

500-09-029546-215
COUR D'APPEL DU QUÉBEC

(Montréal)

En appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, rendu le 20 avril 2021 par l'honorable juge Marc-André Blanchard.

N^os 500-17-109983-190 C.S.M. – 500-17-108353-197 C.S.M.
500-17-109731-193 C.S.M. – 500-17-107204-193 C.S.M

ICHRAK NOUREL HAK
CONSEIL NATIONAL DES MUSULMANS (CNMC)
CORPORATION DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES

APPELANTS
(demandeurs)

c.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
INTIMÉ
(défendeur)
- et -

ORGANISATION MONDIALE SIKHE DU CANADA
AMRIT KAUR
AMNISTIE INTERNATIONALE, SECTION CANADA FRANCOPHONE
COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE
QUÉBEC COMMUNITY GROUPS NETWORK
MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS
L'ASSOCATION DE DROIT LORD READING

MIS EN CAUSE
(intervenants)

**MÉMOIRE DES APPELANTS ICHRAK NOUREL HAK,
CONSEIL NATIONAL DES MUSULMANS (CNMC) ET
CORPORATION DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES
LIBERTÉS CIVILES**

En date du 2 décembre 2021

**M^e David Grossman
M^e Olga Redko
IMK s.e.n.c.r.l.
Bureau 1400
Place Alexis Nihon, Tour 2
3500, boul. De Maisonneuve Ouest
Montréal (Québec)
H3Z 3C1**

Tél. : 514 934-7730 (M^e Grossman)
Tél.: 514 934-7742 (M^e Redko)
Téléc. : 514 935-2999
dgrossman@imk.ca
oredko@imk.ca

**Avocats de Ichrak Nourel Hak,
National Council of Canadian
Muslims (NCCM) et Corporation of
the Canadian Civil Liberties
Association**

**M^e Stéphanie Lisa Roberts
M^e Isabelle Brunet
Bernard, Roy (Justice-Québec)
Bureau 8.00
1, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec)
H2Y 1B6**

Tél. : 514 393-2336
Téléc. : 514 873-7074
stephanie.roberts@justice.gouv.qc.ca
isabelle.brunet@justice.gouv.qc.ca

**Avocates du Procureur général du
Québec**

**M^e Léon H. Moubayed
M^e Faiz M. Lalani
Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.
26^e étage
1501, avenue McGill College
Montréal (Québec)
H3A 3N9**

Tél. : 514 841-6461 (M^e Moubayed)

Tél. : 514 841-6408 (M^e Lalani)

Téléc. : 514 841-6499

lmoubayed@dwpv.com

flalani@dwpv.com

**Avocats des Organisation mondiale sikhe du
Canada et Amrit Kaur**

**M^e Marie-Claude St-Amant
M^e Sibel Ataogul
M^e Gabriel Sévigny-Ferland
MMGC
Bureau 300
1717, boul. René-Lévesque Est
Montréal (Québec)
H2L 4T3**

Tél. : 514 525-3414

Téléc. : 514 525-2803

mcstamant@mmgc.quebec

sataogul@mmgc.quebec

gsferland@mmgc.quebec

**Avocats de Amnistie Internationale, section
Canada francophone**

**M^e Julius Grey, Ad. E.
M^e Arielle Corobow
Grey Casgrain s.e.n.c.
Bureau 1715
1155, boul. René-Lévesque Ouest
Montréal (Québec)
H3B 2K8**

Tél. : 514 288-6180
Téléc. : 514 288-8908
jhgrey@greycasgrain.net
acorobow@greycasgrain.net

**Avocats des Commission canadienne des droits de
la personne et Québec Community Groups
Network**

**M^e Luc Alarie
M^e Guillaume Rousseau
Alarie Legault cabinet d'avocats
Bureau 720
800, rue du Square-Victoria
Montréal (Québec)
H4Z 1A1**

Tél. : 514 617-5821
Téléc. : 514 954-4495
lucalarie@alarielegault.ca
guillaume.rousseau@hotmail.ca

Avocats de Mouvement laïque québécois

**M^e Theodore Goloff
Robinson Sheppard Shapiro, S.E.N.C.R.L.
Bureau 4600
800, rue du Square-Victoria
Montréal (Québec)
H4Z 1H6**

