

Mémoire présenté à la

Commission des institutions

Assemblée nationale du Québec

**Consultation générale
Projet de loi no 62**

***Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et
visant notamment à encadrer les demandes
d'accommodements religieux dans certains organismes***

Par

Me Guillaume Rousseau

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

et

Nicolas Proulx

Étudiant à la maîtrise à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

Novembre 2016

Résumé

La Cour suprême du Canada n'a pas seulement importé le concept d'accommodement raisonnable du droit américain, elle l'a considérablement modifié. Alors que la Cour suprême des États-Unis avait décidé qu'une contrainte excessive était une contrainte plus que minimale, la Cour suprême du Canada écarta ce critère et décida qu'une contrainte encore plus importante était acceptable. Cela signifie que la preuve pour justifier un refus d'accommodement religieux est beaucoup plus facile à faire aux États-Unis qu'au Canada ou au Québec... d'où la multiplication, ici, des accommodements raisonnables et déraisonnables. Le fondement de cette différence est l'existence dans la Constitution américaine d'une clause interdisant l'établissement d'une religion par l'État, autrement dit la consécration de la neutralité religieuse de l'État, laquelle clause n'a pas d'équivalent dans la Constitution canadienne. Cela démontre l'importance de mentionner le principe de la neutralité religieuse de l'État dans la loi. Cependant, si le but du projet de loi est de faire évoluer la jurisprudence actuelle, il ne peut se contenter de codifier cette jurisprudence et de consacrer un principe aussi vague que celui de neutralité religieuse de l'État. Il doit employer des mots différents de ceux contenus dans cette jurisprudence lorsqu'il aborde la question des accommodements : les mots « contrainte plus que minimale » devraient remplacer les mots « contrainte excessive ».

En ce qui concerne l'obligation d'avoir le visage découvert, les deux premiers alinéas de l'article 9 semblent faire de cette obligation la règle, mais son troisième alinéa permet des accommodements à cette règle, au cas par cas. Les premiers alinéas sont plus compatibles avec la neutralité religieuse de l'État et l'égalité homme-femme, comme l'illustre une analyse de l'arrêt *R. c. N.S.*. C'est pourquoi il convient de prévoir à ce troisième alinéa que « Tout accommodement qui implique un aménagement à l'une ou l'autre de ces règles doit être refusé, sauf si un motif de sécurité impératif et avéré le justifie clairement ».

La loi sera vraisemblablement contestée sous prétexte de liberté de religion et de droit à l'égalité. Il faut donc y insérer une référence aux dispositions dérogatoires des deux chartes des droits. Le volet théorique de notre étude sur la disposition dérogatoire révèle que dans la réflexion doctrinale québécoise autour de cette disposition se dégage une vision cohérente : même avant un jugement déclarant une loi non conforme à une charte, l'utilisation de la disposition peut être justifiée, surtout si cette elle vise à protéger l'identité québécoise ou à permettre un progrès social, tel le renforcement de l'égalité femme-homme. Quant au volet empirique de l'étude, il démontre que la disposition dérogatoire est souvent utilisée au Québec : en 2015 nous dénombrions 41 lois adoptées par l'Assemblée nationale ayant compris au moins une invocation d'une disposition dérogatoire, dont pas moins de 11 étaient toujours en vigueur (pour un total de 106 alinéas y référant, dont 17 toujours en vigueur). Conformément à la théorie, autour de 80% des cas d'utilisation d'une disposition dérogatoire ont été justifiés au nom d'un enjeu identitaire ou social. Par exemple, il peut s'agir de déroger au droit à l'égalité des deux chartes afin d'offrir un avantage à des femmes retraitées qui n'ont pas pu contribuer à un régime de retraite à l'époque où leurs salaires étaient excessivement bas.

Introduction

Nous allons tenter de contribuer à la réflexion en vous entretenant à propos de ce qui nous semble être certaines des décisions les plus importantes rendues par la Cour suprême du Canada en matière religieuse. Notre objectif est d'illustrer que sa jurisprudence est en général excessivement favorable à l'imposition de normes religieuses aux dépens d'autres principes, dont la laïcité et l'égalité femme-homme. Cela est vrai en matière d'accommodements religieux en général et d'obligation de se dévoiler le visage lors de la prestation ou de la réception de services publics en particulier.

Pour échapper à cette jurisprudence, il convient d'apporter des modifications au projet de loi 62, en précisant qu'un accommodement religieux peut être refusé dès qu'il est susceptible de causer une contrainte plus que minimale, en rendant véritablement exceptionnels les accroc à la règle du visage découvert lors de la prestation ou de la réception de services publics et en protégeant la loi contre une éventuelle contestation constitutionnelle fondée sur la liberté de religion ou le droit à l'égalité.

