

PLURALITY AND DIVERSITY
IN LAW

The Human Rights Paradigm

Edited by
Laurence BURGORGUE-LARSEN

 INTERSENTIA

Cambridge - Antwerp - Chicago

QUÉBEC ET CANADA

Pluralité, diversité et appréhensions propres des droits humains

Stéphane BEAULAC

1. Remarques introductives	267
2. La pluralité juridique dans l'ordre constitutionnel canadien	268
2.1. La neutralité de l'État	271
2.2. Le rapport de l'État à la laïcité : l'acceptation de la diversité	274
2.3. La crise des 'accommodements raisonnables'	274
3. La diversité juridique dans l'ordre constitutionnel canadien	276
3.1. Le jeu de la non-discrimination	277
3.2. La diversité linguistique	279
4. La circulation des idées en matière de pluralité et de diversité	280
5. Remarques conclusives	282

1. REMARQUES INTRODUCTIVES

Il est certes utile, à titre d'introduction à la problématique de la pluralité et de la diversité « juridique » au Canada, de débiter avec une précision, s'agissant de la Constitution de cet État fédéral. En effet, il convient d'établir un paramètre ontologique crucial à la discussion qui, du coup, fait appel à une méta-classification : distinguer entre la Constitution « juridique » et la Constitution « politique » du Canada (et de la province de Québec). La Constitution politique concerne pour l'essentiel les conventions constitutionnelles, que nous verrons brièvement plus loin. Cela étant, notre propos ici se concentre sur la Constitution juridique du pays à la feuille d'érable, avec un accent mis sur les dimensions plurielles et diversifiées de ses régimes de protection des droits humains.

2. LA PLURALITÉ JURIDIQUE DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL CANADIEN

La Constitution juridique, au Canada, est formée de droit constitutionnel « écrit » et de droit constitutionnel « non écrit », celui-ci faisant référence au droit jurisprudentiel, aux décisions judiciaires des tribunaux nationaux compétents. Pertinents à cet égard, les enseignements de la Cour suprême du Canada dans le renvoi sur le rapatriement de la Constitution – *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*¹ – où la majorité des juges définit le droit constitutionnel comme les « parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law* »,² c'est-à-dire pour cette dernière, la jurisprudence.

Le droit constitutionnel écrit au Canada comprend donc des « textes » constitutionnels, formellement parlant, tels la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982*. En plus de ces textes faisant partie de la Constitution du Canada – en vertu de l'article 52(1) *Loi constitutionnelle de 1982* – il y a d'autres textes de loi qui ont un statut constitutionnel, au plan matériel. Cette source de droit constitutionnel écrit, souvent appelée simplement (à défaut de mieux) « loi ordinaire », est définie ainsi en doctrine : « toute loi "constitutionnelle" en raison, non pas de son statut [formel] dans la hiérarchie des normes juridiques, mais de son contenu, dès lors que celui-ci se rapporte de près ou de loin à la forme de gouvernement de l'État ou aux droits des personnes ou groupes avec lesquels l'État pourra entrer en relations ».³

La décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au juge Nadon*⁴ nous donne un exemple d'une telle loi ordinaire (à son origine, à tout le moins), adoptée par le Parlement fédéral, qui a acquis depuis un statut constitutionnel ; elle ne peut être modifiée sans recourir à la procédure d'amendement prévue à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette législation fait partie du droit constitutionnel, au plan matériel, parce qu'elle concerne le plus haut tribunal du pays, qui « constitue un élément essentiel de l'architecture constitutionnelle du Canada ».⁵

S'agissant de la hiérarchie normative de ces sources de droit constitutionnel écrit, il ne fait aucun doute que les textes de loi formellement constitutionnels sont vus comme ayant préséance, dans l'hypothèse d'un conflit avec une loi

¹ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

² *Ibid.*, p. 877.

³ Maxime St-Hilaire & Laurence Bich-Carrière, « La constitution juridique et politique du Canada : notions, sources et principes », dans Stéphane Beaulac & Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Droit constitutionnel – JurisClasseur Québec (série « droit public »)*, feuilles mobiles (Montréal : LexisNexis, 2011), fasc. 1.

⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

⁵ *Ibid.*, para. 100. Voir aussi William R. Lederman, « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada » (1985), 26 *Cahier de droit* 195, p. 200.

ordinaire ayant le statut constitutionnel. Il en relève de la théorie des sources en droit interne, qu'on associe à l'image de la « pyramide Kelsenienne »,⁶ au sommet de laquelle se trouvent les textes constitutionnels. En outre, suivant ce raisonnement, la jurisprudence constitutionnelle, c'est-à-dire le droit relevant de la constitution « non-écrite » au Canada, est clairement de hiérarchie inférieure aux deux autres sources (textes formellement constitutionnels, lois ordinaires à statut constitutionnel) de droit constitutionnel écrit.