Tél. : 514 393-4007
Téléc. : 514 878-1865
tgoloff@rsslex.com

Avocat de L'Association de droit Lord Reading

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire des appellants	Page
<u>ARGUMENTATION DES APPELANTS</u>	
PARTIE I – LES FAITS	1
A. Survol	1
B. Les faits	2
PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE	2
PARTIE III – LES MOYENS	2
A. La Loi 21 est incohérente avec l'architecture de la Constitution canadienne (Moyen d'appel no 2.1 selon la Schématisation)	2
(i) Survol	2
(ii) L'architecture, le texte écrit et les principes non écrits de la Constitution canadienne	4
(iii) L'invalidité des lois qui ne sont pas cohérentes avec la Constitution	5
(iv) L'accès égal aux institutions publiques fait partie de la Constitution canadienne	7
(v) La Loi 21 est invalide	19
B. Les articles 6 et 8 de la Loi 21 sont ultra vires la législature du Québec (moyen d'appel no 3)	26
(i) Survol	26
(ii) Les articles 6 et 8 de la Loi relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel (Moyen d'appel no 3.1 selon la Schématisation)	27

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire des appellants	Page
(iii) Impossibilité de classer les articles 6 et 8 dans un champ de compétence provinciale (Moyen d'appel no 3.2 selon la Schématisation) 46
PARTIE IV – LES CONCLUSIONS 49
PARTIE V – LES SOURCES 50.1
Attestation 51

ARGUMENTATION DES APPELANTS**PARTIE I – LES FAITS****A. Survol**

1. Un législateur provincial peut-il adopter une loi qui exclut des personnes de nos institutions publiques en interdisant et en punissant leurs pratiques religieuses? Cela est la question à la base du présent pourvoi.
2. Il s'agit d'une question qui touche à la limite du pouvoir législatif, tel que défini par la Constitution, ainsi qu'au rôle primordial des tribunaux d'interpréter, de protéger et d'appliquer la Constitution.
3. Il ne s'agit pas d'une question qui saisit cette honorable Cour des débats politiques sur la place de la religion au Québec. Le bien-fondé des choix politiques pris par le législateur n'est pas remis en cause. Selon l'argumentation des Appelants, la constitutionnalité des articles 6 et 8 de la *Loi sur la laïcité* (la « **Loi 21** ») ne repose aucunement sur le choix de prioriser la laïcité sur la religion.
4. En fait, l'invalidité des dispositions contestées sur le plan constitutionnel serait la même, peu importe si le législateur interdisait les pratiques des Chrétiens, des Musulmans, des Juifs, des Sikhs ou des athées, et excluait ainsi ces personnes de la fonction publique. Elle serait également la même si le législateur obligeait des personnes de porter des signes religieux au lieu d'obliger qu'ils soient retirés.
5. Ce qui importe, au niveau constitutionnel, est l'acte d'exclusion sur une base religieuse, accompli par l'adoption d'interdictions assortie de sanctions, qui sert une finalité morale.
6. En excluant ainsi un groupe de personnes de plusieurs sphères de la société à cause de leur religion dans une tentative de « protéger » une certaine vision de paix sociale ou de valeurs sociales fondamentales, la Loi 21 contredit le principe d'inclusion religieuse qui découle de notre Constitution, et elle représente une tentative invalide de légiférer dans un domaine de compétence réservée pour le législateur fédéral.
7. En conséquence, cette Cour doit accueillir le présent appel, infirmer le paragraphe 1133 du jugement de première instance et déclarer invalides et inopérants les articles 6 et 8 de la Loi 21 en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« **LC 1982** »).

B. Les faits

8. Les appellants incorporent par référence les paragraphes 5 à 73 du jugement de première instance (le « **Jugement** »).

PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE

9. Les moyens suivants font l'objet du présent appel :

A. La Loi 21 viole l'architecture constitutionnelle en limitant la participation des citoyens aux institutions publiques (Moyen d'appel n° 2.1 selon la Schématisation¹);

B. Caractère *ultra vires* de la Loi 21 – Partage des compétences (Moyen d'appel n° 3 selon la Schématisation)

- i. Les articles 6 et 8 de la Loi 21 relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel (Moyen d'appel n° 3.1 selon la Schématisation); et
 - ii. Omission de considérer la compétence du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement (Moyen d'appel n° 3.2 selon la Schématisation).
-

PARTIE III – LES MOYENS

A. La Loi 21 est incohérente avec l'architecture de la Constitution canadienne (Moyen d'appel n° 2.1 selon la Schématisation)

(i) Survol

10. Notre Constitution a une architecture interne – une « structure constitutionnelle fondamentale »² – qui en reflète et en protège la cohérence³.

¹ Classification des moyens d'appel (par thématiques), version 23 août 2021 [**Schématisation**].

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 RCS 217 [**Renvoi relatif à la sécession du Québec**], par. 50.

³ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 56 [**Toronto**].

11. Dans le cas en l'espèce, un examen approfondi de l'architecture constitutionnelle révèle que l'accès aux institutions publiques ne peut pas être restreint sur la base de la religion. Le gouvernement et la fonction publique ne sont pas accessibles uniquement aux personnes d'une certaine religion (ou absence de religion).