I. La jurisprudence canadienne sur l'accommodement religieux à la lumière de la jurisprudence américaine: des excès d'hier à ceux de demain

En matière d'accommodements religieux, pour comprendre la jurisprudence canadienne, il faut retourner au premier arrêt de principe rendu par la Cour suprême du Canada en cette matière en 1985: *O'Malley c. Simpson-Sears*¹. Dans cette affaire, la plaignante, membre d'une église évangélique, avait vu ses heures de travail diminuées parce que, invoquant des raisons religieuses, elle refusait de travailler le vendredi soir et le samedi, soit pendant les heures les plus achalandées au magasin de son employeur. Avec son recours, la plaignante cherchait non pas à retrouver un horaire de travail à temps plein, mais à être compensée pour la perte de salaire liée à la perte d'heures de travail entre son refus de travailler le samedi et son mariage quelques mois plus tard. Ce qui laisse penser que la véritable raison de sa demande d'accommodement était autre. D'ailleurs, on peut lire dans le jugement « la plaignante a déclaré ne plus être intéressée à un emploi à plein

¹ [1985] 2 R.C.S. 536.

temps, son mari préférant qu'elle travaille à temps partiel ». Comme quoi dès l'origine le ver de l'inégalité homme-femme était dans la pomme de l'accommodement religieux. À notre avis, cela illustre la validité empirique du syllogisme selon lequel les religions étant contre l'égalité entre les sexes et les accommodements raisonnables favorables aux religions, ces accommodements font reculer cette égalité. C'est pourquoi nous approuvons le deuxième paragraphe de l'article 10 du projet de loi qui reconnaît le danger que constituent les accommodements religieux pour l'égalité femme-homme.

Car évidemment, dans cette affaire *O'Malley* la Cour suprême du Canada imposa un accommodement « raisonnable » à l'employeur. Malgré la commission d'enquête qui jugea que l'employeur avait agi raisonnablement, et le tribunal de 1^e instance ainsi que la Cour d'appel qui jugèrent qu'il n'avait pas commis d'infraction puisqu'il n'avait pas eu l'intention de discriminer, le plus haut tribunal canadien en décida autrement. Il conclut que l'employeur aurait dû accommoder la plaignante davantage et qu'il devait maintenant la compenser pour la perte de salaire liée à son refus de travailler le vendredi soir et le samedi pendant une certaine période. Pour arriver à cette conclusion, la Cour suprême du Canada cita la jurisprudence américaine qui prescrit qu'un employeur doit accommoder son employé, sauf s'il en résulte une contrainte excessive.

Cela dit, quand on y regarde de plus près, on constate que la Cour suprême du Canada n'a pas seulement importé le concept d'accommodement raisonnable du droit américain, elle l'a considérablement modifié. En effet, dans l'arrêt *Simpson-Sears* le plus haut tribunal canadien cita l'arrêt de principe de la Cour suprême des États-Unis *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*². Toutefois, le tribunal canadien écarta la signification donnée par le tribunal américain à la notion de « contrainte excessive » dans cet arrêt. Alors que la Cour suprême des États-Unis avait décidé qu'une contrainte excessive était une contrainte plus que minimale³, en 1992 dans l'arrêt *Central Okanagan School District c. Renaud*⁴ portant sur des faits similaires à ceux de l'affaire *O'Malley*, la Cour suprême du Canada écarta explicitement ce critère et décida qu'une contrainte plus importante était

² 423 U.S. 63 (1976).

³ On peut lire dans l'arrêt *Hardison* : « To require TWA to bear more than a de minimis cost to give Hardison Saturdays off is an undue hardship ».

⁴ [1992] 2 R.C.S. 970.

acceptable⁵. Puis, elle donna raison au plaignant contre la commission scolaire et le syndicat, sans trop tenir compte de l'impact de la demande d'accommodement sur les autres employés, et ce, notamment au nom du multiculturalisme. Concrètement, cela signifie que la preuve pour justifier un refus d'accommodement religieux est beaucoup plus facile à faire aux États-Unis qu'au Canada ou au Québec... d'où la multiplication, ici, des accommodements religieux raisonnables et déraisonnables.

Outre l'interprétation littérale du mot « excessive » et le principe du multiculturalisme qui est consacré constitutionnellement au Canada, mais pas aux États-Unis, qu'est-ce qui explique cette immense différence? Comme le mentionne explicitement la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Central Okanagan*, le fondement de cette différence est l'existence dans la Constitution américaine d'une clause interdisant l'établissement d'une religion par l'État, autrement dit la consécration du principe de la neutralité religieuse de l'État, laquelle clause n'a pas d'équivalent dans la Constitution canadienne⁶.

