

CONTESTER LA DISCRIMINATION DE LA LOI 21 DU QUÉBEC : LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES AUX DÉROGATIONS DES DROITS DE LA PERSONNE

Rebecca Jones
Nathaniel Reilly
Colleen Sheppard
Université McGill

Novembre 2019



DIRECTIONS

**CONTESTER LA DISCRIMINATION DE LA LOI 21 DU QUÉBEC : LES
LIMITES CONSTITUTIONNELLES AUX DÉROGATIONS DES DROITS
DE LA PERSONNE**

*Rebecca Jones**, *Nathaniel Reilly†*, & *Colleen Sheppard‡*

Résumé

La loi 21 du Québec, qui interdit le port de symboles religieux dans certains emplois du secteur public et permet potentiellement de refuser des services aux personnes dont le visage est couvert, vise de façon disproportionnée les femmes musulmanes qui portent le hijab, le niqab ou d'autres formes de couvre-chefs. Dans cet article, nous relevons les effets discriminatoires de la nouvelle législation. Nous examinons ensuite comment elle pourrait être contestée devant les tribunaux, malgré les efforts de l'Assemblée nationale québécoise de contrecarrer le contrôle judiciaire en utilisant les clauses dérogatoires des Chartes canadienne et québécoise. Nous nous penchons en particulier sur les recours juridiques potentielles basées sur des dispositions de la Charte canadienne portant sur l'égalité et à la non-discrimination, des principes constitutionnels fondamentaux de la primauté du droit et de la protection des minorités, et des protections internationales des droits de la personne.

* Stagiaire en droit, Direction du droit constitutionnel au ministère du Procureur général de l'Ontario ; B.C.L./LL.B. 2019, Faculté de droit, Université McGill. Les opinions exprimées dans le présent commentaire sont entièrement les siennes et ne représentent pas les vues ou la position du gouvernement de l'Ontario ou du ministère du Procureur général de l'Ontario.

† B.C.L./J.D. Candidat, Faculté de droit, Université McGill.

‡ Professeure, Faculté de droit et Centre des droits de la personne et du pluralisme juridique, Université McGill.

Nous tenons à remercier Leila Nasr, Robert Leckey, Fatima Saya et Aquil Virani pour leurs précieux commentaires sur une version antérieure de cet article. Nous remercions également le Conseil de recherches en sciences humaines pour son soutien. Nous remercions également Gabriel D'Astous pour son aide avec la traduction vers le français. Des changements éditoriaux mineurs et quelques mises à jour ont été effectués depuis la mise en ligne de la première version en novembre 2019.

Introduction

La Loi sur la laïcité de l'État (la Loi)¹, déposée sous forme de projet de loi 21 à l'Assemblée nationale du Québec, est difficile à concilier avec de nombreux aspects de la tradition québécoise en matière de droits de la personne. La *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (la *Charte québécoise*) — une loi quasi constitutionnelle qui est au cœur des protections des droits de la personne dans la province — reconnaît « l'égalité des femmes et des hommes » et la « liberté de religion » et est fondée sur l'égalité et la dignité humaine². Au lieu d'appuyer ces valeurs ou de remédier à un problème social urgent, les conséquences qui découleront probablement de la loi 21 mineront l'égalité et la dignité et créeront d'importants problèmes en matière de politiques publiques.

Les femmes musulmanes qui vivent et travaillent au Québec forment un groupe particulièrement touché par la nouvelle Loi. En interdisant les symboles religieux dans certains emplois du secteur public et, potentiellement, en refusant de fournir des services aux personnes dont le visage est couvert, la loi 21 touche de façon disproportionnée celles qui portent le hijab, le niqab ou d'autres formes de couvre-chef. En résulte que les effets de la Loi sont discriminatoires ; une discrimination fondée sur l'intersection de la religion et du sexe³. La Loi contribue également à une culture d'islamophobie et de racisme, puisqu'un nombre important de femmes musulmanes qui portent le hijab ou le niqab sont racialisées et issues de communautés immigrantes⁴. L'interdiction des symboles religieux touchera également d'autres communautés religieuses, telles que les hommes juifs qui portent la kippa ou les sikhs qui portent le turban. Cet article porte toutefois sur les risques

1 SQ c C-12. La sanction royale a été reçue le 16 juin 2019 après avoir été déposée à l'Assemblée nationale le 28 mars 2019. Tout au long de cet article, nous référons à la loi comme étant soit la Loi ou la loi 21 (comme il est souvent appelé, malgré son statut de loi).

2 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*], *Préambule*, arts 3, 10, 50.1.

3 L'intersectionnalité reconnaît la spécificité des expériences de discrimination. Voir notamment Kimberlé Williams Crenshaw, « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-Discrimination Law » (1988) 101 *Harvard Law Review* 1331. Pour une analyse qui a étayé la notion de discrimination intersectionnelle contre les femmes musulmanes par la Loi, voir par ex. *CDPDJ mémo*, *infra* note 4 à la p 63.

4 « A new poll shows support for Bill 21 is built on anti-Islam sentiment » *Montreal Gazette* (30 mai 2019), en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/local-news/a-new-poll-shows-support-for-bill-21-is-built-on-anti-islam-sentiment>>; Sarah Wilkins-Laflamme, « Islamophobia in Canada: Measuring the Realities of Negative Attitudes Toward Muslims and Religious Discrimination » (2018) 55 *Canadian Review of Sociology*.

d'exclusion, de marginalisation et d'inégalité auxquels les femmes musulmanes sont confrontées à la suite de l'adoption de la Loi⁵.

Nous commençons par souligner certaines des dispositions clés de la Loi qui risquent de porter atteinte à l'égalité. Nous décrivons ensuite la façon dont ces dispositions violent les protections prévues dans les *Chartes canadienne et québécoise*. Nous utilisons ce cadre analytique d'abord pour examiner l'interdiction du port de symboles religieux pour certains employés du secteur public, puis nous nous penchons sur les dispositions qui limitent l'accès aux services pour les usagers dont le visage est couvert. Finalement, nous évaluons comment les effets discriminatoires de la Loi pourraient être contestés devant les tribunaux, malgré l'utilisation des clauses dérogatoires des *Chartes canadienne et québécoise* par l'Assemblée législative du Québec⁶.

1. Quelques dispositions clés de la loi 21

La loi 21 commence par un préambule affirmant les principes de la laïcité de l'État et de l'égalité entre les sexes ainsi que l'engagement de l'État québécois à l'égard des principes constitutionnels fondamentaux. Le premier chapitre affirme à nouveau la laïcité de l'État québécois, et en formule quatre principes : (1) la séparation de l'État et des religions ; (2) la neutralité religieuse de l'État ; (3) l'égalité de tous les citoyens et citoyennes ; (4) la liberté de conscience et la liberté de religion⁷. La loi prétend appuyer la neutralité religieuse, l'égalité et la liberté de religion — pourtant les dispositions suivantes semblent compromettre ces trois éléments.

L'article 6 de la loi interdit à certaines personnes de porter « des symboles religieux dans l'exercice de leurs fonctions ». Concrètement, cet article interdit aux personnes qui portent des

5 Plusieurs des arguments que nous soulevons concernant la discrimination en milieu de travail s'appliquent aussi aux hommes qui portent des symboles religieux. Les dispositions discriminatoires en matière de services touchent exclusivement les femmes musulmanes. La loi 21 viole également la liberté de religion ; toutefois, cet article porte sur la discrimination.

6 *Charte canadienne des droits et libertés*, art 33, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*]; *Charte québécoise*, *supra note*, art 52. Les *Chartes canadienne et québécoise* s'appliquent aux lois adoptées au Québec. Ces articles permettent aux gouvernements de déroger à certains droits et libertés prévus dans les *Chartes* pour une période de temps limitée. En invoquant ces dispositions, le gouvernement peut tenter de soustraire la loi du contrôle judiciaire des articles de la *Charte* énumérés. Pour une discussion approfondie sur l'article 33 voir, Grégoire Webber, Eric Mendelsohn & Robert Leckey, « Une idée reçue sur la disposition dérogatoire » (10 mai 2019), en ligne : Options politiques <policyoptions.irpp.org/fr/magazines/may-2019/une-idee-recue-sur-la-disposition-derogatoire/>.

7 La Loi, *supra note* à la partie I.

symboles religieux d'exercer plusieurs emplois de la fonction publique provinciale, particulièrement de nombreux postes associés à l'administration de la justice et dans le domaine de l'éducation⁸. Un symbole religieux est défini comme « tout objet, y compris un vêtement, un symbole, un bijou, une parure, un accessoire ou un couvre-chef, qui est (1) soit porté en lien avec une conviction ou une croyance religieuse ; (2) soit raisonnablement considéré comme référant à une appartenance religieuse »⁹. Comme nous l'expliquerons plus bas, cette définition est vague et rendra probablement sa mise en œuvre difficile ; ce qui est considéré comme étant un symbole religieux selon la Loi demeure une chose incertaine¹⁰. Néanmoins, la Loi semble clairement cibler les femmes musulmanes qui portent le hijab. La seule exception prévue par la Loi à cette interdiction est pour les personnes qui occupent déjà un emploi visé par celle-ci. Elles ne seront pas affectées tant qu'elles demeurent au même poste. Conséquemment, elles ne peuvent pas obtenir de promotion ni même changer de poste latéralement au sein de leur organisation¹¹.

L'article 8 de la Loi oblige les personnes qui fournissent un service public à avoir le visage découvert. Il exige également que les personnes qui reçoivent des services publics aient « le visage découvert lorsque cela est nécessaire pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité »¹². Cet article s'applique aux organismes publics, tels que les sociétés de transport en commun, les commissions scolaires, les commissions d'enquête,

8 *Ibid*, art 6. Voir aussi, l'Annexe II pour une liste complète des emplois de la fonction publique touchés par l'interdiction. Certains postes à l'Assemblée nationale, certains commissaires aux commissions publiques et d'enquête, les arbitres du Code du travail, les avocats travaillant pour le gouvernement dans le cadre de procédures pénales, les agents de la paix et les éducateurs font partie des grandes catégories touchées par l'interdiction (Annexe II). Notez que les travailleurs de la santé ne sont pas inclus dans l'interdiction ; les juges non plus.

9 *Ibid*, art 6.

10 Voir par ex. *Hak c Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 2989 (L'application du demandeur en contrôle judiciaire administratif et de sursis provisoire aux para 113–31) [*Hak*]. C'est le recours qui est présentement le plus avancé devant les tribunaux. L'argument du demandeur fournit un examen de certaines des incertitudes concernant la définition des symboles religieux. C'est une demande provisoire de suspension de certaines dispositions de la loi en attendant qu'une décision soit prise sur le fond de la contestation constitutionnelle. À la suite du rejet de la Cour supérieure de la demande de suspension provisoire des articles 6 et 8 de la Loi, les demandeurs ont fait appel de ce jugement. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel. Une autorisation d'appel a été demandée à la Cour suprême du Canada sur certains aspects de la décision de la Cour d'appel. Au moment d'écrire ces lignes, la Cour suprême n'a pas encore décidé si elle entendra l'appel.