12. L'accès égal aux institutions publiques est nécessaire pour la cohérence de notre Constitution. Cela ne représente pas une « innovation » de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « **Charte canadienne** »), mais un élément structurel de notre Constitution, décelé à partir d'une analyse similaire à celle utilisée par la Cour suprême en établissant des règles pour la modification du Sénat⁴ ou par cette Cour en déterminant la place constitutionnelle des règles sur la succession royale⁵.

13. Pour cette raison, la question devant cette honorable Cour ne peut pas être réduite à une analyse de droits selon la Charte canadienne. Bien que la Charte canadienne touche aux droits individuels qui sont en question, l'architecture constitutionnelle établit la grille d'analyse structurelle qui s'applique aux institutions publiques impliquées.

14. Dans les sections qui suivent, les appellants soumettront respectueusement que : il existe une architecture constitutionnelle au Canada qui comprend tant les principes écrits que les principes non écrits de la Constitution (1), aucun législateur provincial ou fédéral ne peut légiférer unilatéralement d'une façon incohérente avec la Constitution (2), l'accès égal aux institutions publiques fait partie de l'architecture constitutionnelle du Canada (3), et la Loi 21 est incohérente avec cette architecture constitutionnelle (4).

15. Dans l'arrêt récent de *Toronto*, une majorité de la Cour suprême a annoncé que les principes non écrits de la Constitution jouent deux rôles : ils peuvent servir à l'interprétation du texte écrit de la Constitution, et au développement des doctrines structurelles nécessaires pour la cohérence constitutionnelle⁶. Nous élaborerons sur *Toronto* dans les sections ci-dessous, mais nous voulons souligner, d'ores et déjà, que notre argument sur l'architecture constitutionnelle s'inscrit dans le cadre analytique développé dans *Toronto*. En effet, ce sont les instructions de la majorité dans *Toronto* qui mènent à la conclusion que la Loi 21 est invalide.

⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 [**Renvoi relatif à la réforme du Sénat**].

⁵ *Motard c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCA 1826 [**Motard**].

⁶ *Toronto*, par. 54 à 56.

16. Finalement, il faut souligner que l'argument sur l'architecture constitutionnelle ne repose pas sur un certain point de vue politique quant à la place de la laïcité au Canada ou au Québec. Le législateur québécois actuel souhaite mettre de l'avant des principes de laïcité, or à l'avenir, un autre législateur (fédéral ou provincial) pourrait vouloir faire avancer des valeurs chrétiennes, musulmanes, juives ou bouddhistes. Les mêmes principes s'appliqueront. L'analyse constitutionnelle dans laquelle nous sommes engagés porte sur une question juridique, à savoir les limites du pouvoir législatif au Canada, et non pas sur une question politique qui dépendrait du gouvernement en place.

(ii) L'architecture, le texte écrit et les principes non écrits de la Constitution canadienne

17. Le fait que notre constitution révèle une « architecture » ne fait plus l'objet d'un débat juridique. Cette architecture a été reconnue à maintes reprises par la Cour suprême⁷ et par cette honorable Cour⁸.

18. La notion d'architecture donne un ordre et une structure aux principes de la Constitution—qu'ils soient écrits ou non écrits. L'architecture constitutionnelle représente le lien entre tous ces principes; « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure »⁹.

19. En décrivant le concept d'architecture constitutionnelle dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême a expliqué¹⁰ :

[L]a Constitution doit être interprétée de façon à discerner la structure de gouvernement qu'elle vise à mettre en œuvre. Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu'à son application.

20. Dans *Toronto*, la majorité de la Cour suprême a élaboré que l'architecture joue un rôle dans le maintien de la « cohérence » de la Constitution¹¹. Effectivement, l'architecture

⁷ Voir : *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2 [**SEFPO**], p. 57; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 50; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 26.

⁸ *Motard*, par. 58 et 62.

⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 50.

¹⁰ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 26.

¹¹ *Toronto*, par. 56.

constitutionnelle est une métaphore pour tout ce qui est nécessaire pour le fonctionnement cohérent de notre système du gouvernement. Si, par exemple, il existe une lacune dans le texte écrit de la Constitution, notre architecture assure que cette lacune est comblée¹².

21. Les deux composantes essentielles de l'architecture constitutionnelle sont le texte écrit de la Constitution et ses principes non écrits. C'est en examinant ces deux composantes que le Tribunal obtient un portrait complet des structures constitutionnelles en cause, lui permettant de résoudre les questions constitutionnelles dont il est saisi¹³.