Tout cela tend à démontrer l'importance de mentionner le principe de la neutralité religieuse de l'État dans la loi. En ce sens, le projet de loi 62 pourrait faire œuvre utile. Cependant, à notre avis, une simple mention de ce principe dans la loi ne suffira pas à faire évoluer la jurisprudence. Le projet de loi reprend les mots « contrainte excessive », ce qui envoie comme message aux juges qu'ils peuvent continuer à appliquer ce concept tel qu'il est défini en droit canadien actuellement. Si le but du projet de loi est de faire

⁵ On peut lire dans l'arrêt *Central Okanagan* : « Le critère *de minimis* établi dans l'arrêt *Hardison* supprime à toutes fins pratiques l'obligation d'accommodement et semble particulièrement inopportun dans le contexte canadien. Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif "excessive" suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte "excessive" répond à ce critère ».

⁶ On peut lire dans l'arrêt *Central Okanagan* : « En outre, il existe une bonne raison de ne pas adopter le critère "*de minimis*" au Canada. L'affaire *Hardison* a été plaidée en fonction de la clause d'établissement du Premier amendement de la Constitution américaine qui interdit l'établissement d'une religion. Cet aspect de l'arrêt *Hardison* a donc été tranché dans un contexte juridique complètement différent. La jurisprudence de notre Cour a abordé la question de l'accommodement d'une manière plus fondée sur l'objet visé et a tenté de fournir un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés. Le point de vue des tribunaux canadiens est donc tout à fait différent de l'approche adoptée dans les arrêts américains tels que *Hardison* et, plus récemment, *Ansonia Board of Education c. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986) ». Cet extrait fut repris dans un arrêt introduisant l'accommodement religieux en droit québécois : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

Par ailleurs, au sujet du lien entre la clause de non-établissement d'une religion dans la Constitution américaine et le critère de la contrainte qui ne doit pas être plus que minimale voir : Michael W. McCONNELL, « Accommodation of Religion : An Update and a Response to the Critics » 60 Geo. Wash. L. Rev. 685, 704 (1992).

évoluer la jurisprudence actuelle, il ne peut se contenter de codifier cette jurisprudence et de consacrer un principe aussi vague que celui de neutralité religieuse de l'État. Il doit employer des mots différents de ceux contenus dans cette jurisprudence lorsqu'il aborde la question des accommodements. Nous vous proposons donc d'employer les mots « contrainte plus que minimale » plutôt que les mots « contrainte excessive » à l'article 10 du projet de loi.

Idéalement, il faudrait même modifier l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après « Charte québécoise ») afin que le respect de la neutralité religieuse de l'État soit prévu dans une loi quasi-constitutionnelle et que le critère de la « contrainte plus que minimale » remplace celui de la « contrainte excessive » pour toutes les demandes d'accommodements religieux, non pas uniquement pour celles visant des organismes publics. La même chose est vraie pour ce qui est du respect de l'égalité femme-homme. Dans sa version actuelle, le projet de loi 62 envoie comme message que les accommodements religieux doivent être conformes à l'égalité homme-femme dans les organismes publics, mais pas dans les organismes privés. Nous comprenons mal ce choix. Afin de protéger également les entreprises privées, d'influencer la jurisprudence et de renforcer autant la neutralité religieuse de l'État que l'égalité homme-femme, il y aurait donc lieu d'ajouter à l'article 10 de la Charte québécoise un alinéa pour préciser que « L'accommodement pour motif religieux découlant du présent article doit respecter l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que la neutralité religieuse de l'État et ne pas imposer une contrainte plus que minimale »⁷.

Ainsi, le Québec pourrait échapper quelque peu à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada pour s'aligner davantage sur la jurisprudence américaine et ainsi atteindre un meilleur équilibre entre la liberté religieuse et d'autres principes tout aussi importants, dont l'égalité homme-femme.

⁷ Cela aurait pour effet de créer un critère différent pour la religion comparativement aux autres motifs de discrimination illégale de l'article 10 de la Charte québécoise. Outre le fait que ce sont les accommodements fondés sur la religion et non ceux fondés sur les autres motifs qui suscitent une vive opposition au sein de la population, cette différence serait justifiée par le fait que la religion est un choix personnel ayant un effet neutre sur la société, alors que généralement les autres motifs soient ne sont pas des choix (par exemple, le handicap) soient sont des choix comportant des externalités positives pour la société (par exemple, la grossesse).