11 La Loi, *supra* note 1, art 3.

12 *Ibid*, Chapitre III, art 8.

les services de santé et les garderies¹³. Cette disposition de la Loi vise les femmes musulmanes qui portent le niqab. À notre connaissance, en pratique, c'est le seul groupe religieux qui a le port d'un couvre-visage comme pratique religieuse¹⁴. Ainsi, cette disposition de la Loi est incompatible avec l'engagement de neutralité religieuse de l'État et de la liberté religieuse qu'on retrouve dans le préambule et le premier chapitre de la Loi.

2. La discrimination fondée sur le sexe, la religion et la race

A. Les symboles religieux en milieu de travail

Dans le droit canadien et québécois, la discrimination est généralement conçue comme étant une distinction (directe ou indirecte) et un préjudice découlant de cette distinction¹⁵. L'interdiction des symboles religieux en milieu de travail pourrait être vue comme créant une distinction directe fondée sur la religion, ce qui entraîne un accès inéquitable à l'emploi public. En ce qui concerne le sexe, l'interdiction des symboles religieux est à première vue neutre ; toutefois, les effets diffèrent selon le sexe¹⁶. Comme nous le démontrons ci-dessous, les femmes musulmanes qui portent un couvre-chef seront touchées de façon disproportionnée par l'interdiction du port de symboles religieux pour certains employés du secteur public ; la Loi crée ainsi des distinctions directes et indirectes fondées sur des motifs de distinction illicites.

Le préjudice important causé par les distinctions émanant de la loi 21 concerne l'accès à l'emploi et l'avancement en milieu de travail. Comme l'a dit la Cour suprême du Canada, « [l]e travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa

13 *Ibid* à la Partie I et l'Annexe III.

14 Voir par ex. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale – Projet de loi n° 21, Loi sur la laïcité de l'État » (Québec : 3 mai 2019) [*CDPDJ mémo*] à la p 80 suggérant que les femmes qui portent le niqab seront touchées par cet article.

15 Voir, par ex., *R c Kapp* [2008] 2 RCS 483 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39.

16 Voir par ex. *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 [*Simpsons-Sears*], 1985 CanLII 18 aux para 13–18 pour une discussion préliminaire sur la notion de discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans les lois des droits de la personne. Sur l'importance d'une approche de l'égalité fondée sur les effets dans le contexte constitutionnel, voir, par exemple, *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, 1989 CanLII 2 [*Andrews*] ; *Eldridge c Le procureur général de la Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 624, 1997 CanLII 327 ; *Québec (Procureur Général) c A*, 2013 CSC 5 [*Québec c A*] ; et *Withler c Canada (Procureur Général)*, 2011 CSC 12 [*Withler*].

valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel »¹⁷. Le régime créé par la Loi crée une barrière qui rend plus difficile l'accès à l'emploi pour les femmes musulmanes qui portent le hijab ou le niqab. Nous estimons — en termes approximatifs — qu'il y a environ 62 000 femmes au Québec qui portent le hijab¹⁸. Ce nombre inclut toutes les femmes qui portent un hijab, quel que soit leur âge ou leur participation au marché du travail. Conséquemment, le nombre de femmes sur le marché du travail qui portent le hijab est probablement inférieur à 62 000. Il ne semble pas y avoir de données publiques qui établissent clairement le nombre de femmes musulmanes qui portent le niqab, mais elles constituent sans aucun doute une minuscule minorité numérique au Québec. Frédéric Castel, de l'Université du Québec à Montréal, estime qu'entre 50 et 100 femmes au Québec portent le niqab¹⁹ ; alors qu'une membre du conseil d'administration du Conseil canadien des femmes musulmanes estime pour sa part que ce nombre se situe plutôt entre 10 et 15 femmes²⁰. Néanmoins, étant donné le nombre important de femmes musulmanes qui portent le hijab et la proportion importante de femmes qui travaillent dans le secteur public, les femmes musulmanes constituent la plus grande minorité religieuse touchée par la Loi²¹.

17 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 RCS 313 à la p 368. Voir aussi Tom Fryers, «Work, identity and health» (2006) 2:12 *Clinical Practice and Epidemiology in Mental Health*; Petra L. Klumb et Thomas Lampert, « Women, work, and well-being 1950–2000: a review and methodological critique » (2004) 58 *Social Science & Medicine* 1007. Voir aussi UNO Femmes, « Traduire les promesses en action : l'égalité des sexes dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030 » sur l'importance de l'autonomisation économique des femmes et les aspects intersectoriels de la discrimination fondée sur le sexe, ex. Chapitre 4.

18 The Environics Institute for Survey Research, « Focus Canada : Survey of Muslims in Canada 2016 », (avril 2016), en ligne :

<https://www.environicsinstitute.org/docs/default-source/project-documents/survey-of-Muslims-in-canada-2016/data-tables---Muslims.pdf?sfvrsn=6b1a18f1_2>

a suggéré qu'environ 54 % des femmes musulmanes au Québec portent le hijab (ce qui est légèrement plus élevé que le taux national, qui est de 48 %). L'Enquête nationale auprès des ménages de 2011 indique que 114 615 femmes musulmanes résident au Québec. Notre estimation est le produit de ces deux chiffres.

19 Tel que cité dans « Comprendre ces Québécoises qui portent le niqab », Radio-Canada (4 décembre 2016), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1003891/niqab-femme-religion-temoignage-quebec-islam>>.

20 Carol Off et Jeff Douglas « As It Happens », CBC Radio (17 octobre 2017), en ligne : <> (commentaires de Shaheen Ashraf).

21 C'est aussi la conclusion du Professor Kerri Froc dans ses estimés publiés dans Kerri A Froc, « Shouting into the Constitutional Void: Section 28 and Bill 21 » (2019) 28:4 *Constitutional Forum* 19, en ligne :

<https://journals.library.ualberta.ca/constitutional_forum/index.php/constitutional_forum/article/view/29391> [Froc, *Constitutional Forum*].

De plus, une grande partie du débat entourant l'adoption de la loi a porté spécifiquement sur les femmes musulmanes qui portent le hijab ou le niqab, plutôt que sur d'autres minorités religieuses²². Dans notre contexte social actuel d'islamophobie et de racialisation de la religion²³, le hijab et, de façon encore plus prononcée le niqab, sont perçus de façon plus négative que les symboles portés par les membres d'autres religions²⁴. Par exemple, la ministre de la Condition féminine du Québec a qualifié le hijab de « symbole d'oppression » des femmes qui représente un « manque de liberté »²⁵. À notre connaissance, il n'y a pas eu de commentaires semblables au sujet d'autres symboles religieux visés par la Loi²⁶. Malgré les preuves du contraire, les femmes musulmanes sont souvent stéréotypées comme étant victimes d'une religion oppressive, manquant d'autorité et forcées à porter des symboles religieux contre leur gré²⁷. Plusieurs femmes musulmanes rejettent

22 *Ibid*. Il est à noter que l'article 8 de la Loi, dont il est question ci-dessous, a également une incidence sur les possibilités d'emploi dans le secteur public pour les femmes qui portent un niqab.

23 Il est à noter que l'islamophobie peut également impliquer une discrimination fondée sur la race et l'ethnicité, ce qui ajoute une couche supplémentaire à la discrimination que subissent certaines femmes musulmanes. Voir par ex. sur ce sujet, Nasar Meer, « Racialization and Religion: Race, Culture and Difference in the Study of Antisemitism and Islamophobia » (2012) 36:3 *Journal of Ethnic and Racial Studies* 385. Voir aussi, Sherene Razack « The 'Sharia law debate in Ontario: The modernity/premodernity distinction in legal efforts to protect women from culture » (2007) 15:1 *Feminist L Stud* 3.

24 Par exemple, une étude faite en 2018 sur l'islamophobie par le groupe Canadiens pour la justice et la paix au Moyen-Orient a révélé que 61 % des résidents du Québec ont déclaré qu'ils seraient mal à l'aise si le premier ministre du Canada portait le hijab, alors que seulement 33 % seraient mal à l'aise s'ils portaient une croix (55 % pour un turban, 54 % pour une kippa). La même étude a révélé que le hijab était systématiquement le symbole religieux le moins bien perçu, pour un large éventail de figures d'autorité. Voir aussi, Jason Magder, « A new poll shows support for Bill 21 is built on anti-Islam sentiment », *Montreal Gazette* (18 mai 2019), en ligne :

<<https://montrealgazette.com/news/local-news/a-new-poll-shows-support-for-bill-21-is-built-on-anti-islam-sentiment>>.

25 Voir CBC News, « Muslim headscarf a symbol of oppression, insists Quebec's minister for status of women », (6 février 2019) en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/isabelle-charest-hijab-Muslim-1.5007889>>. En France, et dans certaines autres régions du monde, il y a eu débat à savoir si le hijab devait être considéré comme un « symbole d'oppression » ce qui constitue probablement le fond idéologique des commentaires du ministre. Voir par ex. Adrien Katherine Wing & Monica Nigh Smith, « Critical Race Feminism Lifts the Veil: Muslim Women, France, and the Headscarf Ban » (2006) 39:3 *UC Davis L Rev* 743 pour un résumé de ce débat.

26 Si la préoccupation pour les femmes qui portent des symboles religieux est sincère, il est difficile de comprendre pourquoi les vêtements religieux portés par certaines femmes juives, certaines religieuses catholiques et d'autres groupes n'attirent pas également l'attention du ministre.

27 Voir Erica Howard, « Islamic veil bans: the gender equality justification and empirical evidence » dans Eva Brems, ed. *The experiences of face veil*

fermement ce stéréotype²⁸. Une professeure universitaire a également avancé que l'interdiction des couvre-chefs est contreproductive puisqu'elle nuit à l'accès aux espaces publics, aux établissements d'enseignement et à l'emploi pour ces femmes²⁹.

Les femmes musulmanes font déjà face à de nombreux obstacles à une participation pleine et équitable au marché du travail au Canada et au Québec. Ces femmes ont le taux de chômage le plus élevé de toutes les communautés religieuses³⁰. Une étude sur les obstacles auxquels font face les femmes musulmanes au Canada a révélé qu'elles étaient plus susceptibles de faire face à la discrimination en milieu de travail et que «le marché du travail discrimine généralement envers les femmes qui portent un couvre-chef»³¹. La discrimination sur le marché du travail touche tous les musulmans³², mais particulièrement les femmes³³. Si la Loi crée davantage d'obstacles à la participation égale des femmes musulmanes au marché du travail, il aura comme effet d'«élargir l'écart»³⁴ qui existe déjà pour les femmes musulmanes dans le domaine de l'emploi.

En examinant de près les métiers qui sont touchés par la loi 21, il est évident que la Loi crée des obstacles à l'emploi des femmes musulmanes. Selon les données de Statistique Canada, certaines des

wearers in Europe and the law. (Cambridge : Cambridge Studies in Law and Society, 2014) aux pp 206–17.

28 Voir par ex. Tabassum F Ruby « Listening to the Voices of Hijab » (2006)

29 Women's Stud Int Forum 54 pour une recherche qui s'appuie sur des évaluations du hijab exprimées par des femmes musulmanes au Canada.