Ajoutons la précision suivante : la jurisprudence dont il est question ici comprend à la fois les décisions judiciaires dans le cadre du règlement d'un litige,⁷ d'une part, et les avis consultatifs ou renvois sur des questions de droit soumises par le gouvernement,⁸ d'autre part. Par ailleurs, les décisions judiciaires, sources de droit constitutionnel, peuvent se fonder, en tout ou en partie, sur des textes de nature constitutionnelle ou des lois ordinaires constitutionnelles, ou peuvent aussi être le fruit de règles de droit d'origine jurisprudentielle autonome, ce à quoi on fait souvent référence à l'aide de l'expression anglais « *judge-made-law* », que l'on traduit librement en français par « droit prétorien ».

On doit distinguer ces sources de droit (écrit, non-écrit) relatif à la constitution dite « juridique » du Canada, d'un côté, des éléments relevant de sa constitution « politique » du pays, de l'autre.⁹ Ces derniers éléments, dans une large mesure, agissent pour compléter ou pour modifier (et actualiser) le droit constitutionnel positif.¹⁰ La terminologie consacrée, au Canada comme ailleurs dans le monde anglo-saxon, parle de « conventions constitutionnelles ». On les définit ainsi : « une règle élaborée empiriquement, sous la forme d'une entente entre gouvernants ou politiciens, règle qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux mais appliquée et respectée par les parties en raison d'un sentiment de nécessité politique ».¹¹

⁶ Le théoricien austro-américain Hans Kelsen, figure de proue du positivisme juridique, a proposé une vision synthétique des sources de droit suivant une hiérarchique, c'est-à-dire l'image d'une pyramide au sommet de laquelle se trouve la constitution d'un État. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd (Paris : Dalloz, 1962), trad. Charles Eisenmann.

⁷ Par exemple, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du registre des armes à feu : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 693.

⁸ Par exemple, la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

⁹ Voir aussi Graham Gee & Grégoire C.N. Webber, « What is a Political Constitution » (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies* 273.

¹⁰ Voir Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Oxford & Toronto: Oxford University Press, 1991), p. 1 : « As many areas of the constitution are structured by archaic or incomplete laws, the political arena has given birth to binding conventions and customary usages that not only direct political actors in these matters, but ultimately determine the full substance and character of the Canadian constitution ».

¹¹ Henri Brun & Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd. (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1990), p. 45.

Cette conception de l'ordre constitutionnel dans la tradition de *common law* vient de l'œuvre d'Albert Venn Dicey,¹² qui a élaboré cette dichotomie juridique-politique, s'agissant de la constitution. Au début des années 1980, la Cour suprême du Canada a entérinée, à deux reprises,¹³ le concept de conventions constitutionnelles dans les renvois sur le rapatriement de la constitution.¹⁴ S'inspirant des travaux de Sir W. Ivor Jennings, on a proposé un test à trois conditions : (i) il doit y avoir des précédents à la pratique conventionnelle ; (ii) les acteurs doivent considérer que cette règle d'usage est en fait obligatoire ; (iii) et il faut qu'il y ait une raison d'être à ladite règle.¹⁵

Pour revenir et compléter le portrait « juridique » au Canada, et ce, à la fois de droit dur et de droit mou (c.-à-d. de la « soft law »), ajoutons ce qui suit. Depuis 1998 et le *Renvoi sur la sécession du Québec*,¹⁶ il existe au pays des « principes sous-jacents » à notre ordre constitutionnel. Bien que la liste ne soit pas exhaustive, ces principes seraient au nombre de quatre (4), à savoir : (i) le fédéralisme, (ii) la démocratie, (iii) le constitutionnalisme et la primauté du droit, et (iv) le respect des minorités ; on a déjà suggéré, dans des opinions minoritaires, un cinquième (v) de ces principes, soit « l'honneur de la Couronne »¹⁷ en matière autochtone, et même un sixième (vi), soit « le respect des droits et libertés de la personne ».¹⁸

Dans le *Renvoi* de 1998, la Cour suprême du Canada explique que les principes sous-jacents à la Constitution « ressortent de la Compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle ».¹⁹ Ces éléments de notre ordre juridique constitutionnel ont « plein effet juridique »,²⁰ c'est-à-dire qu'ils « peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises ».²¹ Pour être très

¹² Voir Alber Venn Dicey, « Introduction: The True Nature of Constitutional Law », dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 3^e éd. (Londres: Macmillan, 1889), p. 1.

¹³ Voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 888; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 791, p. 815.

¹⁴ Voir Trevor R.S. Allan, « Law, Convention, Prerogative: Reflections Prompted by the Canadian Constitutional Case » (1986) 45 *Cambridge Law Journal* 305; et Fabien Gélinas, « Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la "sécession" du Québec : le fantôme du rapatriement » (1997) 57 *Revue du Barreau* 291.

¹⁵ W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd. (Londres: University of London Press, 1959), p. 136.

¹⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

¹⁷ *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 104, juges Deschamps et LeBel (minoritaires), para. 97.

¹⁸ *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, juge LeBel (minoritaire), para. 79.

¹⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, para. 32.

²⁰ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 752.