Comprenez-nous bien, il ne s'agit pas tant de revenir sur des pratiques déjà existantes, tel l'octroi de congés d'une journée pour raison religieuse. Même avec le critère de la contrainte qui ne doit pas être plus que minimale du droit américain, ce genre de congé est possible. Par exemple, si un employé trouve un collègue volontaire avec qui échanger un quart de travail pour des raisons religieuses, il peut le faire et son employeur doit assumer les frais administratifs liés à cet échange même si cela représente une contrainte minimale⁸.

Les amendements que nous proposons visent à faire face aux prochaines vagues de revendications religieuses déraisonnables. Si on se fie aux développements des dernières années en droit américain, les prochaines revendications risquent de porter notamment sur des congés de plusieurs semaines pour cause de pèlerinage⁹. Évidemment, on pense aux pèlerinages à La Mecque¹⁰, quoiqu'il y ait aussi des adeptes d'autres religions qui pourraient faire valoir ce genre de revendication. Pensons entre autres au cas d'une Américaine catholique qui souhaitait se rendre à Medjugorje en Bosnie-Herzégovine où des apparitions de la Vierge Marie seraient survenues¹¹.

Même aux États-Unis, où un jugement accordant un accommodement religieux est plus difficile à obtenir qu'au Canada, des employeurs, souvent des PME ou des organismes publics, peuvent être forcés d'accorder des congés de plusieurs semaines pour raison religieuse. Comment est-ce possible ? Il suffit qu'un plaignant soit appuyé par la Equal Employment Opportunity Commission, le pendant américain de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Face au risque d'une poursuite judiciaire

⁸ À ce sujet voir: « 29 CFR 1605.2 - REASONABLE ACCOMMODATION WITHOUT UNDUE HARDSHIP AS REQUIRED BY SECTION 701(J) OF TITLE VII OF THE CIVIL RIGHTS ACT OF 1964. » Legal Information Institute, Cornell University Law School, en ligne: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1605.2>.

⁹ À ce sujet voir notamment: Matthew P. MOONEY, « Between a stone and a hard place: how the hajj can restore the spirit of reasonable accommodation to Title VII », *Duke Law Journal*, vol 62 :1029.

¹⁰ À ce sujet voir par exemple: Jerry MARKON, « Justice Dept. Backs Muslim Teacher », *Washington Post*, Mar. 23 2011, A1.

¹¹ Voir: *Tiano v. Dillard Department Stores, Inc.*, 139 F.3d 679 (9th Cir. 1998) où le recours de la plaignante fut rejeté, mais pas parce que l'accommodement qu'elle réclamait aurait entraîné une contrainte excessive.

coûteuse pouvant se rendre jusqu'en Cour suprême, des PME ou des commissions scolaires préfèrent céder dans le cadre de règlements « à l'amiable »¹².

Bien sûr, avec le critère du droit canadien beaucoup plus favorable aux accommodements religieux, et les commissions des droits de la personne qui se rendent jusqu'en Cour suprême du Canada pour des affaires d'accommodements religieux (comme ce fut le cas notamment dans les affaires *O'Malley*, *Central Okanagan* et au Québec *Bergevin*¹³), sans changement législatif ce phénomène risque d'arriver tôt ou tard au Québec. Et pour y faire face, les PME et les corps publics québécois seront encore plus mal outillés sur le plan juridique que leurs équivalents américains.

Seule une intervention forte du législateur pourra influencer suffisamment la jurisprudence en matière d'accommodement religieux en général, comme en matière d'obligation d'avoir le visage découvert lors de la prestation ou de la réception de services publics en particulier.

II. L'obligation d'avoir le visage découvert : l'option la plus compatible avec la laïcité et l'égalité femme-homme

En ce qui concerne l'obligation d'avoir le visage découvert lors de la prestation ou de la réception de services publics, le projet de loi 62 est paradoxal. D'une part, les deux premiers alinéas de son article 9 donnent l'impression de faire de cette obligation la règle. D'autre part, son troisième alinéa ouvre grande la porte à des accommodements à cette règle, au cas par cas. Certes, il y est mentionné qu'un accommodement devra être refusé « si, compte tenu du contexte, des motifs portant sur la sécurité, l'identification ou le niveau de communication requis le justifient ». Mais on imagine difficilement une situation, autre qu'un cas extrême de danger à la sécurité, où de tels motifs pourront justifier un refus. Pour reprendre un exemple bien connu, il nous semble que rien dans cet alinéa n'empêcherait d'accommoder une personne souhaitant participer à une cérémonie

¹² À ce sujet voir notamment: Matthew P. MOONEY, *supra* note 9, à la p. 1055.