29 Voir *supra*, note 27 à la p 212.

30 Daood Hamdani, « Triple Jeopardy : Muslim Women's Experience of Discrimination » (2005) Canadian Council of Muslim Women.

31 *Ibid.*

32 Plus d'incidents de discrimination et de harcèlement ont été signalés depuis le dépôt de la loi 21 (voir par ex. Jonathan Montpetit, « Muslim women report spike in harassment, discrimination since Bill 21 tabled » CBC News (13 mai 2019), en ligne : < <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/Muslim-women-report-spike-in-harassment-discrimination-since-bill-21-tabled-1.5134539>> ; Verity Stevenson, « At the mall, on the bus: Muslim women say racist incidents now part of daily life » CBC News (21 mai 2019), en ligne : < <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/effects-of-bill-21-Muslim-women-1.5141892>> ; Jason Magder, « A new poll shows support for Bill 21 is built on anti-Islam sentiment » Montreal Gazette (30 mai 2019), en ligne : < <https://montrealgazette.com/news/local-news/a-new-poll-shows-support-for-bill-21-is-built-on-anti-islam-sentiment>> ; Sarah Wilkins-Laflamme, « Islamophobia in Canada: Measuring the Realities of Negative Attitudes Toward Muslims and Religious Discrimination » (2018) 55 Canadian Review of Sociology 1.

33 Voir par ex. Denise Helly, « Are Muslims Discriminated Against in Canada Since September 2001? » (2004) 36 Journal of Canadian Ethnic Studies 1.

34 Dans *Québec c A*, *supra* note 16 au para 332, la juge Abella a expliqué que si une loi « élargit l'écart » entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société plutôt que de le réduire, alors elle est discriminatoire.

professions auxquelles s'applique l'interdiction des symboles religieux sont des secteurs dans lesquels les femmes sont beaucoup plus susceptibles d'être employées³⁵. L'exemple par excellence de cette dynamique est les éducatrices dans le réseau public qui ne pourront pas porter de symboles religieux. De tous les groupes professionnels au Canada, la proportion de femmes employées est la plus forte chez les enseignants et conseillers pédagogiques du primaire et du secondaire (en 2015, 5,3 % des Canadiennes travaillaient dans ce secteur, comparativement à 1,6 % des hommes)³⁶. Nous n'avons présentement pas accès à des données qui corroborent la proportion de femmes musulmanes qui travaillent dans le réseau scolaire public, mais il y a déjà de nombreuses femmes musulmanes qui ont déposé des affidavits comme preuve dans un des recours contre la Loi parce qu'elles espèrent travailler dans le secteur de l'éducation³⁷. D'autres auteurs ont souligné que les dossiers publics pourraient éventuellement nous permettre d'avoir une meilleure idée du nombre de femmes musulmanes travaillant ou qui espérait travailler dans le réseau d'éducation³⁸. En empêchant certaines femmes de participer pleinement à la société, nous leur refusons la promesse d'égalité garantie par les *Chartes canadienne et québécoise*.

L'annexe II de la Loi énumère les professions liées à l'administration de la justice dans la province (ex., les juges de paix fonctionnaires, les arbitres et les commissaires nommés par le gouvernement provincial, les procureurs et les avocats représentant le gouvernement provincial, et les agents de police). La loi prive donc les femmes musulmanes qui portent le hijab d'accéder à de nombreux postes d'autorité et de responsabilité au sein du système judiciaire. Dans le contexte actuel où de nombreuses femmes musulmanes sont confrontées à des attaques islamophobes³⁹, la

35 Voir Statistique Canada, *Les femmes et le travail rémunéré*, par Melissa Moyser, Catalogue no. 89-503-X (Ottawa : Statistique Canada, 2017) au Tableau 7.

36 *Ibid.*

37 Voir les documents pour *Hak*, *supra* note 0. Certains de ces documents ont été cités par le juge qui a statué sur la demande d'injonction interlocutoire, voir *Hak c Procureur général du Québec* (18 juillet 2019), Montréal, Que 500-17-108353-197 (jugement interlocutoire). Le gouvernement du Québec a demandé aux commissions scolaires de fournir des statistiques sur le nombre d'employés qui seraient touchés par une interdiction des symboles religieux, chose que les commissions scolaires ont refusé de faire. Voir, Catherine Solyom, « "We don't do that" : EMSB on counting teachers who wear religious garb » *Montreal Gazette* (28 janvier 2019), en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/local-news/quebec-wants-schools-to-count-teachers-who-wear-religious-symbols-report>>.

38 Voir Froc, *Constitutional Forum*, *supra* note 21.

39 Voir toutes les sources énumérées à la note 32, ainsi que de nombreux documents accessibles au public.

présence de femmes musulmanes portant le hijab dans les institutions qui administrent la justice serait un symbole d'inclusion et de respect pour le vécu de ces femmes. En empêchant les groupes marginalisés d'occuper ces postes, on exclut systématiquement leurs points de vue lors de la prise de décisions au sein de ces institutions judiciaires, ce qui ne fait qu'accentuer leur marginalisation.

Bref, la Loi empêche les femmes musulmanes qui portent le hijab d'accéder à deux groupes de professions : les professions du secteur de l'éducation qui ont historiquement été une voie d'accès au marché du travail pour la main-d'œuvre féminine, et les professions liées à l'administration de la justice dont les femmes ont souvent été exclues. Le « compromis »⁴⁰ permettant aux personnes déjà employées de continuer à porter leurs symboles religieux tant qu'elles ne changent pas de poste empêche tout de même ces femmes d'avancer dans leur carrière⁴¹.

Le droit à l'égalité est contextuel, il doit être « fondé sur les *conditions actuelles* du groupe et sur le potentiel de la loi contestée à aggraver leurs conditions »⁴². De plus, la Cour suprême a confirmé que la discrimination peut exister même si seulement *certain*s membres d'un groupe identifiable sont touchés⁴³. Le fait que la Loi ne touche pas toutes les femmes, ni toutes les femmes musulmanes, n'est pas preuve que la loi 21 n'est pas discriminatoire. Au contraire, la Loi viole à la fois les garanties de l'égalité des sexes et de l'égalité religieuse en raison de son impact négatif disproportionnel sur le groupe intersectionnel des femmes musulmanes qui portent un hijab, un niqab ou une burka. Bien qu'une majorité des juges de la Cour suprême ait appuyé la notion d'une approche intersectionnelle⁴⁴, les propos de la juge L'Heureux-Dubé, écrivant pour la minorité dans une décision importante sur la discrimination, sont également importants pour notre analyse :

...bien qu'il puisse y avoir plusieurs degrés de discrimination, il n'existe pas divers degrés de

40 Voir Benjamin Shingler, « Quebec government's proposed secularism law would ban public workers from wearing religious symbols » CBC News (28 mars 2019), en ligne : < <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/quebec-notwithstanding-religious-symbols-1.5073945> > (Le premier ministre François Legault a qualifié l'exemption pour les enseignants actuels de compromis pour « unir le plus grand nombre possible de Québécois »).

41 De plus, il peut y avoir des effets systémiques causés par la Loi qui auront un effet sur les expériences des femmes musulmanes qui portent le hijab et qui gardent leur emploi — nous traitons de ce genre d'effets dans les sections qui suivent.

42 *Withler*, supra note 16 au para 38 [nos italiques].

43 *Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219 à la partie VIII ; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) c Martin* ; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) c Laseur*, 2003 CSC 54 au para 76, [2003] 2 RCS 504.

44 Voir par ex. *Law c Canada*, [1999] 1 RCS 497 aux pp 554-5.

protection. Il y a des cas où une personne est victime de discrimination pour plusieurs motifs, dont un seul toutefois est un motif illicite. On doit alors prendre soin de ne pas qualifier la discrimination de façon à priver cette personne de la protection offerte. ... On ne devrait pas à la légère permettre une qualification qui prive de la protection du [cadre législatif qui offre une protection contre la discrimination] les personnes qui devraient légitimement en bénéficier⁴⁵.

Nous pouvons donc déduire que dans le contexte de la loi 21, il pourrait être approprié et parfois nécessaire d'un point de vue juridique de classer la discrimination intersectionnelle perpétuée par la Loi comme étant soit de la discrimination fondée sur le sexe, soit de la discrimination fondée sur la religion, malgré le fait que la discrimination est clairement intersectionnelle et irréductible à l'un ou l'autre de ces motifs indépendants. Nous reviendrons sur les implications de ce cadre analytique qui sépare les deux motifs de discrimination dans notre analyse des arguments constitutionnels qui pourraient être formulés contre la Loi.

B. L'accès aux services à visage couvert

L'article 8 de la Loi, qui oblige les gens recevant des services publics d'avoir le visage découvert, semble uniquement viser les femmes musulmanes qui portent le niqab ou la burka. Ainsi, les effets discriminatoires de l'article se situent à l'intersection du motif religieux d'une manière particulière de pratiquer la foi musulmane et du motif du sexe d'être une femme⁴⁶. Ce ne sont pas toutes les femmes qui font l'objet d'une discrimination directe ni tous les musulmans — ce sont spécifiquement les femmes musulmanes qui portent le niqab ou la burka. Comme nous l'avons déjà mentionné, la portion de la population qui porte le niqab au Québec est sans aucun doute très petite⁴⁷. On ne peut donc pas dire que les dispositions de la Loi portant sur l'accès aux services à visage découvert s'appliquent à un phénomène répandu au Québec. Plutôt

45 *Canada (Attorney General) c Mossop*, [1993] 1 RCS 554 à la p 646 (La juge L'Heureux-Dubé, écrivant seule et en dissidence, a laissé entendre que l'expression le « statut familial » était suffisamment large pour englober la discrimination fondée sur le fait d'être dans une relation homosexuelle, à une époque où la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'incluait pas l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite).

46 Comme nous l'avons noté plus haut, il se peut aussi que les attitudes islamophobes — qui peuvent impliquer une discrimination ethnique et raciale — soient pertinentes pour cette analyse.

47 Voir notes 0 et 21 dans ce texte, ci-dessus, et le texte qui l'accompagne.

que de répondre à un problème social urgent, il semble que l'Assemblée nationale est en train d'en fabriquer un⁴⁸.

Bien qu'il soit important de contester le caractère discriminatoire de l'article 8, compte tenu du libellé vague de la disposition, il serait également possible d'avancer l'argument que la Loi devrait être interprétée de façon restrictive afin de réduire ses effets discriminatoires. À notre avis, la Loi devrait être interprétée de manière à ne s'appliquer que dans des situations étroitement circonscrites lorsqu'une personne accède à des services publics. La Loi stipule que les personnes doivent avoir le visage découvert « lorsque cela est *nécessaire* pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité »⁴⁹. Lorsque les circonstances sont telles qu'il est vraiment « nécessaire » que le visage d'une personne soit découvert à des fins d'identité ou de sécurité, cette exigence devrait être minime : un employé, si possible du sexe que la personne accédant au service préférerait, vérifie en privé et brièvement l'identité de la personne avant de permettre que le voile soit remis pour le reste de l'interaction. En effet, sans vouloir insinuer que toutes les femmes seraient prêtes à le faire, nous pensons que c'est significatif que certaines femmes qui portent le niqab aient dit qu'elles sont déjà habituées à enlever le voile dans ce genre de circonstances⁵⁰. Inversement, il est clair qu'il n'est pas « nécessaire » de faire enlever le niqab chaque fois qu'une personne demandant des services se trouve dans les locaux du fournisseur de services, ou dans des contextes où la vérification de l'identité n'est pas une préoccupation urgente. Par exemple, lorsqu'une femme attend dans une salle d'attente pour obtenir un service gouvernemental, il ne serait pas « nécessaire » de lui faire enlever son voile lors d'une interaction passagère avec un préposé de la salle d'attente. L'identité des autres citoyens qui accèdent au même service n'est pas constamment vérifiée lorsqu'ils sont dans la salle d'attente ; cela serait inutile.