²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, para. 54.

clair, ajoute la Cour : « Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements ». ²²

Peut-être pourrait-on parler de « para-constitutionnalité » en relation avec ces quatre (4) principes, mais ils relèvent néanmoins du droit constitutionnel formel, également du droit non-écrit, c'est-à-dire de la jurisprudence constitutionnelle. Depuis, trois (3) affaires ont fait référence à ces méta-principes constitutionnels : le *Renvoi sur les valeurs mobilières*,²³ en 2011, le *Renvoi sur le Sénat*,²⁴ en 2014, et la toute dernière *Affaire du registre des armes à feu*,²⁵ en 2015.

2.1. LA NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT

Une fois le cadre constitutionnel « juridique » au Canada posé, enchaînons avec la question de savoir si, et le cas échéant comment, la Constitution nationale prend position sur le fait religieux. En un mot, est-elle « neutre » ?

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se prononcer sur ces questions dans le célèbre arrêt de « la prière au Saguenay », une affaire de 2005, de son vrai nom *Mouvement laïque québécois c. Saguenay*.²⁶ Dans le cadre de leur plaidoirie, les intimés mobilisaient entre autres le préambule de la *Charte canadienne*, qui se lit comme suit : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ».

Le plus haut tribunal du pays a refusé de donner une quelconque pertinence à cette mention de Dieu, s'agissant de l'interprétation constitutionnelle de la liberté de religion à l'article 2a) de la *Charte canadienne*.

Déjà en 1997, la Cour suprême avait abordé le rôle de ce préambule dans le *Renvoi sur les juges de l'Île-du-Prince-Édouard*.²⁷ On rappelle tout d'abord qu'un préambule produit des effets juridiques en interprétation législative, certes, mais qu'il n'a pas pour autant de force exécutoire : « En d'autres termes, il n'est pas, à proprement parler, une source de droit positif, par contraste avec les dispositions qui le suivent ». ²⁸ Spécifiquement quant au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour est d'avis qu'il va au-delà de la clause interprétative. À vrai dire,

²² Ibid.

²³ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, para. 61.

²⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704, para. 25.

²⁵ *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 693, para. 18–19 (majorité) et para. 145–146 (dissidence).

²⁶ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3.

²⁷ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

²⁸ Ibid., para. 94.

il semble même plus loin ; pour reprendre les propos du juge Rand, le préambule énonce :

La thèse politique que la Loi exprime ... Il reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je l'ai dit précédemment, ces dispositions ne font qu'établir ces principes structurels dans l'appareil institutionnel qu'elles créent ou envisagent. En tant que tel, le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi.²⁹

Pour revenir à l'affaire de la prière au Saguenay, *Mouvement laïque québécois*, la Cour suprême s'appuie sur ses motifs dans le renvoi de 1997, relativement au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour rendre applicable la thèse dite « politique » au préambule de la *Charte canadienne* et sa mention de Dieu.

La mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule, y compris sa référence à l'être divin, est l'expression de la « thèse politique » sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme.³⁰

Dans cette affaire, les intimés souhaitaient utiliser ce préambule pour, en fait, restreindre la liberté de religion et donner à ce droit fondamental une portée limitée aux pratiques théistes. La Cour rétorque que cela serait incompatible avec l'approche générale d'interprétation large et libérale en matière de *Charte* et, en outre, le préambule ne peut pas « servir à interpréter ainsi cette liberté ». ³¹ De ces enseignements de la Cour, il est raisonnable d'opiner que la mention de la suprématie de Dieu ne restreint pas la portée de la liberté de conscience et de religion et n'a pas pour effet d'accorder un statut privilégié aux pratiques religieuses théistes.³²

L'arrêt *Mouvement laïque québécois* est donc l'une des décisions de principe de la Cour suprême du Canada en matière de liberté de religion.

Sur le fond, cette affaire soulevait la question de savoir s'il était permis sous la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, eu égard à la liberté de religion de l'article 3 et au droit à l'égalité sans discrimination à l'article 10 – les

²⁹ Ibid., para. 94 [nous soulignons; la traduction est personnelle].

³⁰ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, para. 147.

³¹ Ibid., para. 149.

³² Ibid.

équivalents provinciaux des articles 2a) et 15 de la *Charte canadienne* – pour un conseil municipal d’avoir une pratique, par ailleurs encadrée par règlement, consistant à réciter une prière au début de ses réunions. La Cour suprême renversa le jugement de la Cour d’appel du Québec et rétablit la décision du Tribunal des droits de la personne, selon laquelle il s’agissait d’une atteinte discriminatoire à la liberté de religion. Pour ce faire, le concept phare en la matière fut réitéré : non pas la laïcité de l’État (à la française, c.-à-d. une laïcité stricte), mais plutôt la « neutralité » de l’État.