¹³ Au Québec ce fut le cas dans l'affaire *Bergevin*, *supra* note 6.

publique d'assermentation ou autre avec le visage couvert, pour autant qu'elle se soit découvert le visage en privé préalablement à des fins d'identification.

Le projet de loi envoie donc deux messages contradictoires : un favorable au visage découvert, un favorable au visage couvert. Pourtant, il apparaît clairement que le premier de ces messages est davantage en harmonie avec l'esprit du projet de loi. Pour démontrer cela, nous comptons nous référer à des auteurs en sciences sociales et à l'arrêt *R. c. N.S.*¹⁴, dans lequel il est question de la possibilité de se couvrir le visage lors d'un témoignage en cour.

Le projet de loi vise notamment à favoriser la neutralité religieuse de l'État et donc une certaine forme de laïcité, comme le souligne son titre, et l'égalité homme-femme, comme l'indique son article 10. Or, dans l'arrêt *R. c. N.S.*, c'est l'opinion dissidente des juges Lebel et Rothstein qui pose le plus clairement la question de la compatibilité entre le visage couvert et la neutralité religieuse. Et leur réponse est claire. Ils déclarent que « La neutralité religieuse de l'État et de ses institutions, y compris des tribunaux et du système de justice, assure la vie et la croissance d'un espace public ouvert à tous, peu importe les croyances, le scepticisme ou l'incrédulité de chacun ». Puis, ils concluent en faveur d'une « interdiction claire de porter le niqab ». Il ne fait pas de doute que cette réflexion des juges Lebel et Rothstein fait échos à celle de Dominique Schnapper, théoricienne du républicanisme et ancienne membre du Conseil constitutionnel français, selon qui l'exercice de la citoyenneté implique qu'il existe un minimum d'unité pour l'espace commun, organisé par l'État, afin de réussir à transcender nos différences, notamment religieuses¹⁵.

À l'inverse, la majorité des juges de la Cour suprême affirme d'emblée qu'« Une réponse laïque obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l'entrée de la salle d'audience est incompatible avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n'est justifiable ». Logiquement, puisque cette majorité s'oppose à la laïcité, elle s'oppose aussi à une interdiction claire de se couvrir le visage

¹⁴ [2012] 3 R.C.S. 726.

¹⁵ Dominique SCHNAPPER, « La république face aux communautarismes », *Études*, tome 400, 2004, par. 25.

lors d'un témoignage. Elle préfère une approche de recherche d'accommodements au cas par cas, en se référant entre autres aux affaires *O'Malley* et *Central Okanagan*. Dans cette logique, la majorité de la cour dans l'affaire *R. c. N.S.* envisage même la ségrégation des sexes, en excluant les hommes de la salle d'audience, pour accommoder les croyances d'une femme qui refuse que son visage soit aperçu par des hommes n'appartenant pas à sa famille. Si la majorité de la cour se refuse à trancher en faveur de cette option, c'est parce que cela « aurait des répercussions sur le principe de la publicité des débats judiciaires, sur le droit de l'accusé d'assister à son procès, et peut-être sur son droit à l'assistance de l'avocat de son choix ». Mais jamais ces juges ne mentionnent que l'exclusion des hommes de la salle d'audience entrerait en contradiction avec le principe de l'égalité homme-femme.

De l'affaire *O'Malley* à l'affaire *R. c. N.S.*, une même insensibilité envers ce principe marque donc la jurisprudence de la Cour suprême, dès qu'il est question de diversité religieuse. Pourtant, même un grand penseur du multiculturalisme comme Will Kymlicka ne croit pas que toute pluralité soit à tout coup compatible avec la démocratie libérale¹⁶. Par conséquent, cette jurisprudence apparaît clairement excessive. À notre avis, seul un motif de sécurité impératif et avéré devrait pouvoir justifier une exception à la règle du visage découvert dans le cadre de la prestation ou de la réception de services publics.

Dans ce contexte, il apparaît important que le législateur s'écarte clairement de cette jurisprudence et qu'il se rallie plutôt à la position davantage compatible avec la laïcité et l'égalité des sexes défendue par les juges Lebel et Rothstein. Concrètement, il convient donc de modifier le troisième alinéa de l'article 9 du projet de loi afin qu'il se lise comme suit : « Tout accommodement qui implique un aménagement à l'une ou l'autre de ces règles doit être refusé, sauf si un motif de sécurité impératif et avéré le justifie clairement ».

Évidemment, tout comme l'ensemble du projet de loi, cet amendement pose la question d'une probable contestation constitutionnelle.

¹⁶ Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, Montréal, Boréal, 2001, p. 217.