48 Voir par ex. *CDPDJ mémo, supra* note 4 à la p 82.

49 La Loi, *supra* note 1 au Chapitre 3 [nous ajoutons l'emphase].

50 Voir par ex. Ingrid Peritz, « "It's going to encourage more hate": Women in Quebec who wear niqab speak out against Bill 62 » *The Globe and Mail* (27 octobre 2017), en ligne :

<<https://www.theglobeandmail.com/news/national/quebec-women-who-wear-the-niqab-fear-impact-of-bill-62/article36753623/>>. Voir aussi *National Council of Canadian Muslims (NCCM) c Attorney General of Québec*, 2018 QCCS 2766, [*National Council*] au para 61 ; *CDPDJ mémo, supra* note 14 à la p 81 où la Commission commente la décision *National Council*.

En formulant l'exigence de cette façon, on se demande s'il était vraiment nécessaire de légiférer l'obligation de recevoir des services à visage découvert. En vertu des lois et pratiques actuelles en matière de droits de la personne, les gens sont protégés contre la discrimination fondée sur le sexe et la religion et doivent faire l'objet d'accommodements raisonnables⁵¹. L'obligation d'accommoder imposée aux gouvernements (ainsi qu'aux employeurs, aux établissements d'enseignement et aux autres fournisseurs de services) s'arrête lorsque la contrainte devient excessive⁵². Le refus d'une femme musulmane de retirer son niqab pour des raisons d'identification ou de sécurité serait probablement considéré comme une « contrainte excessive ». La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se prononcer sur la norme de « contrainte excessive », en soulignant que « [l]'exclusion n'est justifiable que si l'employeur ou le fournisseur de services a pris toutes les mesures d'accommodement possibles tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive »⁵³. Une formulation succincte de cette exigence dans le contexte d'un contrat d'embauche avec un employeur privé est : « prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs »⁵⁴. Cette norme propose un équilibre entre accommoder les besoins et les croyances des personnes et les coûts, au sens large, que ces accommodations engendrent. Autrement dit, les limites qu'impose la norme de « contrainte excessive » aux accommodements qu'on retrouve dans la jurisprudence sur les droits de la personne répondent déjà aux préoccupations présumées de la loi 21 — l'article 8 est donc redondant et inutile. Conséquemment, la fonction de l'article 8 semble simplement être de signaler aux femmes musulmanes qu'elles n'ont pas leur place dans la société québécoise, ce qui va à l'encontre de l'une des principales prémisses de la neutralité et la laïcité de l'État — le traitement égal de toutes les communautés religieuses.

51 Voir par ex. *Simpsons-Sears*, *supra* note 6. 52 Voir *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 [Meiorin] aux para 62–68, 1999 CanLII 652 ;

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) c British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 RCS 868 [Grismer] au para 22 : « En fin de compte, il s'agit de savoir si l'employeur ou le fournisseur de services a démontré qu'il a pris des mesures d'accommodement tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive. » Voir aussi : *Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43.

53 *Grismer*, *ibid* au para 21. Voir aussi *Simpsons-Sears*, *supra* note 16 ; *Central Alberta Dairy Pool c Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS 489 aux pp 519–21, 1990 CanLII 76 ; *Meiorin*, *ibid*.

54 *Simpsons-Sears*, *supra* note 16 au para 23.

Même si ces dispositions de la Loi sont interprétées de façon étroite, le dépôt et l'adoption de la Loi peuvent avoir des effets importants au-delà des conséquences légales. Contrairement à l'analyse du juge Yergeau dans sa décision sur le sursis demandé par l'une des contestations actuelles de la Loi⁵⁵, il nous semble tout à fait raisonnable de suggérer que la Loi a favorisé, encouragé et même causé une culture d'islamophobie. Dans une société démocratique, la loi a une fonction normative et symbolique qui va au-delà de ses effets juridiques. Dans le contexte actuel, certains ont noté « des préoccupations selon lesquelles le débat sur la loi 21 a créé un sentiment d'impunité pour ceux qui ont une vision déformée des musulmans et des autres minorités »⁵⁶. Il y a aussi eu des incidents de discrimination envers les femmes musulmanes, particulièrement celles qui portent le niqab, dans des espaces publics depuis le début du débat sur la loi 21⁵⁷. Ainsi, bien que les dispositions de la Loi portant sur l'obligation d'avoir le visage découvert pour accéder aux services pourraient être interprétées de façon à minimiser leurs effets discriminatoires directs, elles peuvent néanmoins contribuer à une culture de discrimination contre les femmes musulmanes qui portent le niqab et, ce faisant, la Loi peut avoir l'effet d'enraciner davantage l'exclusion systémique des femmes musulmanes⁵⁸. Ces effets devraient être pris en compte par les tribunaux lorsqu'ils évaluent la Loi.

C. Des limites raisonnables

Même si les dispositions de la loi 21 étaient jugées comme étant discriminatoires et contraires aux droits à l'égalité et à la liberté de religion, le gouvernement du Québec pourrait tenter de les justifier en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne* ou de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. La *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* ont toutes deux des analyses similaires⁵⁹. Nous n'avons pas

55 Voir notamment *Hak (jugement interlocutoire)*, supra note 7 au para 117.

56 Verity Stevenson, « Montreal woman says STM bus driver didn't stop for her because of her niqab » CBC News (12 juin 2019), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/stm-bus-driver-niqab-passenger-says-discrimination-1.5168391>>.

57 *Ibid.* Jay Turnbull « Montreal police investigate after woman wearing niqab attacked in public » CBC News (15 mai 2019), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/woman-niqab-chases-attacker-1.5136373>>; Verity Stevenson « At the mall, on the bus: Muslim women say racist incidents are now part of daily life » CBC News (21 mai 2019), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/effects-of-bill-21-Muslim-women-1.5141892>>.

58 Voir par ex. *CDPDJ mémo*, supra note 14 aux pp 82–84.

59 Article 1 de la *Charte canadienne*, supra note 6, stipule : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la

l'intention d'élaborer en détail la manière dont les tribunaux analyseraient la loi 21, ses entraves à certains droits et si ces dernières seraient justifiées comme étant des limites raisonnables. Nous nous contentons d'énoncer quelques considérations importantes, en nous inspirant de la jurisprudence qui émane de la *Charte canadienne*.

Le premier seuil qu'une loi qui viole des droits doit franchir dans le cadre de cette analyse est de déterminer si les limites qu'elle impose aux droits sont « prescrites par une règle de droit ». Comme l'ont dit les juges Dickson, Lamer et Wilson dans *Irwin Toy Ltd. v Québec* :

[L]a question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit »⁶⁰.

La loi 21 impliquera nécessairement des décisions hautement discrétionnaires sur ce qui constitue un « symbole religieux », ceci soulève des risques importants que l'application soit inéquitable et incertaine — nous reviendrons plus loin sur ce point.

Au cœur de l'article 1 se trouve une analyse de proportionnalité. Elle exige que l'objectif du législateur soit important et urgent, qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et les moyens utilisés, que ces moyens portent atteinte le moins possible aux droits et que les effets salutaires de la législation l'emportent sur ses effets préjudiciables⁶¹. Dans les notes explicatives et le préambule de la loi

justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.» Article 9.1 de la *Charte québécoise*, *supra* note, dit : « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. » La Cour suprême a donné des interprétations similaires à ces dispositions. Voir par ex. *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47 au para 152 [*Amselem*]. Nous soulignons comment les arguments seraient développés en utilisant la *Charte canadienne*.

⁶⁰ [1989] 1 RCS 927 à la p 983 [*Irwin Toy*].

⁶¹ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 [*Oakes*] aux para 62–71. En ce qui concerne l'évaluation finale des effets salutaires par rapport aux effets délétères, dans *Dagenais c Canadian Broadcasting Corp*, [1994] 3 RCS 835, Le juge en chef

21, l'Assemblée nationale énonce que l'objet de la Loi est de garantir et d'affirmer la laïcité de l'État fondée sur quatre principes : « la séparation de l'État et des religions, la neutralité religieuse de l'État, l'égalité de tous les citoyens et citoyennes ainsi que la liberté de conscience et la liberté de religion »⁶². Bien qu'il soit important d'affirmer la nature laïque de l'État québécois, ce n'est pas clair que cela soit « urgent et réel »⁶³. Principalement parce qu'il existe déjà un cadre pour protéger — et, en cas de conflit, trouver un point d'équilibre entre — des droits et des libertés : la *Charte québécoise* fournit les moyens par lesquels les droits de la personne — comme la liberté de religion — doivent être soupesés avec des objectifs divergents (tout comme la *Charte canadienne*). L'objectif de la loi 21 — même s'il est pris au pied de la lettre — est redondant à la lumière des protections en matière de droits de la personne qui existent déjà.

Si jamais les tribunaux viennent à la conclusion que la loi 21 a un objet urgent et réel, il faudrait alors évaluer si les moyens utilisés par l'Assemblée nationale — notamment l'interdiction du port de symboles religieux pour certains employés du gouvernement et l'obligation d'accéder aux services à visage découvert — sont proportionnels aux objectifs de la Loi. À bien des égards, la loi 21 ne semble pas répondre, à nos yeux, aux critères de proportionnalité. Par exemple, on pourrait soutenir qu'une politique d'emploi qui exclut uniquement les membres de religions pour lesquelles le port de symboles religieux visibles est une pratique va directement à l'encontre de l'objectif déclaré de la Loi, soit d'assurer la neutralité de l'État en matière de religion (c.-à-d. que seules certaines religions sont touchées, ce qui, par définition, n'est pas neutre); ainsi, l'interdiction des symboles religieux n'a pas de lien rationnel avec les objectifs de la Loi et minerait même ses objectifs. Le manque de lien rationnel se manifeste également à d'autres égards : par exemple, les effets disproportionnés que la Loi a sur les femmes et sur certaines religions (en particulier le judaïsme, l'islam et le sikhisme) sont contraires à l'objectif présumé de la Loi, qui est de favoriser l'égalité entre tous les citoyens.

Les divers contextes dans lesquels les citoyens sont obligés, en vertu des conditions imposées par la loi 21, d'avoir le visage découvert,

Lamer souligne à la p 888 : « ... bien que l'importance de l'objectif même (lorsqu'il est considéré dans l'abstrait) l'emporte sur les effets préjudiciables sur les droits garantis, il reste possible que les effets bénéfiques réels de la disposition législative ne soient pas suffisants pour justifier ces effets négatifs. »

62 La Loi, *supra* note 1, notes explicatives (il est à noter que les quatre principes sont reproduits dans le préambule de la Loi).

