En pratique, le Comité permettra à des organisations non gouvernementales ainsi qu'aux commissions des droits de la personne de présenter des « contre-rapports » sur la façon dont le Canada et les provinces s'acquittent de leurs obligations en vertu du *Pacte*. Ces rapports alternatifs sont toujours pris au sérieux par le Comité. L'examen du rapport du Canada se terminera par les observations finales du Comité, lesquelles comprendront des « sujets de préoccupation » où le Comité fera état, si nécessaire, des réserves ou des critiques que soulève tel ou tel aspect du respect des droits au sein du Canada ou d'une province. Ces observations finales, publiques, devront faire l'objet d'un suivi. Elles pourront être reprises lors de l'examen du rapport subséquent.

2° Le dépôt de communications individuelles auprès du Comité. Depuis 1976, cette procédure de communication individuelle (ou plainte) fait l'objet du *Premier protocole facultatif* se rapportant au *Pacte*, un protocole que le Canada a ratifié peu après son entrée en vigueur et ce, avec l'accord exprès du gouvernement québécois.

Tout particulier qui prétend être victime d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le *Pacte* et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut présenter une communication écrite au Comité. Celui-ci est composé d'experts indépendants. Les constatations finales du Comité sont publiques.

Les constatations que formule le Comité des droits de l'homme au terme de l'examen d'une communication individuelle jouissent d'un grand poids moral auprès des États ainsi que de l'opinion publique. Dans le passé, le Canada a donné suite aux constatations du Comité (voir p. ex. *Lovelace c. Canada*, communication individuelle n° 24/1977, constatations du 30 juillet 1981), y compris lorsqu'une constatation visait spécifiquement le Québec (par exemple *Ballantyne et autres c. Canada*, communications individuelles n° 359/85 et n° 385/89, constatations du 31 mars 1993).

Jurisprudence pertinente

Le Comité des droits de l'homme n'a pas encore été saisi de communications alléguant une violation du Pacte du fait de lois interdisant le port de signes religieux par des agents de l'État.

Cependant, le Comité a souvent insisté sur la nécessité de justifier toute mesure portant atteinte à la liberté religieuse par des raisons précises, entrant dans le cadre des exceptions du paragraphe 3 déjà mentionné. Ainsi, dans une affaire soumise à l'examen du Comité, la requérante, étudiante à l'université, avait été expulsée en raison de sa volonté de porter un hidjab, apparemment en contravention du règlement universitaire. Le Comité n'a pas mis en doute la capacité des établissements d'enseignement d'adopter des règles de fonctionnement, ni l'existence des limites à la liberté religieuse prévues par le *Pacte*; en revanche, il a souligné que l'État concerné n'avait invoqué devant lui aucune raison particulière montrant que l'exclusion de la requérante était nécessaire pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publique, la morale ou encore les libertés et droits fondamentaux d'autrui, comme l'exige le *Pacte*. La seule justification invoquée par l'État était le refus de la requérante de se conformer au règlement universitaire : ce raisonnement fut insatisfaisant aux yeux du Comité, qui constata alors une violation de l'article 18 du *Pacte*: *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, communication individuelle n° 931/2000, constatations du 5 novembre 2004.

Dans des affaires plus récentes, le Comité a procédé à un examen indépendant et critique de mesures législatives d'interdiction visant respectivement le port d'un sous-turban sikh (*keski*) en milieu scolaire et celui d'un vêtement couvrant le visage sur la voie publique. Dans *Singh c. France* (communication individuelle n° 1852/2008, constatations du 1^{er} novembre 2012, par. 8.7), le Comité fait remarquer que « l'État partie n'a[vait] pas donné de preuves convaincantes qu'en portant son *keski* l'auteur aurait présenté une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire ». Dans *Yaker c. France* (communication individuelle n° 2747/2016, constatations du 22 octobre 2018, par. 8.10), le Comité dénonce le caractère vague et abstrait de la notion de « vivre-ensemble » invoquée au soutien de l'interdiction du voile intégral sur la voie publique. Le Comité estime qu'un fondement aussi indéterminé ne peut suffire à justifier une atteinte à la liberté religieuse. Dans les deux cas, le Comité a conclu à une violation de l'article 18 du *Pacte*, non justifiée par les dispositions limitatives du paragraphe (3).

Fait à noter, le Comité des droits de l'homme – contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, particulièrement en matière religieuse – ne reconnaît **aucune marge nationale d'appréciation aux États en matière de limitation à un droit fondamental**. Toute limitation sera ainsi examinée au mérite de manière autonome par le Comité des droits de l'homme, et cela, en fonction uniquement des exigences que fixe le par. (3) de l'art. 18.

L'Observation générale n° 22

Le Comité des droits de l'homme a adopté une observation générale (n° 22) sur le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (v. plus haut, note 14). Dans cette observation générale, le Comité rappelle que les restrictions à la liberté de religion prévues par l'art. 18 « *doivent être en rapport direct avec l'objectif spécifique qui les inspire et proportionnelles à celui-ci. Il ne peut être imposé de restrictions à des fins discriminatoires ni de façon discriminatoire* ».

Il est rappelé également que le fait que les adeptes d'une religion représentent la majorité de la population ne doit pas « *entraîner une discrimination quelconque contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants. En particulier, [...] des mesures imposant des restrictions spéciales à la pratique d'autres religions, ne sont pas conformes à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou la conviction, ni à la garantie d'une égale protection* ».

Conclusion

Une loi interdisant à des agents de l'État de porter des signes religieux serait a priori vulnérable au regard du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, car incompatible avec le respect de la liberté religieuse, ainsi qu'avec le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion.

Si des communications individuelles sont déposées devant le Comité des droits de l'homme à l'encontre du Projet de loi n° 21, le Québec devra démontrer au Comité en quoi les mesures découlant de ce projet de loi sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. Le Québec devra également démontrer en quoi ces mesures sont proportionnelles à cet objectif et n'entraînent pas de discrimination.