(iii) L'invalidité des lois qui ne sont pas cohérentes avec la Constitution

22. La primauté de la Constitution est affirmée à l'article 52 de la LC 1982 :

(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[...]

(3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.

23. Parce que l'architecture constitutionnelle fait partie de la Constitution, une loi qui viole cette architecture est invalide (l'article 52(1)), à moins que la Constitution ne soit modifiée suivant la procédure de modification applicable prévue à la partie V de la Constitution (l'article 52(3))¹⁴.

24. Par exemple, la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, a donné des instructions quant à la procédure à suivre pour modifier la composition et le rôle du Sénat. Ces instructions étaient fondées sur un examen approfondi de l'architecture constitutionnelle¹⁵. Si, par la suite, le gouvernement fédéral avait choisi de tout simplement ignorer ces instructions et procéder avec l'adoption d'une simple loi pour effectuer ces modifications, les tribunaux auraient sans doute (et avec raison) déclaré une telle loi invalide.

¹² *Supra* note 11.

¹³ Voir, par exemple *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 25-26.

¹⁴ *Ibid.*, par. 27, 53, 60, 70 et 97.

¹⁵ *Ibid.*, par. 53 et s. (sur les propositions d'élections consultatives) et par. 97 et s. (sur l'abolition du Sénat).

25. Dès que l'on accepte que l'architecture forme une partie de notre Constitution, il s'ensuit que toute tentative législative de modifier cette architecture de façon unilatérale, sans égard à la partie V de la Constitution, sera invalide.

26. L'arrêt *Toronto* confirme cette conclusion. Dans cette décision, la Cour suprême reconnaît qu'il existe des « doctrines structurelles » qui découlent de l'architecture constitutionnelle¹⁶. Par définition, ces doctrines structurelles sont « nécessaires » pour la cohérence constitutionnelle¹⁷ et donnent aux tribunaux le pouvoir de déclarer invalides ou inopérantes des dispositions législatives afin de sauvegarder cette cohérence¹⁸.

27. Aucun législateur provincial ou fédéral n'a l'autorité d'adopter une loi qui cause une incohérence avec la Constitution, y compris son architecture.

28. Afin d'établir qu'une loi soit invalide, la majorité dans *Toronto* a déclaré que l'on ne peut pas se fonder uniquement sur les principes non écrits de la Constitution, ceux-ci étant « abstraits » et « nébuleux »¹⁹. En revanche, l'architecture constitutionnelle n'est ni abstraite ni nébuleuse, parce qu'elle découle non seulement des principes non écrits, mais également du texte écrit de la Constitution. Son rôle comme repère dans l'analyse constitutionnelle des dispositions législatives est bien établi²⁰.

29. Cette distinction entre l'architecture constitutionnelle, en soi, et les principes non écrits de la Constitution est primordiale pour les Appelants.

30. Dans le cas en l'espèce, le juge en première instance (le « **Juge** ») a déterminé qu'il ne pouvait pas se fonder uniquement sur les principes non écrits de la Constitution pour invalider la Loi 21²¹. Mais cette prémissse n'implique pas le rejet de l'argument des Appelants pour autant. Un argument fondé sur l'architecture constitutionnelle, par définition, n'est pas un argument fondé uniquement sur des principes non écrits.

¹⁶ *Toronto*, par. 56.

¹⁷ *Supra* note 16.

¹⁸ Par exemple, suivant la doctrine de la prépondérance, dans *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, la Cour suprême a déclaré inopérante du point de vue constitutionnel une disposition législative provinciale dans la mesure où elle était en conflit avec une loi fédérale. Sur la doctrine de la reconnaissance totale, voir *Hunt c. T&N plc*, 1993 CanLII 43 (CSC), [1993] 4 RCS 289.

¹⁹ *Toronto*, par. 59.

²⁰ *Supra*, notes 7 et 8.

²¹ Le Jugement dont appel (Blanchard, J.C.S.), 20 avril 2021 [**Jugement**], par. 632, **Annexes conjointes (ci-après « A.C. »)**, vol. 1, p. 140.

31. L'argument architectural des Appelants repose à la fois sur le texte écrit de la Constitution et ses principes non écrits.

32. Le Juge n'était pas lié par la doctrine de *stare decisis* et forcée de rejeter l'argument des Appelants, comme il l'a suggéré²². Au contraire, la jurisprudence de cette Cour et de la Cour suprême affirme l'invalidité d'une loi adoptée en contradiction avec notre architecture constitutionnelle²³.

33. Le Juge aurait dû évaluer si la Loi 21 représente une tentative de modifier l'architecture constitutionnelle sans suivre la procédure de modification prévue à la partie V de la Constitution. Il ne l'a jamais fait, et c'est à cet exercice que nous nous tournons maintenant.