63 *Oakes*, *supra* note 1 aux pp 138–39.

suggèrent que les provisions de la Loi n'ont pas un préjudice minimal. Le législateur aurait pu facilement mieux préciser les circonstances dans lesquelles l'interdiction de se couvrir le visage s'applique pour ainsi uniquement traiter des cas où les préoccupations en matière de sécurité sont extrêmement pressantes (ou des cas mettant en jeu d'autres « droits collectifs » que l'Assemblée nationale pourrait tenter d'articuler), mais il a plutôt choisi d'inclure un grand nombre de services publics, y compris les secteurs de la santé et des transports en commun. Puisque la *Charte québécoise* a déjà comme fonction de soulever des droits divergents, la loi 21 a peu d'effets salutaires qui pourraient découler de la Loi — comme nous l'avons suggéré ci-dessus, l'Assemblée nationale a donc créé un problème là où il n'y en avait pas auparavant⁶⁴. Comme nous l'avons également souligné plus haut, les effets préjudiciables de la Loi sont graves et généralisés. L'effet immédiat de la Loi est de priver de nombreuses personnes d'emplois potentiels et de services auxquels elles auraient autrement eu droit sans obstacle, tandis que les effets indirects de la Loi sont de propager des attitudes d'intolérance et d'islamophobie à l'égard de concitoyens⁶⁵. À notre avis, la loi 21 ne représente pas le type d'équilibre proportionnel que l'analyse faite à l'article 1 a généralement considéré comme étant « des limites raisonnables [...] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁶⁶.

Nous venons de présenter un portrait général de la façon dont les tribunaux auraient pu évaluer, dans un texte législatif normal, les justifications avancées par le gouvernement des atteintes aux droits de la personne qui découlent de la loi 21 ; toutefois le gouvernement du Québec n'a pas choisi de suivre cette voie pour défendre la constitutionnalité de la loi 21⁶⁷. Il a plutôt cherché à mettre la nouvelle loi à l'abri du contrôle judiciaire. Lorsque le ministre de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion (ce ministère a depuis été rebaptisé ministère de l'Immigration, de la Francisation et de l'Intégration) a déposé la Loi à l'Assemblée nationale, la clause dite dérogatoire de la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 33) a été invoquée de façon préemptive, tout comme la disposition dérogatoire de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁶⁸. Des recours judiciaires, notamment l'affaire *Hak c.*

64 Voir par ex. *CDPDJ mémo*, *supra* note 4 à la p 82.

65 Voir par ex. note 32, ci-dessus.

66 *Charte canadienne*, *supra* note 6, art 1.

67 Pour un avis sur l'importance de cette décision, voir par ex. Richard Mailey, « The Notwithstanding Clause and the New Populism » (2019) 28:4 Constitutional Forum 9 ; Robert Leckey, « Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause » (2019) 28:4 Constitutional Forum 1.

68 La Loi, *supra* note 1, arts 33, 34.

Québec que nous avons déjà mentionnée plus haut, ont été déposés, mais certains juges de la Cour supérieure du Québec⁶⁹ et de la Cour d'appel du Québec⁷⁰ ont souligné les difficultés d'un recours en justice compte tenu de l'utilisation des clauses dérogatoires.

3. Les limites constitutionnelles aux dérogations aux droits de la personne

Dans la dernière section de cet article, nous avançons que les clauses dérogatoires invoquées par le gouvernement ne protègent pas complètement la loi 21 des recours judiciaires fondés sur les droits de la personne. Deux arguments clés nous amènent à cette conclusion : (i) les effets juridiques de la protection accrue en matière d'égalité des sexes retrouvée dans les *Chartes canadienne* et *québécoise*, et (ii) la force juridique permanente des principes constitutionnels fondamentaux (non écrits), y compris la primauté du droit et le respect des droits des minorités⁷¹. De plus, certains pourront avancer des arguments solides que la loi 21 va à l'encontre de nos obligations internationales en matière de droits de la personne. Bien que la violation des conventions internationales en matière de droits de la personne n'offre pas de recours juridiques nationaux, elle demeure un outil d'interprétation importante des arguments nationaux que nous allons développer ici-bas. De plus, si les citoyens ne peuvent pas obtenir de réparation dans les tribunaux nationaux, une décision au niveau international pourrait créer d'importantes pressions politiques pour que la Loi soit abrogée.

A. La discrimination basée sur le sexe et la garantie d'égalité entre les sexes

Une avenue prometteuse pour contester la constitutionnalité de la loi 21 est les articles 28 et 50.1 de la *Charte canadienne* et de la *Charte*

⁶⁹ Voir notamment para 84–8 de *Hak (jugement interlocutoire)*, supra note 7 (le juge Yergeau).

⁷⁰ Voir *Hak c Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 2145 aux paras 96–97, 133–34 [*Hak, Cour d'appel*] (les juges Mainville et Bélanger). Le juge Mainville paraît aller le plus loin et semble croire que les dispositions contestées de la Loi pourraient être justifiées en vertu de l'article 1 (voir *ibid* aux paras 135–37). Bien que nous soyons en désaccord avec ce qui semble être son opinion sur l'analyse de l'article 1 de la *Charte canadienne*, nous tenons à souligner que la lecture que fait le juge Mainville de l'article 8 de la Loi (c.-à-d. de la loi 21) pourrait être interprétée comme étant conforme à la lecture restrictive que nous avons suggérée plus haut dans cette analyse. C'est-à-dire que l'obligation d'avoir le visage découvert devrait uniquement être considérée comme nécessaire lorsque c'est fait à des fins d'identification et de sécurité (voir *ibid.* au para 136).

⁷¹ De nombreux autres arguments juridiques ont été mis de l'avant (ex. art 3 droits démocratiques, art 6 liberté de circulation, la juridiction sur le droit pénal): Voir par ex. Danielle Beaudoin, « La future loi sur la laïcité pourrait-elle être contestée? » Radio-Canada (11 juin 2019), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1173594/mode-emploi-pistes-contester-loi-legault-laicite>>.

québécoise respectivement⁷². Ces dispositions affirment que les clauses dérogatoires ne s'appliquent pas à l'égalité des sexes⁷³. Comme l'a fait valoir de façon convaincante la professeure Kerri Froc, lorsque l'article 28 de la *Charte canadienne* dit « indépendamment des autres dispositions de la présente charte [il] faut comprendre ce qui est dit clairement »⁷⁴. Ainsi les dispositions de la clause dérogatoire de l'article 33 ne sont aucunement un obstacle à la mise en œuvre de l'article 28, car l'article 33 *ne s'applique tout simplement pas*. L'article 33 énumère les articles auxquels le législateur peut déroger ; l'article 28 ne s'y retrouve pas. De plus, l'article 28 s'applique nonobstant toutes autres dispositions de la *Charte canadienne* (y compris, par implication, l'article 33). Cette interprétation est conforme au peu de jurisprudence qu'il existe sur l'article 28⁷⁵, à l'historique législatif de la *Charte canadienne*⁷⁶, et aux commentaires d'universitaires sur le sujet⁷⁷. Ainsi, à notre avis, l'article 28 s'applique toujours à la Loi, même si l'article 33 a été invoqué. Un argument similaire pourrait être fait en ce qui concerne l'article 50.1 de la *Charte québécoise*.

72 Article 28 de la *Charte canadienne*, stipule : « Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. » Article 50.1 de la *Charte québécoise* dit : « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes. » Ni l'un ni l'autre ne sont soumis aux clauses dérogatoires des Chartes respectives.

73 Tu Thanh Ha, « Experts say there are ways to overturn Quebec's secularism bill despite the notwithstanding clause », *The Globe and Mail* (1 avril 2019), en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/canada/article-experts-say-there-are-ways-to-overturn-quebecs-secularism-bill/>>. Il a également été rapporté qu'un autre des recours en cours de la Loi utilisera cet argument. Voir par ex. Colin Harris, « English Montreal School Board files legal challenge to Bill 21 » *CBC News* (24 octobre 2019), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/emsb-language-rights-bill-21-secularism-legal-challenge-1.5333831>>.

74 Froc, *Constitutional Forum*, *supra* note 21.

75 Voir par ex. *Re Boudreau and Lynch*, [1984] 16 DLR (4th) 610, CanLII 3055 (NS SC, Appeals Division) [*Boudreau*], *Syndicat de la fonction publique du Québec inc c Québec (Procureur général)*, 2004 CanLII 76338 (QC CS) [*Syndicat*].

76 Lors de la Conférence des premiers ministres en novembre 1981 qui a mené à l'adoption de l'article 33 afin d'obtenir l'assentiment de plusieurs provinces aux garanties de droits prévues dans la Charte, l'article 28 était initialement dans la portée de l'article 33. Suite à plusieurs critiques, le projet de Charte a été modifié pour retirer explicitement l'article 28 de la portée de l'article 33. Voir par ex. Kerri Froc, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thèse de doctorat en droit, Queen's University, 2015, [non publiée] [Froc, *Thèse*]. Voir aussi, Froc, *Constitutional Forum*, *supra* note 1.

77 Voir par ex. Froc, *Thèse*, *ibid*, Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada* 5ième ed (Toronto : Carswell, 2007) (2018 édition étudiante) à 55.17 ; Henri Brun & Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4th ed (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2002) aux pp 934–35. Voir aussi *Hak, Cour d'appel*, *supra* note 70 aux paras 39–53, 87–88.

La question est donc : quel est l'effet de la non-applicabilité des clauses dérogatoires aux articles 28 et 50.1? En ce qui concerne la *Charte canadienne*, une possibilité évidente est que l'article 28 crée simplement un régime d'égalité des sexes, indépendant de l'article 15, qui demeure en vigueur même si l'article 33 a pour effet de déroger à l'article 15. Toutefois, cela ne semble pas être l'interprétation la plus répandue de la garantie d'égalité des sexes prévue à l'article 28⁷⁸. Une alternative est que l'article 15(1) — lorsqu'il s'applique à la discrimination fondée sur le sexe — n'est pas assujéti à la dérogation prévue à l'article 33. Cette interprétation a été adoptée par les tribunaux en Nouvelle-Écosse et au Québec⁷⁹. Cette thèse signifierait que «d'autres types de discrimination peuvent être exercés, sans motif, en vertu des dispositions législatives de dérogation prévues à l'article 33. [...] l'article 28 s'appliquera pour rendre inconstitutionnel le type de discrimination basée sur le sexe envisagé par l'article 15 de la Charte»⁸⁰. Cette interprétation respecte ce que la lettre de l'article semble suggérer, à savoir que l'article ne doit pas être compris comme étant purement «interprétatif»⁸¹. Divers universitaires ont appuyé cette thèse sur les effets de l'article 28⁸². De toute évidence, une telle lecture

78 Voir par ex. *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al*, [1985] 54 OR (2d) 513, 26 DLR (4th) 728 (ON SC) [*Blainey*]; *Shewchuk v Ricard*, [1986] 28 DLR (4th) 429, 4 WWR 289 (BC CA); *Campbell v The Queen*, 2004 TCC 460. Hogg, *supra* note 77 à 55.17 semble également être d'accord avec cette proposition. Il convient de noter que la Cour suprême ne semble pas avoir jamais explicitement rejeté la notion selon laquelle l'art. 28 pourrait être porteur de droits, bien que l'autorisation d'interjeter en appel devant la Cour suprême ait finalement été refusée dans l'affaire *Blainey*.