III. La protection de la loi contre une contestation constitutionnelle: une nécessité justifiée au regard de la théorie et de la pratique de la disposition dérogatoire

Dans un article datant du 9 octobre dernier, Patrick Bellerose du Huffington Post Québec rapportait que, pour l'Association canadienne des libertés civiles, le projet de loi 62 constitue une « forme de discrimination » et « brimera le droit à la liberté de religion prévu par la Charte canadienne des droits et libertés du Canada ». Par conséquent, cette association « n'exclut pas de participer à une contestation du projet de loi 62 devant les tribunaux »¹⁷. Quant à la Ligue des droits et libertés, on apprenait hier dans *Le Devoir* qu'elle prétend qu'il a une portée discriminatoire et accuse le gouvernement de faire du « profilage religieux ». La Commission des droits de la personne considère aussi que ce projet de loi est discriminatoire. C'est pourquoi, tout comme la Ligue des droits et libertés, elle « s'est opposée à ce que la neutralité religieuse de l'État et l'égalité entre les femmes et les hommes soient inscrites comme critères à respecter quand on doit traiter une demande d'accommodement religieux ».¹⁸ Évidemment, si l'Assemblée nationale devait aller dans le sens de notre recommandation favorable à une obligation plus clairement affirmée d'avoir le visage découvert lors de la prestation ou la réception de services publics, les risques d'une contestation constitutionnelle, par ces groupes ou par d'autres, seraient encore plus élevés.

Dans le but d'éviter une telle contestation, qui serait coûteuse et pourrait déboucher sur une invalidation partielle de la loi, il convient pour le législateur d'invoquer la disposition dérogatoire prévue aux deux chartes des droits. Contrairement à une fausse croyance largement répandue, l'utilisation de cette disposition n'a pas à être exceptionnelle. Autant la théorie que la pratique nous révèlent que le recours à cette disposition est normal et peut être justifié particulièrement lorsqu'il s'agit de défendre un choix collectif du Québec lié à l'égalité homme-femme.

¹⁷ Patrick Bellerose, « Le projet de loi 62 sur la neutralité religieuse : « Une forme de discrimination » dit l'Association canadienne des libertés civiles », *Huffington Post Québec*, 9 octobre 2016, en ligne : http://quebec.huffingtonpost.ca/2016/10/09/projet-de-loi-62-sur-la-neutralite-religieuse--une-forme-de-discrimination-dit-lassociation-canadienne-des-libertes-civiles_n_12376302.html .

¹⁸ Robert Dutrisac, « La Commission des droits de la personne juge le projet de loi 62 discriminatoire », *Le Devoir*, 2 novembre 2016, p. A3.

Dès 1977, le plus grand constitutionnaliste québécois à ce jour, Henri Brun, publiait un article dans lequel il abordait la Charte québécoise et sa disposition dérogatoire :

La Charte québécoise, en l'occurrence, énonce à peu près exclusivement des droits individuels et elle le fait d'une façon extensive. Or dans le contexte d'une collectivité fragile, comme l'est la collectivité québécoise sur les plans économique et culturel, il pourrait apparaître imprudent de consacrer en absolu toutes les libertés individuelles que la Charte reconnaît comme fondamentales. Il est peut-être utile que l'État, au moins au niveau législatif, puisse parfois porter atteinte à quelque droit individuel, pour assurer la survie de certaines libertés collectives.¹⁹ (Notre soulignement)

Dans leur livre *Droit constitutionnel*²⁰, réédité en 2014, les professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet invoquaient la souveraineté du Parlement pour défendre la légitimité de la disposition dérogatoire, autant celle de la Charte canadienne que celles des chartes des droits provinciales. Ils qualifiaient cette disposition d'institution qui permet « tout simplement de restaurer la démocratie parlementaire relativement à certains droits et libertés »²¹. Au sujet de l'article 33 de la Charte canadienne, ils mentionnaient même ceci :

Il est en effet particulièrement important pour la société québécoise de conserver le droit au dernier mot qu'elle possédait jusque-là en certaines matières qui sont pour elle vitales vu sa situation culturelle particulière en Amérique du Nord et au Canada. La dérogation expresse lui permet dans une certaine mesure de retrouver parfois ce droit au dernier mot.²²

Considérant que la conception québécoise de la laïcité, que le projet de loi 62 incarne timidement, est contraire à la tradition canadienne du multiculturalisme qui est constitutionnalisée²³, nous sommes dans une situation où il importe pour le Québec de faire valoir son droit au dernier mot. Le Québec est le seul État du Canada ayant déposé un tel projet de loi et ce n'est pas un hasard. À défaut d'invoquer la disposition dérogatoire, il risque de voir sa loi partiellement invalidée, car la Charte canadienne et la

¹⁹ Henri BRUN, « La Charte des droits et libertés de la personne : domaine d'application », (1977) 37-2 *R. du B.* 179, 199.

