



Le 15 octobre 2024

[TRADUCTION]

Par courriel : Arif.virani@justice.gc.ca

L'honorable Arif Virani, C.P., député
Ministre de la Justice et procureur général du Canada
284, rue Wellington
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Objet : Établissement de lignes directrices concernant le recours à la disposition de dérogation

Monsieur le Ministre,

Nous vous écrivons au nom de la Section de droit constitutionnel et droits de la personne, du Sous-comité de l'accès à la justice, de la Section de l'Alliance de la diversité sexuelle et des genres et de la Section sur le droit des enfants de l'Association du Barreau canadien (groupes de l'ABC) pour recommander des mesures de protection entourant le recours accru des gouvernements provinciaux à l'article 33 (la disposition de dérogation) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) pour mettre des mesures législatives à l'abri en cas d'examen de leur constitutionnalité.

L'Association du Barreau canadien (ABC) est une association nationale qui regroupe quelque 40 000 juristes, notaires au Québec, professeures et professeurs de droit et étudiants et étudiantes en droit. Elle a pour mandat d'améliorer le droit et l'administration de la justice. La section du droit constitutionnel et des droits de la personne examine les questions et enjeux concernant le droit constitutionnel et les droits de la personne, y compris le partage des pouvoirs législatifs, le contrôle judiciaire de la Constitution, la réforme constitutionnelle, la *Charte*, les codes sur les droits de la personne et les droits internationaux de la personne. Le sous-comité de l'accès à la justice coordonne et intègre les activités de l'ABC afin qu'elles améliorent et promeuvent l'accès à la justice pour les personnes en situation de désavantage économique et issues de la classe moyenne au Canada. Il facilite également le partage d'informations sur les services d'aide juridique et les initiatives pro bono à travers le Canada. La section de l'Alliance de la diversité sexuelle et des genres répond aux besoins et aux préoccupations des personnes gaies, lesbiennes, bisexuelles, transgenres et bispirituelles au sein de l'ABC et elle sert également de forum pour l'échange d'informations, d'idées et d'actions sur les enjeux juridiques liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. La section sur le droit des enfants coordonne et propose des activités de formation continue, fournit des conseils et répond aux évolutions observées au sein des secteurs du droit, des politiques et de la recherche juridique ayant un impact sur les enjeux liés au droit des enfants du Canada dans toutes les disciplines juridiques.

Les récents recours à la disposition de dérogation, y compris son utilisation préventive par les assemblées législatives des provinces de l'Ontario et de la Saskatchewan, suggèrent une nouvelle tendance alarmante. Bien que le premier ministre Justin Trudeau se soit prononcé contre ces recours à la disposition, à des degrés divers¹, les groupes de l'ABC font appel au gouvernement fédéral et demandent que celui-ci collabore avec ses homologues provinciaux et territoriaux afin de prendre des mesures concrètes et d'établir des lignes directrices claires régissant le recours à la disposition de dérogation.²

Observations historiques

La disposition de dérogation stipule que le Parlement ou l'assemblée législative d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 (c.-à-d. les libertés fondamentales) ou des articles 7 à 15 (c.-à-d. les droits juridiques et le droit à l'égalité) de la *Charte*. L'inclusion de la disposition de dérogation n'a pas été sans controverse. Il est à noter que la disposition de dérogation ne figurait pas dans les premières versions de la *Charte* et n'a été incluse qu'après, en réponse aux préoccupations de quelques premiers et premières ministres au niveau provincial concernant l'impact de la *Charte* sur les pouvoirs de leurs assemblées législatives.³ Il s'agit, en somme, d'un compromis politique, sans lequel la *Charte* n'aurait peut-être pas été adoptée.

Les libertés et droits garantis par la *Charte* peuvent être raisonnablement limités en vertu de l'article 1 de la *Charte*. L'article 1 de la *Charte* joue un rôle important dans la protection des objectifs légitimes et appropriés du gouvernement pouvant limiter les garanties établies par la *Charte*, tant que les mesures gouvernementales possèdent une justification qui « puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Compte tenu de l'article 1 de la *Charte*, les groupes de l'ABC sont d'avis que la disposition de dérogation ne devrait pas être employée de manière préventive.