79 Voir *Boudreau*, *supra* note 5; *Syndicat*, *supra* note 75. Voir aussi *Hak*, *Cour d'appel*, *supra* note 70 aux paras 39–53, 87–88.

80 Voir *Boudreau*, *supra* note 75 aux para 12–13.

81 Les différences textuelles claires entre la disposition et les parties de la *Charte canadienne* qui ont souvent été comprises comme étant des clauses interprétatives. Les articles 25 à 29, par exemple, utilisent «interprétation». En revanche, l'article 28 fournit une garantie nonobstant toute autre disposition de la Charte — c'est une formulation beaucoup plus forte que celle qui aurait été utilisée dans une clause purement interprétative. Le point de vue opposé est adopté, par exemple, dans *Hak*, *Cour d'appel*, *supra* note 70 au paragraphe 130.

82 Voir par ex. Froc, *Constitutional Forum*, *supra* note 21; Froc, *Thèse*, *supra* note 76; Beverley Baines, «Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Purposive Interpretation» (2005) 17 Can J Women & L 45 à la p 59; Gérald A. Beaudoin, *Les droits et libertés au Canada* (Montréal: Wilson & Lafleur, 2000) à la p 715; William F. Pentney, «Les principes généraux d'interprétation de la Charte» dans Gérald A. Beaudoin et Edward Ratushny (eds), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^{ième} ed. (Montréal: Wilson & Lafleur, 1989) à la p 58; Brun & Tremblay, *supra* note 77 aux pp 934–35.

donnerait un poids important à l'article 28, puisqu'elle empêcherait le Parlement canadien ou l'une des assemblées législatives provinciales d'utiliser l'article 33 pour passer outre le régime d'égalité des sexes prévu à l'article 15(1) ; néanmoins, nous croyons que cette lecture de l'article 28 est convaincante⁸³. De plus, en regardant l'historique de l'article 28, bon nombre des rédacteurs de l'article l'interprétaient de cette façon⁸⁴. Si une telle lecture était adoptée, la loi 21 demeurerait alors assujettie aux interdictions de discrimination fondée sur le sexe prévues à l'article 15(1)⁸⁵. Dans le même ordre d'idées, l'article 50.1 de la *Charte québécoise* aurait comme effet de garder en place les protections contre la discrimination prévues à l'article 10 qui protègent les femmes musulmanes.

Les femmes musulmanes qui portent diverses formes de couvre-chefs devraient être protégées par les *Chartes canadienne et québécoise*. Bien que l'Assemblée nationale a le pouvoir d'empêcher les tribunaux de se prononcer sur la violation de certains droits constitutionnels engendrée par la Loi, nous avançons que l'article 28 et l'article 50.1 l'empêchent de passer outre les protections en matière d'égalité des sexes. Comme nous l'avons exprimé plus haut, bien que la discrimination subie par les femmes musulmanes soit fondée à la fois sur la religion et sur le sexe (et que cette discrimination puisse aussi comporter des éléments raciaux et ethniques), elle peut facilement être qualifiée de discrimination fondée sur le sexe aux fins d'un recours fondé sur la Constitution ou la *Charte québécoise*. Le fait de catégoriser la discrimination autrement reviendrait à refuser aux femmes musulmanes des droits à l'égalité des sexes.

B. L'État de droit et les droits des minorités

La loi 21 pourrait aussi être contestée, malgré le recours du gouvernement à la clause dérogatoire, en utilisant les principes

83 Voir par ex. Froc, *Constitutional Forum*, *supra* note 21 ; Froc, *Thèse*, *supra* note 76 ; Beverley Baines, "Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Purposive Interpretation" (2005) 17 Can J Women & L 45 at 59; Gérald A. Beaudoin, *Les droits et libertés au Canada* (Montréal: Wilson & Lafleur, 2000) at 715; William F. Pentney, "Les principes généraux d'interprétation de la Charte" in Gérald A. Beaudoin et Edward Ratushny (eds), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2nd ed. (Montréal: Wilson & Lafleur, 1989) at 58; Brun & Tremblay, *supra* note at 934–35.

84 Voir par ex. Froc, *Thèse*, *supra* note 76 aux 221–28 pour un aperçu utile des perspectives des rédacteurs à cet effet.

85 Voir la discussion sur l'effet discriminatoire de la loi, section 1 du présent document, ci-dessus.

constitutionnels fondamentaux non écrits, que l'on a qualifiés de « force vitale » de la Constitution⁸⁶. Ces principes fondamentaux « imprègnent la Constitution et lui donnent la vie »⁸⁷. Deux principes fondamentaux sont minés par les effets de la loi 21 sur les communautés religieuses minoritaires : la « primauté du droit » et le « respect des minorités »⁸⁸. Comme la Cour l'a fait remarquer dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, une décision très importante en droit constitutionnel canadien, « [l]a légitimité de nos lois repose [...] sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule "volonté souveraine" ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles »⁸⁹. Ainsi, bien que la légitimité démocratique de l'Assemblée nationale du Québec qui a adopté la loi 21 soit, sans aucun doute, une considération importante, la primauté du droit et le respect des droits des minorités demeurent des considérations cruciales dans toute analyse de la place de la loi 21 dans le régime constitutionnel provincial et canadien.

Au Québec, il y a une longue histoire de recours judiciaires reposant sur les principes constitutionnels sous-jacents pour protéger les minorités religieuses et politiques. Il est donc intéressant de situer la loi 21 dans son contexte historique : la loi 21 fait écho à la discrimination que l'État a imposée dans les années 1950 et qui a donné lieu à plusieurs décisions judiciaires novatrices empêchant le gouvernement de discriminer contre les minorités religieuses impopulaires au Québec⁹⁰. Dans certains de ces cas, les tribunaux ont utilisé la primauté du droit comme outil pour empêcher l'État d'utiliser son pouvoir pour cibler les personnes ayant des convictions politiques et religieuses différentes de la culture majoritaire de l'époque⁹¹. Cette jurisprudence est un rappel important de la façon dont les principes constitutionnels fondamentaux étaient reconnus comme étant l'épine dorsale de l'ordre constitutionnel canadien avant même l'existence de droits constitutionnels enchâssés dans la *Charte*⁹². Lors de cette période du

86 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 51.

87 *Ibid* au para 50.

88 Pour une discussion sur ces principes voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 6 aux para 70-82.

89 *Ibid* au para 67.

90 Voir Eric M. Adams, « Building a Law of Human Rights: *Roncarelli v Duplessis* in Canadian Constitutional Culture » (2010) 55 McGill LJ 437.

91 *Ibid*.

92 *Ibid* ; Voir aussi Lorraine E. Weinrib, « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution » (2001) 80 Can Bar Rev 699 ; *Switzman v Elbling and A.G. of Quebec*, [1957] RCS 285 [*Switzman*] à la p 28 (selon le juge Abbott, il est possible que le pouvoir de promulguer des lois limitant la liberté d'expression soit hors de la compétence du Parlement) ;

constitutionnalisme canadien qui précède la *Charte*, ces arrêts portant sur « les droits constitutionnels implicites » ont été utilisés pour contester des lois ainsi que des décisions administratives discrétionnaires⁹³.

En commençant par la primauté du droit, le degré de discrétion dans la Loi laisse planer le potentiel qu'elle soit appliquée de façon arbitraire ce qui risque de créer des situations d'injustice et violerait ainsi l'exigence selon laquelle la loi doit s'appliquer également à tous⁹⁴. La loi 21 prévoit que « la personne qui exerce la plus haute autorité administrative » sur les personnes auxquelles s'applique l'interdiction de porter des symboles religieux doit « prendre les moyens nécessaires pour assurer le respect [de la Loi] »⁹⁵. Les définitions vagues de « symbole religieux » prévues par la Loi encouragent et même rendent nécessaire une application hautement discrétionnaire et arbitraire de celle-ci⁹⁶. Déterminer si une chose portée par une personne peut être « raisonnablement considérée comme référant à une appartenance religieuse » est très subjectif et confère un pouvoir discrétionnaire important au décideur. Par exemple, pour éviter une application inégale, un employeur devra savoir si un foulard est porté pour des raisons religieuses ou simplement comme un article de mode. De même, si la Loi s'appliquait effectivement à tous les symboles religieux plutôt qu'uniquement à ceux qui ne font pas partie de la culture majoritaire, une application de bonne foi de la Loi semblerait exiger qu'une personne en position d'autorité détermine si une bague de mariage portée par un employé est le résultat d'une cérémonie religieuse ou d'un mariage civil⁹⁷ ; il semble probable que toutes les bagues

Roncarelli v Duplessis, [1959] RCS 121 [*Roncarelli*] aux pp 183–84 (le juge Abbott discute l'absence de fondement juridique pour refuser le permis parce qu'il se portait « en tant que garant pour les membres de la secte en question », à la p 183).

93 Voir par ex. *Saumur v Quebec (City of)*, [1953] 2 RCS 299, [1953] 4 DLR 641 ; *Switzman*, *supra* note 92 ; *Adams*, *supra* note 0. Il faut toutefois noter que les questions de fédéralisme ont aussi souvent été soulevées en conjonction avec les arguments basés sur une déclaration des droits implicite. 94 Voir notamment *Renvoie relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 84 et *Roncarelli*, *supra* note 92.

95 La Loi, *supra* note 1, art 13.

96 Voir par ex. Global News, « Quebec immigration minister defines 'religious symbol' in proposed amendment to Bill 21 », (11 juin 2019), en ligne : < <https://globalnews.ca/news/5379793/quebec-immigration-minister-religious-symbol-bill-21/>>. Voir aussi *Hak*, *supra* note 10 qui a fait valoir ce point de manière convaincante.

97 Voir CTV News, « Wedding rings may be defined as forbidden religious symbols », (12 juin 2019), en ligne : < <https://montreal.ctvnews.ca/wedding-rings-may-be-defined-as-forbidden-religious-symbols-1.4462714>> (Le premier ministre Legault a été cité comme étant « incapable de dire » si une bague de mariage serait considérée comme un symbole religieux).

seraient autorisées, parce qu'elles sont associées à la culture majoritaire. Étant donné que les convictions religieuses sont très individualisées et subjectives, plusieurs rapporteurs spéciaux de l'ONU ont noté que ça serait inapproprié que l'État détermine avec précision ce qui constitue un « symbole religieux »⁹⁸. Si l'on considère le contexte social dans lequel la loi 21 s'inscrit — et la grande diversité des personnes en position d'autorité administrative dans une grande variété de secteurs —, on peut s'attendre à ce que les décisions concernant ce qui constitue un symbole religieux soient — et continueront d'être appliquées — de façon inégale à l'égard de certaines minorités religieuses.