²⁰ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

²¹ *Id.*, p. 968.

²² *Id.*, p. 970.

²³ À ce sujet voir : Guillaume ROUSSEAU, *La nation à l'épreuve de l'immigration*, Québec, Éditions du Québécois, 2006.

Cour suprême ont précisément pour but d'uniformiser le droit à travers le Canada. C'est d'ailleurs pourquoi, selon le haut-fonctionnaire Jacques Gosselin, cette disposition peut être considérée « comme un mécanisme qui indirectement, fait en sorte que les caractères spécifiques et distincts des entités constitutives de la fédération (...) puissent quand même être maintenus »²⁴. Il faut dire que, pour lui, le principe fédéral est basé sur l'idée qu'une certaine décentralisation étatique régionale est nécessaire « pour mieux servir les intérêts, la spécificité et l'identité des gens qui habitent ces régions »²⁵. Dans ce contexte, selon Gosselin, même un usage préventif de cette disposition peut être justifiée, car « il est alors permis de considérer que le législateur, même s'il est d'avis que la mesure législative envisagée n'est pas incompatible avec la Charte, juge préférable, compte tenu de l'importance que revêt à ses yeux cette mesure, d'éviter de façon préventive toute contestation judiciaire à son sujet »²⁶.

Toujours selon Jacques Gosselin, cette disposition peut aussi permettre de faire prévaloir des droits et libertés à caractère collectif ou communautaire, tels ceux du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁷ qui incluent l'égalité homme-femme. Dans le même sens, le constitutionnaliste André Binette affirme que la disposition dérogatoire peut servir à créer des droits en faveur de groupes désavantagés²⁸.

Le caractère distinct de l'identité du Québec et la justice sociale, particulièrement à l'égard des femmes et des groupes désavantagés, peuvent donc justifier un usage fréquent de la disposition dérogatoire. Et cela est vrai en théorie comme en pratique. Car, outre ces opinions d'auteurs réputés, les résultats de nos recherches à travers des cas d'utilisation de la disposition dérogatoire ne laissent aucun doute. En comptant l'utilisation systématique de la disposition dérogatoire dans toutes les lois adoptées entre 1982 et 1985 comme formant une seule loi, mais en comptant chaque loi renouvelant une

²⁴ Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 249.

²⁵ *Id.*, p. 246.

²⁶ *Id.*, p. 234.

²⁷ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46 (entré en vigueur au Canada le 19 août 1976); J. GOSSELIN, *supra* note 24, p. 241-246.

²⁸ André BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada », (2003) *R. du B.* numéro spécial 109, p. 146.

référence à la disposition dérogatoire de la Charte canadienne, en 2015 nous dénombrions 41 lois adoptées par l'Assemblée nationale ayant compris au moins une invocation d'une disposition dérogatoire, dont pas moins de 11 étaient toujours en vigueur (ces lois comprenant parfois plusieurs alinéas référant à cette disposition, cela donne un total de 106 alinéas y référant, dont 17 toujours en vigueur). Parmi ces 41 lois, 9 prévoyaient des dérogations aux deux chartes; 23, une ou des dérogation(s) à la Charte québécoise; et 9, une ou des dérogation(s) à la Charte canadienne; ce qui donne un total de 32 pour la Charte québécoise et de 18 pour la Charte canadienne. Pour les lois toujours en vigueur, nous en comptons au moins 5 dérogeant aux deux chartes et 6 dérogeant uniquement à la Charte québécoise²⁹.

Tout aussi pertinent, sur les 41 lois invoquant la disposition dérogatoire, il y en avait 32 qui étaient relatives à la défense de l'identité nationale ou au progrès social, soit 78 %. Du côté des lois toujours en vigueur, 9 cas sur 11 — donc 82 % — étaient relatifs à la défense de l'identité québécoise ou au progrès social³⁰.