Historiquement, la disposition de dérogation a été peu invoquée en dehors du Québec.⁴ Feu Peter Hogg, largement reconnu comme étant un important et éminent spécialiste du droit constitutionnel de la *Charte*, a décrit comme suit la réticence des gouvernements à invoquer la disposition de dérogation :

[TRADUCTION] L'inclusion d'une disposition de dérogation dans un projet de loi remplit une « fonction de signalisation », en indiquant aux critiques le fait que le gouvernement estime que son projet de loi est incompatible avec la *Charte*, et en provoquant un débat public sur la question, un débat qui n'est normalement pas souhaité par le gouvernement. Il semble donc évident que, dans la pratique, l'article 33 ne devrait être invoqué que rarement et uniquement lorsque le gouvernement législateur est persuadé qu'il existe de très bonnes raisons d'ordre public justifiant son utilisation.⁵

¹ Lors d'un entretien en novembre 2022, le premier ministre Justin Trudeau a déclaré : [TRADUCTION] « La population canadienne devrait se montrer extrêmement préoccupée par la tendance croissante des gouvernements provinciaux à utiliser la disposition de dérogation à titre préventif pour restreindre ses libertés et droits fondamentaux. » Peter Zimonjic et Jennifer Chevalier, « The notwithstanding clause— what it is, why it was used and what happens next » (6 novembre 2022), [en ligne](#).

² Association du Barreau canadien, « Résolution 20-03-A — Lignes directrices sur l'utilisation de la clause dérogatoire de la *Charte des droits et libertés* » (19 février 2020), [en ligne](#).

³ Marc-André Roy et Laurence Brosseau, « La disposition de dérogation de la Charte », Bibliothèque du Parlement, Publication n° 2018-17-F (7 mai 2018), [en ligne](#).

⁴ Gouvernement du Canada, Article 33 — Disposition de dérogation, 13 août 2024, [en ligne](#).

⁵ Peter W. Hogg, en collaboration avec Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Thomson Reuters, 2005) (feuillets mobiles mis à jour en 2024, version 1), 39-15.

Le recours de plus en plus fréquent à la disposition de dérogation par les assemblées législatives provinciales marque une nouvelle tendance au sein du droit constitutionnel canadien. Nous exhortons donc les gouvernements fédéral et provinciaux à établir conjointement des lignes directrices claires pour son utilisation.

Un recours accru à la disposition de dérogation

En 2022, l'assemblée législative de l'Ontario a invoqué de manière préventive la disposition de dérogation dans le cadre de la « *Loi de 2022 visant à garder les élèves en classe* », qui visait à imposer une convention collective et à nier le droit de grève des travailleuses et travailleurs de l'éducation en pleine négociation collective. Le procureur général fédéral et ministre de la Justice, David Lametti, a qualifié le recours préventif de l'assemblée de l'Ontario à la disposition de dérogation comme étant « extrêmement problématique » et de nature « très grave » et a déclaré qu'un tel recours « signifie de facto que les droits des personnes sont violés et que cela est justifié par l'utilisation de la disposition de dérogation ».⁶ Le gouvernement de l'Ontario a finalement abrogé la législation en réponse aux critiques du public concernant le recours à la disposition de dérogation.

En octobre 2023, à la suite d'une requête judiciaire contestant une politique provinciale qui empêchait les éducatrices et éducateurs d'utiliser le nom ou les pronoms choisis par les élèves sans le consentement de leurs parents, l'assemblée législative de la Saskatchewan a invoqué de manière préventive la disposition de dérogation dans le cadre de la *Loi modificative de 2023 sur l'éducation (Déclaration des droits des parents)* qui a codifié la politique contestée dans la Loi. La requête a ensuite été modifiée afin d'inclure un contrôle judiciaire de la législation, plutôt que de la politique, et afin de demander une ordonnance déclaratoire concernant les droits de la *Charte* en question. Bien que cette demande soit toujours devant les tribunaux, le juge Michael Megaw, dans sa décision sur la qualité pour agir, a noté que [TRADUCTION] « les personnes affectées par cette politique, les jeunes de moins de 16 ans qui ne pourront faire respecter leur nom, leurs pronoms, leur diversité de genre ou leur identité de genre à l'école, subiront un préjudice irréparable ».⁷ La mesure législative a été introduite, incluant le recours préventif à la disposition de dérogation (ainsi que l'article 52 du Code des droits de la personne de la Saskatchewan), moins d'un mois après la décision du juge Michael Megaw.