Une façon de réduire ce risque de discrétion arbitraire dans l'application de la loi 21 est de faire en sorte que les décideurs administratifs exercent leur pouvoir discrétionnaire conformément aux « valeurs consacrées par la Charte »⁹⁹. On s'attend à ce que les décideurs administratifs équilibrent de façon proportionnelle leur mandat législatif avec les valeurs et les droits de la *Charte* qui sont en jeu dans leurs décisions¹⁰⁰. La Cour suprême a déclaré que les valeurs consacrées par la *Charte* sont celles qui « sous-tendent chaque droit [de la *Charte*] et qui leur donnent un sens, »¹⁰¹ et que les décideurs administratifs « prennent *toujours* en considération les valeurs fondamentales »¹⁰² comme les « valeurs d'accommodement, de tolérance et de respect de la diversité »¹⁰³. Ce n'est pas clair si la clause dérogatoire de la *Charte* empêche les décideurs administratifs de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* de la même

98 Voir notamment *Amselem*, *supra* note 9 et Lettre de Fernand de Varennes (rapporteur spécial sur les questions relatives aux minorités), E. Tendayi Achiume (rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée), & Ahmed Shaheed (rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction) au Canada (17 mai 2019) Ref. No. OL CAN 2/2019, en ligne : <
<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24595>> [*Lettre de l'ONU*].

99 Voir par ex. *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 [*Doré*]. La Cour suprême a statué « que les décideurs administratifs doivent agir de manière

compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées la *Charte* » (para 24).

100 *École secondaire Loyola c Québec (procureur général)*, au para 35 [*Loyola*] ; *Doré*, *supra* note 9 au para 55.

101 *Loyola*, *supra* note 100 au para 36. Pour une discussion sur la source et la portée des valeurs consacrées par la *Charte* voir, Lorne Sossin and Mark Friedman, « Charter Values and Administrative Justice » (2014) 67 SCLR : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 391 aux pp 403–20.

102 *Doré*, *supra* note 99 au para 35.

103 *Ibid* au para 49 (citant la juge en chef McLachlin dans *Chamberlain v Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86).

façon que la clause suspend les droits enchâssés dans la *Charte*¹⁰⁴. Ainsi, même si les droits sont suspendus, les valeurs consacrées par la *Charte* pourraient être intactes. Si l'article 33 ne s'applique pas aux valeurs consacrées par la *Charte*, les décisions administratives concernant l'application de la loi 21 seraient alors soumises à l'examen judiciaire qui en évaluerait son caractère raisonnable, et tiendrait les décideurs responsables le cas échéant¹⁰⁵. Par exemple, un employeur qui choisit d'embaucher une personne portant un symbole religieux chrétien visible, mais qui refuse d'embaucher une femme musulmane qui porte un hijab en raison de ses croyances religieuses, pourrait faire face à des recours en droit administratif contre lui. Le risque que la loi 21 soit appliquée de façon arbitraire et inégale peut être réduit si le décideur administratif exerce son pouvoir discrétionnaire à la lumière des valeurs fondamentales consacré par la *Charte*.

La validité de la Loi pourrait aussi être contestée en utilisant le principe constitutionnel fondamental du respect des droits des minorités et de son interaction avec les autres principes constitutionnels sous-jacents¹⁰⁶. Cet argument a été repris, en partie, par l'un des recours qui est devant les tribunaux¹⁰⁷. Les droits des minorités sont généralement associés à l'égalité et à la non-discrimination. De plus, certains ont suggéré que le principe d'égalité réelle devrait aussi être reconnu comme étant un principe constitutionnel fondamental pour élargir et renforcer les protections des minorités dans le constitutionnalisme canadien¹⁰⁸. Le principe du respect des minorités a été élaboré dans le *Renvoi sur la sécession* comme un principe *indépendant* sous-jacent de notre ordre

104 Si l'art. 33 ne s'applique pas aux valeurs consacrées par la Charte, alors les décisions administratives concernant l'application de la loi 21 peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire et être jugées déraisonnables sans qu'il soit nécessaire de contester la loi elle-même. Pour une discussion sur ce point voir, Leonid Sirota, « Devaluing Section 33 » (14 mai 2019), en ligne (blog) : <<https://doubleaspect.blog/2019/05/14/devaluing-section-33/>>.

105 Il pourrait aussi y avoir d'autres arguments de droit administratif qui pourraient être présentés contre une décision arbitraire, biaisée ou autrement injuste : nous laissons toutefois ce sujet de côté pour les besoins de notre examen plus ciblé des revendications constitutionnelles. Néanmoins, un bon point de départ jurisprudentiel pour ce genre d'analyse serait *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 [*Baker*].

106 Pour une discussion sur l'interconnexion entre la primauté du droit et l'égalité, voir Colleen Sheppard, « The Rule of Law as a Non-Discrimination Principle » dans Janine Lespérance et al, eds, *Canada and the Rule of Law: 150 Years after Confederation* (International Commission of Jurists Canada, 2017) aux pp 167–71.

107 Voir *Hak*, *supra* note 0.

108 Voir par ex. Patricia Hughes, « Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle » (1999) 22:2 Dal LJ 5 aux pp 34–36.

constitutionnel¹⁰⁹. Bien qu'il soit indépendant, il faut souligner certaines interactions entre ce principe et les autres éléments fondamentaux de notre structure constitutionnelle. Dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour suprême a déclaré qu'une des raisons pour laquelle les modifications constitutionnelles sont placées hors de la portée d'une simple majorité était qu'elle offrait « une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale »¹¹⁰. La Cour a enchaîné en disant que « [m]algré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs »¹¹¹. La loi 21 semble très clairement être une occasion où un gouvernement a cédé à la tentation d'ignorer les droits fondamentaux pour tenter de poursuivre un objectif collectif. Les propos du juge Iacobucci, bien qu'ils aient été prononcés lors d'un recours dont le contexte est différent de celui de la loi 21, sont également pertinents :

[L]a démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé¹¹².

Ainsi, le principe constitutionnel de protection des minorités s'accorde avec d'autres principes fondamentaux, tels que le constitutionnalisme, la primauté du droit et la démocratie : une

109 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 86 au para 80.

110 *Ibid* au para 74.

111 *Ibid* au para 74.

112 *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 au para 176. Cette théorie du renforcement de la représentation du contrôle judiciaire constitutionnel adresse le besoin particulier d'un contrôle judiciaire accru lorsque les tribunaux sont confrontés à des affaires impliquant des « minorités discrètes et insulaires. » Voir *United States v Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938) [*Carolene Products*] à la note 4. En adoptant la définition dans *Carolene Products*, les femmes musulmanes portant le hijab ou le niqab au Québec seraient des minorités discrètes et insulaires. Voir *Andrews*, *supra* note 16 aux pp 151–3 où le juge Wilson écrit sur l'importance et la signification des « minorités discrètes et insulaires » dans la jurisprudence canadienne relative à l'art. 15. Voir aussi John Hart Ely, *Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980).

démocratie saine exige un dialogue continu — respectant les normes constitutionnelles qui protègent les minorités — et non seulement l'exercice de la règle de la majorité¹¹³. Lorsque, comme c'est le cas de la loi 21, les droits des minorités n'ont pas été respectés, l'intervention des tribunaux est appropriée et justifiée.

Toutefois, si les principes constitutionnels fondamentaux peuvent à eux seuls constituer un recours contre une loi demeure une question contentieuse¹¹⁴. Par le passé, la Cour suprême s'est appuyée sur ces principes pour déclarer qu'une loi était inconstitutionnelle. Par exemple, une loi au Nouveau-Brunswick qui a modifié le système de rémunération des juges à la retraite qui continuaient de travailler à temps partiel a été jugée contraire à la garantie constitutionnelle de l'indépendance judiciaire¹¹⁵. Des principes constitutionnels fondamentaux ont également été utilisés pour étayer des revendications fondées sur des dispositions écrites de la Constitution. Par exemple, des dispositions législatives concernant la rémunération des juges provinciales ont été invalidées parce qu'elles étaient incompatibles avec le principe constitutionnel sous-jacent « d'indépendance judiciaire »¹¹⁶. Or, l'approche générale de la Cour suprême à l'égard de ce genre de questions a été de souligner que le texte écrit officiel de la Constitution doit primer¹¹⁷. La Cour d'appel de l'Ontario a également abordé ce sujet récemment lorsqu'elle s'est penchée sur la modification unilatérale des districts municipaux de Toronto faite par le gouvernement ontarien¹¹⁸. La

113 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 86 aux para 76–7.

114 Voir par ex. *Lalonde v Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [2001] 56 OR (3d) 505, 208 DLR (4th) 577 (ONCA) [*Lalonde*] (la Cour ne s'est pas prononcée sur si le principe des droits des minorités pouvait être la base d'un recours en justice); *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49 [*Imperial Tobacco*] (la Cour a souligné la prééminence du texte écrit de la Constitution, mais n'a pas exclu catégoriquement une demande).

115 Voir par ex. *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 RCS 405 (le principe de l'indépendance judiciaire, qui a un certain fondement textuel dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans l'article 11d) de la *Charte canadienne*, a été utilisé ici pour invalider les modifications apportées à la rémunération des juges. Il convient de noter que l'indépendance judiciaire n'est pas le seul des principes constitutionnels fondamentaux à avoir un certain fondement textuel.) [*Mackin*].

116 Voir par ex. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 RCS 3 aux para 107–09 [*Re Rémunération des juges*]; *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2014] 3 RCS 31 au para 64 [*Trial Lawyers*].

117 Voir par ex. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 86 au para 53, *Imperial Tobacco*, supra note 114 au para 65; *Caron c Alberta*, [2015] 3 RCS 511 au para 36.

118 *Toronto (City) v Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 732 [*Toronto City Council*].

majorité de la Cour d'appel a conclu que les principes fondamentaux de la démocratie et de la primauté du droit « n'accordent pas aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'invalider les lois »¹¹⁹. Néanmoins, les juges Miller, Tulloch et Young ont reconnu que les principes sous-jacents peuvent être utilisés « pour résoudre des questions ouvertes d'interprétation constitutionnelle et législative »¹²⁰. Si la Cour d'appel du Québec arrive à une conclusion sur la force de ces principes qui diffère de celle de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Toronto City Council*, cela pourrait être un argument intéressant à soulever lors de la requête d'autorisation d'interjeter l'appel devant la Cour suprême du Canada.

Malgré le fait que le débat n'est pas clos en ce qui concerne l'utilisation des principes constitutionnels fondamentaux pour fonder un recours judiciaire pour faire invalider une loi, ils constituent sans aucun doute des aides importantes pour l'interprétation des dispositions constitutionnelles et législatives. À notre avis, on ne saurait trop insister sur l'importance du principe des droits des minorités et de la primauté du droit : une démocratie saine doit assurer le respect de la primauté du droit et des droits des minorités¹²¹. Puisque la Loi ne respecte pas les droits de plusieurs minorités et qu'elle risque de miner la primauté du droit, nous croyons que les principes constitutionnels fondamentaux offrent une avenue pour contester la loi 21.