Plus pertinent encore, l'utilisation de la disposition dérogatoire, à l'encontre de la jurisprudence relative au droit à l'égalité, a été justifiée par le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes. La *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants et modifiant diverses dispositions législatives concernant les régimes de retraite des secteurs public et parapublic*³¹, adoptée en juin 1986, contient quatre articles invoquant les dispositions dérogatoires. Dans ces quatre cas, il s'agit de déroger à l'article 10 de la

²⁹ Pour les 5 lois comprenant les dispositions dérogatoires des deux chartes, voir : *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., c. R-9.1, art. 62; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R-10, art. 223.1; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R-11, art. 78.1; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12, art. 114.1; *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, L.R.Q. c. R-12.1, art. 211. Pour les 6 lois dérogeant seulement à la Charte québécoise voir : *Loi sur les jurés*, L.Q. 1976, c. 9, aujourd'hui L.R.Q., c. J-2, art. 52; *Code de procédure civile*, art. 11 et 542; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.Q. 1987, c. 95, art. 151, 276 et 385, aujourd'hui L.R.Q., c. S-29.01, art. 151 et 276; *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 73; *Loi sur l'administration fiscale*, L.R.Q. c. A-6 — 002, art. 93.18; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20, aujourd'hui L.R.Q., c. P-34.1, art. 82.

³⁰ À ce sujet voir : Guillaume Rousseau, *La disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social*, Montréal, IRQ, 2016, p. 13.

³¹ *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants et modifiant diverses dispositions législatives concernant les régimes de retraite des secteurs public et parapublic*, L.Q. 1986, c. 44, art. 62, 87, 97 et 105.

Charte québécoise et à l'article 15 de la Charte canadienne, soit au droit à l'égalité. En juin 2001, la disposition dérogatoire est invoquée dans la *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*³² qui déroge aussi au droit à l'égalité consacré par les deux chartes des droits. À tous les cinq ans, ces références à la disposition dérogatoire de la Charte canadienne ont été renouvelées, notamment en 2004, 2009 et en 2014, donc sous le gouvernement libéral actuel ou le précédent³³. Ces cinq cas de doubles dispositions dérogatoires sont toujours en vigueur dans cinq différentes lois³⁴.

Outre des dispositions favorables à des enseignants ou ex-enseignants religieux sécularisés, on retrouve dans ces lois de la discrimination favorable aux femmes, à qui est accordée une pension plus rapidement, par exemple, à 60 ans comparativement à 65 ans pour les hommes. En 2009, la ministre responsable de l'Administration gouvernementale justifiait l'utilisation de la disposition dérogatoire dans ce contexte en parlant d'« avantages [qui] visaient à compenser pour les conditions de travail particulières imposées aux femmes exerçant la profession d'enseignante » et du fait que « celles-ci recevaient une rémunération inférieure ou devaient obligatoirement démissionner si elles se mariaient »³⁵.

Cela démontre clairement que, lorsqu'il s'agit de protéger des femmes, le législateur ne doit pas hésiter à invoquer les dispositions dérogatoires des deux chartes des droits, particulièrement lorsque des organismes qui s'opposent à l'inscription du critère de l'égalité femme-homme menacent d'attaquer la loi sous prétexte de droit à l'égalité.

³² *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, L.Q. 2001, c. 31, art. 211.

³³ *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les régimes de retraite des secteurs public et parapublic*, L.Q. 1991, c. 14, art. 1, 29, 37 et 43; *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, c. 10, art. 5 à 8; *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, id., art. 235, 360, 378 et 392; *Loi modifiant la Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2004, c. 39, art. 78, 174, 196, 214 et 272; *Loi modifiant divers régimes de retraite du secteur public*, L.Q. 2009, c. 56, art. 2, 10, 13, 17 et 23; *Loi concernant la mise en œuvre de recommandations du comité de retraite de certains régimes de retraite du secteur public et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 2014, c. 11, art. 1, 8, 9, 10 et 15.

³⁴ *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., c. R-9.1, art. 62; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R -10, art. 223.1; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R -11, art. 78.1; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R -12, art. 114.1; *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, L.R.Q. c. R-12.1, art. 211.

³⁵ *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 1^e sess., 39^e légis., 17 novembre 2009 (Monique Gagnon-Tremblay).

Annexe : propositions d'amendements

1)

À l'article 10 du projet de loi, remplacer les mots « contrainte excessive » par les mots « contrainte plus que minimale ».

OU

À l'article 10 de la Charte québécoise, ajouter un alinéa prévoyant que « L'accommodement pour motif religieux découlant du présent article doit respecter l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que la neutralité religieuse de l'État et ne pas imposer une contrainte plus que minimale ».

2)

Modifier le troisième alinéa de l'article 9 du projet de loi afin qu'il se lise comme suit : « Tout accommodement qui implique un aménagement à l'une ou l'autre de ces règles doit être refusé, sauf si un motif de sécurité impératif et avéré le justifie clairement ».

3)

Après l'article 15 du projet de loi, ajouter un article se lisant comme suit :

« La présente loi s'applique malgré les dispositions des articles 3 et 10 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12).

Elle a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des Lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982). »