(iv) L'accès égal aux institutions publiques fait partie de la Constitution canadienne

a) L'analyse architecturale n'est pas limitée à un examen de la Charte canadienne

34. La détermination de ce qui est cohérent avec la Constitution est, essentiellement, une question d'interprétation. Les documents constitutionnels « reçoivent une interprétation large et téléologique »; il faut les situer « dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés »; et, plus généralement, « l'interprétation constitutionnelle doit reposer sur les principes de base de la Constitution, tels le fédéralisme, la démocratie, la protection des minorités, ainsi que le constitutionnalisme et la primauté du droit »²⁴.

35. Les Appelants soumettent respectueusement qu'il serait incohérent avec notre Constitution de refuser l'accès aux institutions publiques sur la base des croyances ou des pratiques religieuses des individus qui tentent d'y accéder (la « **Doctrine de participation aux institutions publiques** » ou la « **Doctrine** »)²⁵. Tel qu'il sera démontré

²² *Ibid.*, par. 633, A.C., vol. 1, p. 140.

²³ *Toronto*, par. 56.

²⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 25.

²⁵ Les Appelants soutiennent que la doctrine de participation qui découle de la Constitution n'est pas limitée à la religion. Par exemple, l'exclusion des personnes sur la base de leur race serait également incohérente avec la Constitution. Or, en tenant compte de la nature du présent pourvoi, l'argument des Appelants est basé sur la religion aux fins de cet appel, sans suggérer qu'il n'existe pas de doctrine semblable pour d'autres caractéristiques personnelles.

ci-dessous²⁶, la Doctrine de participation aux institutions publiques est une doctrine structurelle qui découle du texte de la Constitution et qui assure sa cohérence.

36. Certes, la Doctrine est déjà reflétée et protégée par divers articles de la Charte canadienne. Mais cela ne veut pas dire qu'elle est *limitée* aux protections accordées par la Charte canadienne.

37. Prenons par exemple la doctrine d'*habeas corpus*, citée par le Juge au paragraphe 761 de la Décision. Bien que cette doctrine remonte au XIII^e siècle, il semble que, pour le Juge, depuis 1982, *habeas corpus* est réduit à sa manifestation à l'article 10c) de la Charte canadienne. Par conséquent, il suggère qu'un législateur peut éliminer la protection d'*habeas corpus* par simple vote majoritaire, en utilisant la clause nonobstant.

38. Avec égards, cette conclusion nous paraît insoutenable. Bien avant 1982, *habeas corpus* a été un principe constitutionnel au Canada²⁷. Le fait que ce principe soit également reconnu dans la Charte canadienne ne restreint pas sa force constitutionnelle obligatoire. Il est difficilement concevable que les droits fondamentaux des Canadiens se soient affaiblis entre 1982 et 2021, au point où on peut maintenant perdre son droit contre la détention arbitraire par un simple vote majoritaire.

39. En effet, toute autre conclusion irait à l'encontre du texte clair de la Constitution.

40. L'article 26 de la Charte canadienne énonce :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

²⁶ Voir les par. 53-74, ci-dessus.

²⁷ Voir, par exemple, *In Re Storgoff*, 1945 CanLII 17 (SCC), [1945] SCR 52, dans lequel le juge en chef (à la p. 546, sa dissidence ne portant pas sur ce point), et le juge Rand (à la p. 582, en citant la « Constitutional History of England ») font référence à *habeas corpus* comme un principe constitutionnel. Voir aussi *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, dans lequel le juge Brown, dans ses motifs concordants (par. 128), note que la Magna Carta (1215) et la Bill of Rights de 1689 font « partie de l'architecture même de la Constitution du Canada ». Voir aussi John Diefenbaker, « A Half-Century Encounter with Civil Liberties » (1973) 5-2 Manitoba Law Journal 255, p. 257. Voir aussi, par analogie, *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, 1997 CanLII 317 (CSC), [1997] 3 RCS 3 [**Renvoi relatif à la rémunération**]. Cette décision et le principe d'indépendance judiciaire sont discutés ci-dessous.

Cet article reconnaît que la Charte canadienne ne représente pas la somme totale des droits fondamentaux garantis aux Canadiens²⁸.

41. L'article 26 travaille de concert avec l'article 31, qui énonce que la Charte canadienne n'élargit pas les pouvoirs des législateurs. Autrement dit, si un législateur n'avait pas l'autorité d'adopter une loi avant la Charte canadienne, il ne peut l'obtenir grâce à cette Charte.