C. Le droit international

Au-delà de l'ordre constitutionnel canadien, il est important de souligner la manière dont la loi 21 viole nos engagements internationaux. Bien qu'il ne soit pas juridiquement contraignant au Canada, le droit international demeure persuasif pour les tribunaux¹²² et les principes juridiques internationaux ont influencé l'élaboration et l'interprétation des droits de la personne au Québec¹²³. De plus, lorsque les recours nationaux ont été épuisés, le recours aux régimes internationaux des droits de la personne a parfois entraîné des modifications à des lois discriminatoires canadiennes. Un bon exemple est la contestation de dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* par Sandra Lovelace¹²⁴.

119 *Ibid* au para 89.

120 *Ibid* au para 91.

121 *Renvoie relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 86 au para 78.

122 Voir par ex. *Baker*, *supra* note 105.

123 Voir par ex. *CDPDJ mémo*, *supra* note 14 à la p 6.

124 Voir *Lovelace v Canada* (1981), Human Rights Committee Communication No. R.6/24*/ (contester la *Loi sur les indiens*, RSC 1985, c I-

Sandra Lovelace a réussi à porter sa cause devant le Comité des droits de l'homme en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)*¹²⁵. Dans le contexte de la loi 21, la loi québécoise pourrait aussi être jugée contraire aux dispositions du *PIDCP* portant sur l'égalité et la non-discrimination¹²⁶. On pourrait également dire que, en se basant sur l'analyse que nous avons présentée par rapport à un recours intersectionnel et appuyé par l'article 28 de la *Charte canadienne*, la Loi viole la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹²⁷, ainsi que la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹²⁸. L'intersection de la discrimination religieuse et de la discrimination raciale, en particulier contre la communauté musulmane, a récemment été examinée dans le rapport du Comité permanent du patrimoine canadien, intitulé *Agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*¹²⁹. À notre avis, il serait à l'avantage des tribunaux et de l'Assemblée nationale de tenir compte de nos obligations internationales lors de leur analyse de la Loi¹³⁰.

En ce qui concerne les obligations internationales du Canada, il est important de noter la lettre signée par plusieurs rapporteurs spéciaux de l'ONU soulignant leurs préoccupations que la loi 21 risque de violer le *PIDCP*, que les gouvernements fédéral et provinciaux

125 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 arts 9–14 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [*PIDCP*].

126 Voir notamment UNO Comité des droits de l'homme Observations générales No. 18, Non-Discrimination HRI/GEN/1/Rev.1 à la p 26 (1994) où le comité a décrit les droits à l'égalité et à la non-discrimination comme incluant le droit à « la participation égale de tous les citoyens aux affaires publiques » au paragraphe 3 et a précisé que la discrimination, bien qu'elle ne soit pas explicitement définie, « doit être comprise comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur [un motif quelconque] ... et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales » au paragraphe 7. Ces dispositions contre la discrimination se trouvent à l'article 26, parmi d'autres dispositions pertinentes du *PIDCP*.

127 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1 mars 1980, 1249 RTNU 13, Can TS 1982 No 31 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981, ratifiée par le Canada 10 décembre 1981).

128 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969, ratifiée par le Canada 14 octobre 1970).

129 Rapport du Comité permanent du patrimoine canadien (Hon. Hedy Fry, la présidente) février 2018, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/CHPC/Reports/RP9315686/chpcrp10/chpcrp10-f.pdf>.

130 Comme l'article 33 de la Charte canadienne ne s'applique que pour une période de cinq ans, l'Assemblée nationale devra réexaminer la Loi au plus tard dans cinq ans.

doivent respecter¹³¹. Dans leur lettre, les rapporteurs spéciaux précisent que les pratiques religieuses comprennent non seulement les rites et les cérémonies, mais aussi le port de certains vêtements¹³². L'article 26 du *PIDCP* crée un régime de droits à l'égalité et l'article 27 stipule que les minorités doivent pouvoir jouir de leur propre culture et pratiquer leur propre religion¹³³. De plus, l'article 18 protège le droit de manifester sa religion en public ou en privé¹³⁴. La protection de la liberté religieuse prévue par le *PIDCP* peut uniquement être violée par les États signataires pour protéger la sécurité, l'ordre, la santé ou la moralité publique ou les libertés fondamentales d'autrui. Ces motifs ont été décrits comme étant des « situations de danger public exceptionnel »¹³⁵. Il nous semble évident que les circonstances envisagées par la loi 21 ne se situent pas à ce niveau. En effet, les rapporteurs spéciaux notent que la Loi ne justifie pas pourquoi l'interdiction du port de symboles religieux par les employés du secteur public est nécessaire pour protéger la sécurité, l'ordre, la santé publique ou les droits et libertés d'autrui¹³⁶.

À certains moments dans leur lettre, les rapporteurs spéciaux adoptent une perspective intersectionnelle et systémique. Ils expliquent que la race et l'ethnicité se recoupent souvent avec la religion, ce qui signifie que les dispositions juridiques relatives aux symboles religieux peuvent entraîner une discrimination raciale (comme nous l'avons également noté plus haut). Ils soulignent que les dispositions sur l'obligation d'avoir le visage découvert pour accéder aux services toucheront davantage certaines minorités religieuses et risquent de violer non seulement la liberté religieuse, mais aussi d'autres droits fondamentaux (comme le droit aux soins de santé ou à l'éducation). Par exemple, les rapporteurs spéciaux indiquent que les lois françaises sur les symboles religieux dans les écoles et les lieux publics ont eu un impact disproportionné sur les membres de certaines religions et particulièrement sur les filles¹³⁷. Apposé au contexte québécois et à la loi 21, ce raisonnement nous porte à croire qu'une femme qui porte un niqab pourrait être réticente à accéder aux services de santé par crainte que sa pratique religieuse ne soit pas accommodée. Une adolescente qui porte le hijab pourrait être victime d'intimidation et d'isolement à l'école en raison du stigma entourant son choix de vêtement. Ces effets sont

131 *Lettre de l'ONU*, *supra* note 8.

132 *Lettre de l'ONU*, *supra* note 98 à la p 3. 133 *PIDCP*, *supra* note 125, art 49.

134 *Ibid.*

135 UNO Comité des droits de l'homme Observations générales No. 22, Le droit à la liberté de pensées, de conscience et de religion (Art. 18), 30/07/93, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 4.

136 *Lettre de l'ONU*, *supra* note 98.

137 Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France (17 août 2015) CCPR/C/FRA/CO/5.

extrêmement préoccupants et renforcent l'importance de contester la loi dans une optique intersectionnelle.

3. Conclusion: la loi 21, les valeurs et les droits

Au-delà des arguments juridiques, il est également important de souligner que la loi 21 va profondément à l'encontre des valeurs fondamentales des droits de la personne. On retrouve l'expression de ces engagements fondamentaux dans les premiers arrêts fondés sur la *Charte canadienne*, dans lequel le juge en chef Dickson a rappelé que « [l]es valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté [soit justifiée] »¹³⁸. La Cour a noté que les valeurs et principes pertinents comprenaient « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »¹³⁹. La loi 21 élimine la possibilité de travailler dans de nombreux emplois du secteur public et crée un obstacle à l'accès aux services publics pour certaines minorités religieuses — en particulier pour certaines femmes musulmanes. Ces effets minent des valeurs constitutionnelles reconnues, notamment la justice et l'égalité sociales, l'accommodement des différentes croyances, le respect des identités culturelles et la promotion de la participation sociale et politique des personnes marginalisées.

La loi 21 a des effets négatifs sur les politiques d'emploi dans le secteur public et l'accès équitable aux services publics, qui sont des facettes cruciales de la société. Comme l'a écrit la juge Abella dans le rapport de la *Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi* : « peu de questions méritent autant le recours à la loi que le droit de chaque individu d'avoir accès aux possibilités de réaliser pleinement leur potentiel »¹⁴⁰. La réalisation de ce potentiel est intimement liée au travail et à l'accès aux nombreux services sociaux essentiels fournis par les gouvernements provinciaux.

Cependant, les effets de la Loi sont susceptibles d'aller au-delà des secteurs directement touchés par celle-ci. Nous avons mentionné ci-haut que la Loi a déjà des effets sur les expériences personnelles de

138 *Oakes*, *supra* note 1 à la p 136.

139 *Ibid.*

140 *Rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi* (Ottawa: Ministère de la demande et de Services Canada, 1984).

discrimination ; les médias ont grandement souligné le fait que la Loi peut contribuer et normaliser des actes discriminatoires individuels à l'égard de femmes musulmanes. Il nous semble évident que la Loi contribue à dépeindre les femmes musulmanes comme étant l'« Autre » et à un ensemble de normes et de processus qui limitent l'accès de certaines femmes musulmanes aux services et aux possibilités d'emploi¹⁴¹. La Loi cible certaines des personnes les plus marginalisées de la société québécoise, les empêche d'accéder pleinement à la sphère publique et de s'y épanouir, et exacerbe la discrimination généralisée à leur égard.

Que faut-il faire de la myriade de façons dont la loi 21 semble être en tension avec les droits de la personne? Certains pourraient dire que le Québec a une compréhension unique de la laïcité et du pluralisme¹⁴². Mais l'esprit de la *Charte québécoise*, tel qu'il est exprimé dans son préambule, ainsi que les droits et libertés qu'on y retrouve, est en contradiction directe avec la nouvelle Loi. Comme l'a conclu la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la loi 21 entre en contradiction avec la longue histoire des droits de la personne au Québec¹⁴³. Depuis plus de 40 ans, l'accès équitable à l'emploi et aux services publics fait partie des protections en matière de droits de la personne au Québec¹⁴⁴.

Dans ce bref commentaire, nous avons examiné les effets discriminatoires de la loi 21 et son impact particulièrement négatif sur les femmes musulmanes du Québec. Nous avons également identifié au moins deux voies juridiques intéressantes dont disposent encore les tribunaux pour traiter des effets discriminatoires de la Loi, en plus de souligner les façons dont la loi 21 viole d'importantes obligations internationales en matière de droits de la personne. Une interprétation juridique créative et le recours à la panoplie complète de protections des droits de la personne laissent une grande place à l'intervention judiciaire. Il nous semble qu'à ce moment de notre histoire, on ne devrait pas permettre à des majorités législatives de miner des droits de la personne de façon aussi flagrante et inutile.

141 Voir par exemple. Vrinda Narain, « Gender, Religion and Workplace: Reimagining Reasonable Accommodation » (2017) 20:2 CLELJ 307 aux pp 316–19.

142 Voir par ex. Micheline Labelle and Daniel Turp « Projet de loi sur la laïcité: une avancée tangible », *Le Devoir* (11 April 2019), en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/551886/projet-de-loi-sur-la-laicite-une-avancee-tangible>>. Voir aussi Guillaume Rousseau and François Côté, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights » (2017) 47:2 *Revue générale de droit* 343. Rousseau et Côté affirment que le Québec a une approche distinctive par rapport à l'article 33 de la *Charte canadienne*.

143 *CDPDJ mémo*, *supra* note 4.

144 *Charte québécoise*, *supra* note 2 arts 10–9.



DIRECTIONS