Se référant au premier arrêt structurant en matière de liberté de religion sous la *Charte canadienne* (article 2b)) dans l’affaire *Big M Drug Mart*,³³ la Cour suprême rappelle que la liberté de conscience et de religion inclut non seulement, individuellement, le droit de croire, de professer ouvertement ses croyances et de les manifester ; elle protège par ailleurs, au plan des institutions, contre les mesures visant ou ayant pour effet de forcer l’adhésion, qu’elle soit directe ou indirecte, à une religion particulière, ce qui comprend d’être contraint à agir à l’encontre de ses croyances sincères.³⁴ Ce droit fondamental comprend également l’envers de la médaille, dans un sens, c’est-à-dire la liberté de ne pas croire, y compris le droit de manifester son incroyance et celui de refuser d’être forcé à suivre une quelconque prescription religieuse. C’est ainsi que le concept de « neutralité » religieuse vient compléter la compréhension de la liberté de conscience et de religion.

La « neutralité » de l’État, s’agissant des enjeux de religion, n’est prévue ni dans la *Charte canadienne*, ni dans la *Charte québécoise*. Il s’agit donc d’une construction jurisprudentielle. Déjà en 2004, dans l’affaire *Lafontaine*,³⁵ on avait placé le concept dans son contexte historique canadien et québécois.³⁶ Dans l’arrêt *Mouvement laïque québécois*, on résume ainsi :

[L]’évolution de la société canadienne a engendré une conception de la neutralité suivant laquelle l’État ne doit pas s’ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L’État doit plutôt demeurer neutre à cet égard. Cette neutralité exige qu’il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus du reste que l’incroyance ... Elle requiert de l’État qu’il s’abstienne de prendre position et évite ainsi d’adhérer à une croyance particulière.³⁷

³³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336–337.

³⁴ Voir aussi José Woehrling, « L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325, p. 371.

³⁵ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, para. 66–67.

³⁶ Voir aussi Richard Moon, « Freedom of Religion Under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality » (2012) 45 *U.B.C. Law Review* 497, p. 507.

³⁷ *Mouvement laïque québécois c. Saguenau (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, para. 72 [références omises]. Voir aussi Nadia Boutouba & Stéphane Bernatchez, « L’État et la diversité religieuse au Canada: une possible histoire du principe de neutralité de l’État » (2013) *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke* (hors-série) 9.

En étant neutre, l'État permet le respect d'un espace public sans discrimination fondé sur des croyances ou des incroyances ; tous bénéficient ainsi d'une vraie liberté de croire ou de ne pas croire. Arrive ensuite une précision fort importante, apportée par la Cour suprême, qui permet de bien cerner la distinction entre la « neutralité » et la « laïcité » de l'État.³⁸

2.2. LE RAPPORT DE L'ÉTAT A LA LAÏCITÉ : L'ACCEPTATION DE LA DIVERSITÉ

Essentiellement, il en tient d'une obligation qui est imposée à l'État, comme institution, et non aux individus qui sont associés ou agissent au nom de l'État. Dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois*, le juge Gascon écrit ce qui suit :

Je précise qu'un espace public neutre ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent. La neutralité est celle des institutions et de l'État, non celle des individus ... Un espace public neutre, libre de contraintes, de pressions et de jugements de la part des pouvoirs publics en matière de spiritualité, tend au contraire à protéger la liberté et la dignité de chacun. De ce fait, la neutralité de l'espace public favorise la préservation et la promotion du caractère multiculturel de la société canadienne que consacre l'art. 27 de la *Charte canadienne*. Cet article implique que l'interprétation du devoir de neutralité de l'État se fait non seulement en conformité avec les objectifs de protection de la *Charte canadienne*, mais également dans un but de promotion et d'amélioration de la diversité.³⁹

Pour la Cour suprême du Canada, il y a un lien direct entre la notion de « multiculturalisme » et le concept de neutralité de l'État. *A contrario*, la laïcité (de type strict, à la française) ne peut pas se concilier avec les idéaux de diversités associés au multiculturalisme canadien. Pour le plus haut tribunal du pays, enfin, la neutralité de l'État participe à la promotion d'une société libre et démocratique, essentielle à sa bonne gouvernance.

2.3. LA CRISE DES 'ACCOMODEMENTS RAISONNABLES'

Il convient à ce stade de discuter de la dernière initiative du Gouvernement du Québec avec la Loi 21, c'est-à-dire la « *Loi sur la laïcité de l'État*⁴⁰ ». On peut y

³⁸ Voir aussi Pierre Bosset, « La neutralité de l'État en matière religieuse : méandres d'une notion » (2017) 51 *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* 305.

³⁹ *Mouvement laïque québécois c. Saguenau (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, para. 74 [références omises].

⁴⁰ *Loi sur la laïcité de l'État*, 2019 L.Q., c. 12.

voir l'aboutissement de ce qui a été baptisé, malencontreusement, la « crise des accommodements raisonnables » au Québec. Malgré la Commission Bouchard-Taylor il y a une douzaine d'années,⁴¹ un malaise social s'est installé dans la province, manipulé à la limite de la démagogie par les politiques, aidés par des auteurs polémiques.⁴² Une première tentative est venue du gouvernement du Parti québécois, avec sa « *Charte des valeurs québécoises*⁴³ », mais qui n'a pas abouti. Plus tard, des mesures plus modestes ont été adoptées par un gouvernement du Parti Libéral, visant les services publics à donner et à recevoir « à visage découvert », en vertu de la « *Loi sur la neutralité de l'État*⁴⁴ », qui a été rapidement contestée (et suspendue).⁴⁵