42. Parce que l'article 33 fait partie de la Charte canadienne, il s'ensuit que l'on ne peut pas interpréter l'article 33 d'une manière à élargir les pouvoirs des législateurs. Or, avec égards, cela est exactement ce que le Juge a fait en suggérant qu'*habeas corpus* est maintenant assujetti à la clause nonobstant. Il a pris une doctrine fondamentale, qu'aucun législateur n'avait la compétence d'abroger, et a déterminé que la Charte canadienne a créé cette compétence par l'opération de son article 33.

43. La conclusion qu'une doctrine nécessaire à la cohésion de la Constitution ne peut pas être réduite à sa manifestation dans la Charte canadienne n'est pas nouvelle.

44. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération*, la Cour suprême a affirmé que l'indépendance judiciaire est « à l'origine un principe constitutionnel non écrit » qui trouve sa source dans l'*Act of Settlement* de 1701, malgré sa présence dans le texte écrit de la Constitution²⁹. En effet, bien qu'elle soit consacrée dans la Charte canadienne et les articles 96 à 100 de la LC 1867, le texte écrit de la Constitution comporte des « lacunes importantes »³⁰. La majorité de la Cour suprême a donc conclu que la norme de l'indépendance judiciaire n'est pas limitée à ses manifestations constitutionnelles écrites³¹ :

Je fonde également cette conclusion sur la présence, dans la *Charte*, de l'al. 11d), disposition expresse qui protège l'indépendance des juges des cours provinciales, mais seulement dans l'exercice de leur juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation. Comme je l'ai dit plus tôt, les dispositions expresses de la Constitution doivent être considérées comme étant l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que l'al. 11d) figure dans

²⁸ Voir Dale Gibson, « Tort Law and the Charter of Rights », (1986) 16-1 Manitoba Law Journal 1, p. 4.

²⁹ *Renvoi relatif à la rémunération*, par. 83.

³⁰ *Ibid.*, par. 85 et 95.

³¹ *Ibid.*, par. 107-109; Voir aussi *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, par. 18-19.

la partie la plus récente de notre Constitution, la *Charte*, il peut être considéré ainsi, puisque la Constitution doit être interprétée comme un tout intégré : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, 1987 CanLII 65 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1206. [...] Loin d'indiquer que l'indépendance des juges des cours provinciales n'est consacrée dans la Constitution que pour les cas où ces cours exercent une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation, l'al. 11d) atteste l'existence d'un principe général d'indépendance de la magistrature qui s'applique à tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent.

[...]

En conclusion, les dispositions expresses de la Loi constitutionnelle de 1867 et de la Charte ne codifient pas de manière exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature au Canada. L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867. En fait, c'est dans le préambule, qui constitue le portail de l'édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental. Toutefois, comme les parties et les intervenants ont basé leurs arguments sur l'al. 11d), je vais trancher les présents pourvois en me référant à cette disposition.

45. Les motifs dans le *Renvoi relatif à la rémunération* ont été étayés par les instructions du juge Beetz dans SEFPO relativement à la « structure fondamentale de notre Constitution »³². Au sujet du droit de discussion et de débat politique, sans se fonder sur la protection offerte par la Charte canadienne, il avait écrit que « ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure constitutionnelle fondamentale »³³.

46. Bien sûr, l'article 2b) de la Charte canadienne protège l'expression politique. Mais la Cour suprême reconnaît que le droit de s'exprimer sur des questions politiques est plus fondamental que sa manifestation dans la Charte canadienne. Parce que ce droit fait partie de la « structure fondamentale de notre Constitution », il ne peut pas être abrogé sans violer l'architecture constitutionnelle. Cette protection ne repose aucunement sur les dispositions de la Charte canadienne.

47. Le juge en chef Lamer explique³⁴ :

³² *Renvoi relatif à la rémunération*, par. 103 et 108.

³³ SEFPO, p. 57.

³⁴ *Renvoi relatif à la rémunération*, par. 103.

Refuser aux législatures provinciales compétence sur l'expression politique ne limite pas le pouvoir du Parlement de faire ce qui est interdit aux provinces. Toutefois, vu l'interdépendance des institutions politiques nationales et de la liberté d'expression, les juges de la Cour ont indiqué que le Parlement lui-même ne peut pas [traduction] « abroger ce droit de discussion » : *Switzman*, précité, à la p. 328, le juge Abbott; voir aussi les motifs du juge Rand, à la p. 307; *Saumur*, précité, à la p. 354, le juge Kellock; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, le juge Beetz. Ainsi, la reconnaissance de la nature démocratique du gouvernement parlementaire dans le préambule a été utilisée par certains membres de notre Cour pour façonner une déclaration des droits implicite, en l'absence de toute indication expresse à cet effet dans le texte constitutionnel. Cette interprétation repose, à mon sens, sur la reconnaissance du caractère essentiel des institutions politiques dans la « structure fondamentale de notre Constitution » (SEFPO, précité, à la p. 57), et c'est pourquoi les gouvernements ne peuvent pas miner les mécanismes de la responsabilité politique qui définissent, guident et légitiment ces institutions.