Au Québec, l'Assemblée nationale a également fait recours à la disposition de dérogation afin de protéger des lois qui auraient autrement été invalidées pour violation de garanties concernant la liberté religieuse et l'égalité établies au sein de la *Charte*. L'exemple contemporain le plus notable et le plus préoccupant est un projet de loi québécois passé en 2019, la *Loi sur la laïcité de l'État*⁸ (projet de loi 21), qui interdit à certaines catégories de personnel et de prestataires de services publics de porter des symboles religieux (par exemple les turbans, les kippas et les hijabs) ou de se couvrir le visage (par exemple avec les niqabs) au sein de l'exercice de leurs fonctions publiques. L'Association canadienne des libertés civiles a décrit le projet de loi 21 comme étant une « violation flagrante des droits » qui « nuit particulièrement aux communautés immigrantes et racialisées » et comme « une loi épouvantable qui viole les droits de la personne et nuit à des personnes déjà marginalisées. »⁹

En réponse à cette Loi, l'ABC a adopté une résolution en 2020 dénonçant la discrimination religieuse et affirmant les droits des juristes ouvertement de confession religieuse. Cette résolution a été suivie par celle de 2021, qui élargit la définition du concept de « diversité » établi par l'ABC afin qu'il inclue également les groupes religieux.

⁶ Katherine DeClerq, « Trudeau dénonce l'utilisation par l'Ontario de la disposition de dérogation dans le but d'empêcher une grève dans le secteur de l'éducation » (1er novembre 2021), [en ligne](#) : CTV News Toronto.

⁷ UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity c. Saskatchewan (Éducation), 2023 SKKB 204, para 98.

⁸ RLRQ, c. L—0.3.

⁹ Association canadienne des libertés civiles, *Projet de loi 21 — Notre combat pour protéger la liberté religieuse et l'égalité*, [en ligne](#).

Mesures de protection proposées concernant le recours à la disposition de dérogation

Cette tendance manifeste des gouvernements à recourir sans discernement à la disposition de dérogation est très préoccupante et le demeurera tant que des lignes directrices claires n'auront pas été mises en place. Dans le but de promouvoir un débat rigoureux et une responsabilisation plus importante, en particulier lorsque les droits des communautés minoritaires sont affectés, les groupes de l'ABC exhortent les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux à établir des lignes directrices régissant le recours à la disposition de dérogation, incluant les suivantes :

1. La disposition de dérogation ne devrait pas être invoquée de manière préventive sans qu'un examen préalable du projet de loi proposé soit réalisé par les tribunaux;
2. La disposition de dérogation ne devrait pas être invoquée en l'absence d'une consultation publique significative et transparente;
3. Le recours à la disposition de dérogation devrait exiger un vote majoritaire des deux tiers au sein de l'assemblée législative ou du Parlement; et
4. Tous les recours à la disposition de dérogation devraient exiger l'inclusion d'un préambule visant à expliquer pourquoi l'assemblée législative estime nécessaire d'invoquer cette disposition. (FN — Résolution).¹⁰ Bien que ce préambule ne serait pas soumis à un contrôle judiciaire, son inclusion obligerait les assemblées législatives à fournir à l'électorat une explication sans ambiguïté des raisons pour lesquelles elle y fait recours et pour lesquelles le projet de loi en question devrait être à l'abri d'un contrôle judiciaire en vertu de la *Charte*.

Conclusion

Les groupes de l'ABC exhortent le gouvernement fédéral à prendre des mesures concrètes en réponse au recours accru à la disposition de dérogation. Nous sommes très ouverts à toute occasion de discuter de nos recommandations, de proposer des idées supplémentaires et de contribuer à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques et de modifications législatives pertinentes.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, nos salutations distinguées,

(lettre originale signée par Véronique Morissette pour Wade Poziomka, Jennifer Aik Yeow Khor, Charles Easton et Michael Zimmerman)

Wade Poziomka
Président, Section du droit constitutionnel et droits de la personne de l'ABC

Jennifer Aik Yeow Khor
Présidente, Sous-comité de l'accès à la justice de l'ABC

Charles Easton
Président, Section de l'Alliance de la diversité sexuelle et des genres de l'ABC

Michael Zimmerman
Président, Section sur le droit des enfants de l'ABC

Cc. Larry Brock, député, ministre du Cabinet fantôme responsable de la Justice et procureur général du Canada

Sénateur René Cormier, coprésident du Caucus canadien de la Fierté

¹⁰ Précité, note 2.

Blake Desjarlais, député., coprésident du Caucus canadien de la Fierté

Charlotte-Anne Malischewski, vice-présidente, Commission canadienne des droits de la personne

Lisa Jorgensen, chef de cabinet, ministre de la Justice et procureur général du Canada

Jessica Spindler, directrice, Politiques, cabinet du ministre de la Justice et procureur général du Canada

Isabelle Laliberté, conseillère principale en politiques, Office of the Minister of Justice and Attorney General of Canada

Morgan MacDougall-Milne, Office of the Minister of Justice and Attorney General of Canada