Suite à l'élection au Québec de l'automne 2018, le nouveau gouvernement provincial de la *Coalition Avenir Québec* (CAQ), sous le leadership de François Legault, a fait de la laïcité un de ses chevaux de bataille. L'Assemblée nationale du Québec a ainsi adopté la Loi 21 en juin 2019, qui interdit notamment le port de signes religieux – peu importe la religion, mais il est acquis qu'on vise les femmes musulmanes voilées – pour les employés et les employés de l'État dans des positions de pouvoir coercitif (procureurs, police, agents de la paix), mais également les enseignants (et surtout les enseignantes) du réseau public.⁴⁶ Élément nouveau et excessivement significatif : cette loi fut adoptée malgré les violations apparentes et évidentes à la liberté de religion et au droit à l'égalité sans discrimination, protégés normalement par la *Charte québécoise* et par la *Charte québécoise*.⁴⁷ Une telle chose – certes contre-intuitive dans un État libre et démocratique – est possible au Québec et au Canada en vertu des clauses dites de « dérogation » (aussi connues sous le vocable de « clauses nonobstant »), prévues à l'article 52 de la *Charte québécoise*⁴⁸ et à l'article 33 de la *Charte canadienne*.⁴⁹

⁴¹ Commission Bouchard-Taylor, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, La Commission, 2008.

⁴² Voir, par exemple, Mathieu Bock-Côté, *L'empire du politiquement correct* (Montréal: Édition CERF, 2019).

⁴³ *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, Projet de loi no. 60, 40^e législature, 1^e session.

⁴⁴ *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes*, 2017 L.Q., c. 19.

⁴⁵ *National Council of Canadian Muslims (NCCM) c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5459.

⁴⁶ Article 6 de la *Loi sur la laïcité de l'État*.

⁴⁷ Ces dérogations explicites sont prévues aux articles 33 et 34 de la *Loi sur la laïcité de l'État*.

⁴⁸ Article 52 de la *Charte québécoise* : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ».

⁴⁹ Article 33 de la *Charte canadienne*, au paragraphe (1) : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte ».

Ceci étant, malgré l'utilisation des clauses dérogatoires, les tribunaux peuvent être appelés à faire un contrôle de la validité de la Loi 21. C'est ce qui est arrivé le lendemain – littéralement – de l'adoption de cette loi odieuse (dans le sens juridique du terme). Saisie préliminairement d'une demande de suspension de l'application des interdictions de porter des signes religieux, la Cour supérieure du Québec a résumé la problématique de la façon suivante :

[6] La *Loi sur la laïcité* est la réponse de la législature du Québec à un débat de société qui perdure faute d'avoir trouvé au cours des dernières années un point d'équilibre entre des conceptions divergentes de ce qu'il est convenu d'appeler le vivre ensemble.

[7] La Loi est à ce chapitre l'aboutissement le plus actuel d'un processus, engagé depuis longtemps, de mise à distance entre les institutions publiques et l'expression religieuse. L'Histoire nous apprendra probablement qu'elle n'en aura été à son tour qu'un jalon à l'intérieur d'une mouvance dont les tendances échapperont toujours à l'observateur du moment.⁵⁰

Déjà lors d'une procédure interlocutoire, fin 2019 – confirmée par la Cour d'appel du Québec⁵¹ – on avait refusé de suspendre les interdictions visées. Dans une décision sur le fond, le 20 avril 2021, le juge Blanchard de la Cour supérieure du Québec a validé la quasi-totalité de la Loi 21, et ce, sur la base des clauses de dérogation mettant de côté les protections juridiques des droits humains.⁵² Les parties ont interjeté appel du jugement et, partant, la Cour d'appel du Québec, probablement avec une formation élargie de cinq juges, se penchera sur ces enjeux difficiles plus tard en 2022, vraisemblablement. Une seule chose est sûre : cette affaire sera transmise certainement, dans les prochaines années, à la Cour suprême du Canada, la plus haute instance du pays.

3. LA DIVERSITÉ JURIDIQUE DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL CANADIEN

L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982* – l'un des deux principaux instruments de droit constitutionnel – garantit le droit à l'égalité sans discrimination ; incidemment, elle est la disposition par laquelle la valorisation de la diversité s'exprime au Canada. Ce droit jouit d'un statut supra-législatif, constitutionnellement supérieur à tout autre loi, et à ce titre, il influence aussi l'appréhension de

⁵⁰ *Hak c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 2989.

⁵¹ *Hak c. Procureur générale du Québec*, 2019 QCCA 2145.