[Nos soulignements]

48. Tel qu'illustré par la citation ci-dessus, la décision dans le *Renvoi relatif à la rémunération* a suivi une longue ligne de précédents qui ont protégé le droit à l'expression politique bien avant l'adoption de la Charte canadienne. Ces précédents se sont fondés sur un indice textuel – par exemple, la référence dans le préambule à une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni³⁵ – pour ultimement conclure que ce droit substantif fait partie de notre Constitution.

49. Pour cette raison, cette analyse est entièrement cohérente avec la décision récente de la majorité de la Cour suprême dans *Toronto*. Dans cette dernière cause, la majorité a refusé d'invalider une loi en se fondant sur des principes non écrits³⁶, dans un contexte où elle a déterminé qu'il n'y avait aucune violation de la Charte canadienne³⁷ et aucun indice textuel d'une incohérence constitutionnelle³⁸. Mais tel que mentionné ci-dessus, la majorité a également reconnu qu'il existe des doctrines structurelles qui comblient les

³⁵ Voir *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, 1938 CanLII 1 (SCC), [1938] SCR 100, pp. 132-133 (Duff C.J. et Davis J.) et 146 (Cannon J.); *Switzman v. Elbling and A.G. of Quebec*, [1957] SCR 285, pp. 306 (Rand J.) et 326 (Abbott J.).

³⁶ *Toronto*, par. 5.

³⁷ *Ibid.*, par. 42.

³⁸ *Ibid.*, par. 84.

lacunes dans le texte écrit de la Constitution³⁹. Ces doctrines ont la force constitutionnelle d'invalider ou de déclarer inopérantes les lois qui ne les respectent pas⁴⁰.

50. Suivant la majorité dans *Toronto*, dans les cas où il existe une lacune ou un indice textuel d'une incohérence, le Tribunal interprète la Constitution – y compris son texte écrit et ses principes non écrits – afin de déceler ce qui est nécessaire à la cohérence constitutionnelle. L'architecture constitutionnelle est la pierre angulaire de cette analyse. Toute disposition législative qui viole l'architecture constitutionnelle et qui ne respecte pas la procédure de modification prévue à la partie V de la Constitution sera déclarée invalide.

51. Par conséquent, l'utilisation de la clause nonobstant n'est pas une réponse complète à l'argument des Appelants. Les Appelants appuient fortement la position des appelants Lord Reading, Lauzon *et al.*, et la Fédération autonome de l'enseignement, ainsi que la mise en cause CCDP quant aux limites de l'article 33 de la Charte canadienne⁴¹. Or, même si l'article 33 immunise la Loi 21 contre un argument d'inconstitutionnalité fondé purement sur la violation des articles 2a) et 15 (ce qui n'est pas admis), il ressort clairement de la jurisprudence, et du texte écrit de la Constitution, que toute tentative unilatérale de modifier l'architecture constitutionnelle demeure invalide.

52. Il faut donc se poser la question suivante : la Doctrine de participation aux institutions publiques fait-elle partie de notre architecture constitutionnelle?

b) L'accès aux institutions publiques et l'architecture constitutionnelle

53. La Doctrine de participation aux institutions publiques représente un des piliers de notre société démocratique et inclusive. Cette Doctrine va au-delà des articles 2a) et 15 de la Charte canadienne et fait partie de notre architecture constitutionnelle.

54. La Doctrine trouve ses sources à la fois dans le texte écrit de la Constitution et dans ses principes non écrits.

³⁹ *Ibid.*, par. 56.

⁴⁰ Voir le par. 26 et supra, note 18.

⁴¹ Schématisation, n° 5.

1. Le texte écrit de la Constitution

55. Le texte écrit de la Constitution n'est pas limité aux lois constitutionnelles de 1867 et de 1981. D'autres textes fondamentaux dans l'historique de notre Confédération ont le statut de lois constitutionnelles. À cet égard, l'*Acte de Québec*⁴², l'*Acte Hart*⁴³, la *Loi constitutionnelle de 1791*⁴⁴, et la *Loi de 1852*⁴⁵ bénéficient d'un statut constitutionnel⁴⁶.

56. Commençons avec l'*Acte de Québec*. L'*Acte de Québec* garantit aux « sujets de sa Majesté professant la Religion de l'Église de Rome » le « libre exercice de la Religion de l'Église de Rome »⁴⁷. De plus, l'*Acte de Québec* prévoit que ces personnes ne seraient plus obligées de prendre le serment du test⁴⁸, lequel avait eu pour effet d'interdire des personnes catholiques des fonctions officielles⁴⁹.