⁵² *Hak c. Procureure générale du Québec*, 2021 QCCS 1466.

l'ensemble du corpus législatif (fédéral, provinciaux) en y imprégnant en outre des valeurs égalitaires.⁵³ Formé de deux paragraphes, il se lit comme suit :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Soulignons aussi que l'article 15(2) permet expressément des mesures positives d'accès à l'égalité – en anglais, « *affirmative action programs* » – ce que la Cour suprême du Canada a expliqué ne pas constituer de « discrimination positive » (expression malheureuse, souvent utilisée dans la francophonie). L'objectif de ces mesures, en fait, concerne les mêmes valeurs sous-jacentes au cœur du droit à l'égalité sans discrimination.⁵⁴

3.1. LE JEU DE LA NON-DISCRIMINATION

La grille d'analyse sous l'article 15(1) *Charte canadienne* est en deux étapes : (a) évaluer la présence d'une distinction prohibée, (b) afin de discerner si elle est discriminatoire.⁵⁵ La première étape fait appel aux motifs de différenciation interdits qui sont énumérés à la disposition, mais la liste n'est pas exhaustive. Il y a donc des « motifs analogues » de distinction, comme par exemple l'orientation sexuelle⁵⁶ et l'état matrimonial.⁵⁷ S'il existe une telle distinction, la seconde étape est de savoir si son effet est discriminatoire et si, du coup, elle entraîne un

⁵³ Voir, par exemple, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, 29 octobre 2021, où l'on s'est référé à l'article 15 de la *Charte canadienne*, et sa jurisprudence afférente, afin de décider de questions relatives interpellant le droit à l'égalité sans discrimination sous l'article 10 de la *Charte québécoise*, et ce, même si cette dernière disposition se distingue à certains égards significatifs (statut non-autonome du droit; bases de distinctions interdites).

⁵⁴ Voir *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

⁵⁵ Voir l'arrêt de principe : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁵⁶ Voir *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; voir aussi le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 1 R.C.S. 698, qui a pavé la voie au mariage gay au Canada.

⁵⁷ Voir *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; et encore récemment *Québec (P.G.) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61.

préjudice ou un désavantage.⁵⁸ La norme applicable est celle de « l'égalité réelle » (non pas de type « formel » uniquement), s'intéressant en outre aux attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes.

Il existe au Canada d'autres instruments de protection juridique des droits humains, dont la *Déclaration canadienne des droits* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, au niveau fédéral, ainsi que des *Bills of rights* dans chacune des dix provinces, y compris au Québec avec la *Charte des droits et libertés de la personne*.⁵⁹ La jurisprudence a reconnu un statut spécial à cette législation, appelée « lois quasi-constitutionnelles » : quoiqu'elles ne fassent pas formellement partie des textes constitutionnels comme tels, elles sont néanmoins hiérarchiquement supérieures aux simples lois (fédérales, provinciales).⁶⁰

Il est certes utile de reproduire, à titre d'exemple, la liste de discriminations interdites énumérées à l'article 10 de la *Charte québécoise* :

10. ... sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Hormis l'âge, les motifs de distinction interdite ne varient pas en importance pour fins de mise en œuvre de la non-discrimination. C'est évidemment différent pour l'âge, motif auquel on a ajouté « sauf dans la mesure prévue par la loi ». La jurisprudence au Québec confirme que les causes de discrimination fondée sur ce motif sont beaucoup plus rares puisque toute législation peut justifier – même indirectement, dans le cadre d'une convention collective de travail – un traitement différent sur la base de l'âge.⁶¹

Il est intéressant par ailleurs de souligner combien l'art. 15 *Charte canadienne* fait office de figure de proue, en ce qui a trait précisément à la liste des bases de distinctions interdites. En effet, la Cour suprême du Canada a statué que, loin de relever d'une marge d'appréciation souveraine des provinces, leur instrument quasi-constitutionnel devait, au minimum, garantir les mêmes bases de non-discrimination. C'est ainsi que dans l'affaire *Vriend*,⁶² on est venu ajouter un

⁵⁸ Voir aussi *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396.

⁵⁹ Voir, sur ces instruments, Stéphane Beaulac, *Textes constitutionnels et document (nationaux, internationaux) relatifs aux droits humains* (Montréal, Éditions JFD, 2015).

⁶⁰ Voir *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982], 2 R.C.S. 145; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

⁶¹ Voir Henri Brun *et al.*, dir., *Alter Ego – Chartes des droits de la personne – Législation, jurisprudence, doctrine*, (Montréal, Wilson & Lafleur, 2014) 979 et ss.

⁶² *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

motif de distinction interdite à la loi de l'Alberta,⁶³ en l'occurrence l'orientation sexuelle. En vertu de l'article 52(1) *Loi constitutionnelle de 1982*, le recours approprié fut une interprétation libérale (ou 'reading in') qui, à toutes fins utiles, a permis d'ajouter ce motif de non-discrimination.

3.2. LA DIVERSITÉ LINGUISTIQUE

S'agissant du domaine des droits linguistiques au Canada, le paragraphe 1 de l'article 23 de de la *Charte canadienne des droits et libertés* a favorisé une approche plus large avec la « clause dite Canada » (par opposition à la « clause Québec »). Ainsi, on donne le droit à l'instruction dans la langue de la minorité aux enfants dont les parents (de citoyenneté canadienne) avaient reçu leur éducation dans cette langue au pays – au Canada, peu importe la province – plutôt que rendre ces ayants-droits tributaires de l'instruction parentale dans la langue minoritaire au sein de la province. Cette dernière option était celle favorisée au Québec, à l'article 73 de la *Charte de la langue française* (connue également sous le nom de la « Loi 101 ») de l'époque, où seuls les enfants de parents ayant reçu leur éducation en langue anglaise au Québec avaient accès à l'école anglaise ; cette disposition plus restrictive excluait ainsi les enfants de parents ayant reçu leur éducation en langue anglaise dans le reste du Canada.

La solution retenue en droit constitutionnel canadien est beaucoup plus large que celle préconisée au Québec. La Cour suprême du Canada a déclaré sans effet les dispositions plus restrictives de la *Loi 101*, dans sa célèbre décision de 1984, *Protestant School Boards*.⁶⁴ Selon les balises constitutionnelles, au Québec, ont droit à l'instruction dans la langue de la minorité anglophone, les enfants de citoyens canadiens ayant reçu leur éducation primaire au Canada en anglais, que ce soit dans une école du Québec ou du ROC (« *Rest of Canada* » i.e., les autres provinces au pays). Évidemment, la problématique des ayants-droits est plus compliquée que ça au Québec, en raison du cadre législatif de l'article 73 de la *Loi 101*, en lien avec le paragraphe 2 de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») ; pour nos fins, toutefois, on peut s'en tenir à ces éléments de base.

Pour être complet au sujet du paragraphe 1 de l'article 23 de la *Charte*, il faut ajouter qu'il comprend une autre catégorie d'ayants-droits, sur la base de la seule connaissance de l'anglais ou du français comme « la langue apprise et encore comprise ». Mais cette option n'est pas applicable dans la province de Québec ; on a prévu que cette catégorie, élargissant considérablement les ayants-droits,

⁶³ *Individual's Rights Protection*, R.S.A. 1980, ch. I-2, loi depuis modifiée pour inclure explicitement l'orientation sexuelle comme motif de distinction interdite.

⁶⁴ *Québec (P.G.) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 55.

devait recevoir l'aval de l'Assemblée nationale du Québec, ce qui n'a jamais été fait. Il s'agit d'un genre de « *opting in* », via l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont on parle peu, ce qui est malheureux compte tenu du symbole fort qu'il représente en ce qui concerne la spécificité de la province de Québec, tel que validée en droit constitutionnel canadien.

4. LA CIRCULATION DES IDÉES EN MATIÈRE DE PLURALITÉ ET DE DIVERSITÉ

À l'instar des autres pays de tradition juridique anglo-saxonne de *common law*,⁶⁵ le Canada adhère au modèle dit 'westphalien' des relations internationales, avec son idée-structure de la souveraineté des États, ce qui a des conséquences importantes en matière d'inter-légalité. Cela explique que l'international, y compris au plan juridique, est vu en termes de communauté de membres, souverainement égaux et indépendants les uns aux autres, chacun possédant sa propre volonté et sa propre finalité, relativement à sa population habitant son territoire.⁶⁶ En vertu de cette épistémologie dominante – qui sera certes qualifiée de traditionaliste par certains publicistes⁶⁷ – un État souverain comme le Canada appréhende la réalité normative globale du monde en considérant qu'il existe une sphère internationale séparée et distincte des domaines juridiques internes du pays.

En somme, il faut parler d'interaction (et non d'intégration) du droit international avec le droit interne canadien, puisqu'il existe deux réalités juridiques séparées et distinctes ou, pour emprunter au langage mathématique, deux ensembles non inter-sectants ('*non-intersecting sets*').⁶⁸ Il s'ensuit qu'au plan de l'activité judiciaire nationale, on ne considère pas que le droit international – et encore moins le droit étranger – est contraignant pour les tribunaux du pays, pas plus qu'il peut les lier dans leur prise de décision.⁶⁹ Le mandat constitutionnel des cours de justice est d'interpréter et d'appliquer le droit canadien, pas le

⁶⁵ Giorgio Gaja, « Dualism – A Review », dans Janne Nijman & André Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (Oxford & New York: Oxford University Press, 2007), 52.

⁶⁶ Voir Stéphane Beaulac, « The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth » (2004) 8 *Australian Journal of Legal History* 181.

⁶⁷ Voir, notamment, Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008).

⁶⁸ Voir Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans Stéphane Beaulac & Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Droit constitutionnel – JurisClasseur Québec (série « droit public »)*, feuilles mobiles (Montréal : LexisNexis, 2011), fasc. 23, para. 2.

⁶⁹ Voir Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international » (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 359.

droit international, relevant de la sphère juridique séparée et distincte de l'international.

Ceci étant, sans être contraignant, le droit international peut s'avérer fort utile, et ce, en tant qu'élément « pertinent et persuasif », dans le cadre d'un exercice d'interprétation et d'application du droit interne canadien. En doctrine, d'aucuns ont exprimé le souhait de voir la jurisprudence canadienne donner un rôle accru aux normes internationales, notamment en ce qui concerne les droits humains.⁷⁰ Cette position, en plus d'être difficilement conciliable avec le lien relationnel distinguant les sphères de droit international et de droit interne, aurait pour conséquence de dénaturer le mandat constitutionnel, ainsi que la fonction même des tribunaux nationaux, qui est d'exercer le pouvoir judiciaire eu égard au droit interne canadien.

La récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nevsun Resources Ltd c. Araya*,⁷¹ rendue le 28 février 2020, semble remettre en question ces prémisses. Dans un jugement assez faible juridiquement – partagé 5-4, avec une dissidence beaucoup mieux motivée – la majorité de la Cour a permis au droit international coutumier d'avoir un effet direct en droit interne, suggérant la création d'une cause d'action, d'un délit civil autonome et nouveau.

Est-ce que cet arrêt fera jurisprudence ? On peut en douter, surtout que, comme il a déjà été souligné en doctrine, voir le droit international comme étant pertinent et persuasif, et non contraignant, s'avère être plus adéquat et conforme à notre système juridique de droit interne.⁷² Cela signifie, essentiellement, que les éléments de droit international – traités ou coutume – sont considérés, « *as relevant to the decision which has to be made by the judge, but not binding on the judge under the hierarchical rules of the national system determining authoritative sources* ». ⁷³

En somme, c'est dans le cadre de l'exercice d'interprétation et d'application du droit interne, comme lorsque le ou la juge doit identifier l'intention du législateur dans un texte de loi – et, par extension, l'intention du constituant pour la *Charte canadienne* – que le droit international fournira des éléments pertinents et persuasifs. Il s'agit de l'opérationnalisation des obligations

⁷⁰ Voir Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 *A.C.D.I.* 3.

⁷¹ *Nevsun Resources Ltds. c. Araya*, 2020 CSC 5, 28 février 2020.

⁷² Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir., *JurisClasseur Québec – Droit constitutionnel*, feuilles mobiles, (Montréal, LexisNexis, 2011) (à jour 1 juin 2018), fasc. 23, section 5.

⁷³ Christopher McCrudden, « A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights » (2000) 20 *Oxford J. Legal Stud.* 499, aux pp. 502-503.

internationales,⁷⁴ de leur mise en œuvre judiciaire, et ce, par l'entremise de la méthodologie d'interprétation juridique, y compris les méthodes d'interprétation des lois. Malgré le récent arrêt *Nevsun Resources*,⁷⁵ cette façon d'appréhender la problématique de l'inter-légalité, centrée sur l'interprétation juridique, est de loin préférable à la perspective internationaliste qui est obsédée, d'aucuns diraient obnubilées, par la question du caractère obligatoire de la normativité internationale.⁷⁶

5. REMARQUES CONCLUSIVES

En conclusion, comme si la Cour suprême du Canada voulait justement donner une illustration du caractère dynamique de sa jurisprudence, s'agissant de la pluralité et de la diversité dans le champ des droits humains, elle a rendu une autre décision majeure en matière d'inter-légalité quelque dix mois à peine après *Nevsun Resources*. En effet, l'arrêt *Québec (Procureure générale) c. Québec inc.*⁷⁷ Remet, ni plus ni moins, les pendules à l'heure en recadrant l'analyse des enjeux relatifs à l'utilisation du droit international en droit interne canadien et québécois. Également partagée 5-4, mais de l'autre côté, ce jugement le plus récent rabroue l'approche internationaliste exagérée qu'on a pourtant prôné dans *Nevsun Resources*, avec cet énoncé à la fois simple et sans équivoque :

Bien que la Cour accepte de façon générale que les normes internationales *peuvent* être prises en compte dans l'interprétation de normes nationales, ces normes internationales jouent habituellement un rôle limité consistant à *appuyer* ou à *confirmer* le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d'une interprétation téléologique. Cette constatation est logique, car les tribunaux canadiens appelés à interpréter la *Charte* ne sont pas liés par le contenu des normes internationales.⁷⁸

La suggestion contraire, que les tribunaux nationaux sont liés par la normativité internationale, est en réalité incompatible avec le mandat constitutionnel et la fonction du pouvoir judiciaire au Canada (et dans la province de Québec),

⁷⁴ Stéphane Beaulac, « La problématique de l'inter-légalité et la méthodologie juridique - Exemples canadiens d'opérationnalisation du droit international » in Jean-Yves Chérot et al. (dir), *Le droit entre autonomie et ouverture - Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Brussels, Bruylant, 2013, 5.

⁷⁵ *Nevsun Resources Ltds. c. Araya*, 2020 CSC 5, 28 février 2020.

⁷⁶ Voir René Provost, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada », dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir., *Claire l'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada, 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 569, à la p. 584.

⁷⁷ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, 5 novembre 2020.

⁷⁸ Ibid., para. 22 [italiques dans l'original].

qui est d'interpréter et d'appliquer le droit interne. En somme, tout en voulant faire montre d'ouverture à l'international, notamment quant à la pluralité et à la diversité dans le champ des droits humains, les tribunaux au pays gardent un droit de regard, d'aucuns diraient suivant la logique d'une marge d'appréciation – un concept bien connu en Europe – cette fois applicable eu égard à l'activité judiciaire nationale.