57. Par conséquent, dès 1774, il existe une source constitutionnelle textuelle pour non seulement la liberté de religion, mais également le droit des individus religieux de participer aux institutions publiques et d'agir à titre de fonctionnaires de l'État⁵⁰. La Doctrine de participation aux institutions publiques a un héritage constitutionnel de presque 250 ans⁵¹.

⁴² *Acte de Québec 1774*, 14 Geo. III, R.-U., c. 83 (reproduit dans L.R.C. (1985), app. II, n° 2) [**Acte de Québec 1774**].

⁴³ Acte pour déclarer que les Personnes qui professent le Judaïsme ont le bénéfice de tous les droits et priviléges des autres sujets de Sa Majesté en cette Province, (1831) 1 Guil. IV, c. 57.

⁴⁴ *Acte constitutionnel 1791*, 31 Geo. III, R.-U., c. 31 (reproduit dans L.R.C. (1985), app. II, n° 3) [**Acte constitutionnel de 1791**].

⁴⁵ Acte pour abroger cette partie de l'Acte du Parlement de la Grande-Bretagne passé dans la trente-unième année du Règne du Roi George Trois, chapitre trente-un [Acte constitutionnel de 1791], qui se rapporte aux Rectoreries et à la nomination des titulaires à icelles, et pour d'autres fins liées aux dites *Loi concernant les Rectoreries 1852*, 14-15 Vict., R.-U., c. 175.

⁴⁶ Le Juge a conclu que l'*Acte de Québec 1774*, par. 486 et 531, l'*Acte constitutionnel de 1791*, par. 513, et *Constitution française 1852*, par. 539-540, et 558 ont un statut constitutionnel. Quant à l'*Acte Hart*, les Appelants appuient les arguments de l'appelant Lord Reading sur cette question.

⁴⁷ Jugement, par. 489, art. V, **A.C., vol. 1, p. 102**.

⁴⁸ Jugement, par. 489, art. VII, **A.C., vol. 1, pp. 103-104**.

⁴⁹ Rapport d'expertise de David Gilles pour la WSO (dossier HAK), 27 mai 2020, pp. 25-26, **A.C., vol. 32, pp. 10425-10426**.

⁵⁰ Bien que le Jugement constate que l'art. VII de l'*Acte de Québec 1774* ait été abrogé en 1872, la seule raison pour cette abrogation a été la modification du serment, rendant la protection accordée par l'*Acte de Québec 1774* caduque : voir le Jugement, par. 491-498, **A.C., vol. 1, pp. 104-106**; L'abrogation de l'art. VII de l'*Acte de Québec 1774* est entièrement cohérente avec le respect continu de la Doctrine.

⁵¹ Le Juge a également élaboré comment des lois subséquentes – tels l'*Acte constitutionnel de 1791* et l'*Acte d'Union de 1840* – ont protégé le libre exercice de la religion avant d'être abrogées : voir Jugement par. 502-503, **A.C., vol. 1, pp. 106-107**. Comme avec l'art. VII de l'*Acte de Québec 1774*,

58. En 1832, l'*Acte Hart* a été adopté afin de clarifier une incertitude et confirmer le droit des Juifs de faire partie du Conseil législatif⁵². Cette loi énonce⁵³ :

[...] il est par le présent déclaré et statué [...] que toute personne professant le Judaïsme, et qui sont nées sujets Britanniques, et qui habitent et résident en cette Province, ont droit, et seront censées, considérées et regardées comme ayant droit à tous les droits et priviléges des autres sujets de Sa Majesté [...] à toutes intentions, interprétations et fins quelconques, et sont habiles à pouvoir posséder, avoir ou jouir daucun office ou charge de confiance quelconque en cette Province.

[Nos soulignements]

59. Pour sa part, la *Loi de 1852*, dans son préambule et à son premier article, souligne la place fondamentale de la liberté religieuse au Québec⁵⁴ :

ATTENDU que l'admission de l'égalité aux yeux de la loi de toutes les dénominations religieuses est un principe reconnu de la législation coloniale; et attendu que dans l'état et la condition de cette province à laquelle il est particulièrement applicable, il est à désirer que ce principe reçoive la sanction directe de l'assemblée législative, qui reconnaisse et déclare qu'il est ce principe fondamental de notre politique civile [...] il est par le présent déclaré et statué [...] que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux, sans distinction ni préférence, mais de manière à ne pas servir d'excuse à des actes d'une licence outrée, ni de justification de pratiques incompatibles avec la paix et la sûreté de la province, sont permis par la constitution et les lois de cette province à tous les sujets de Sa Majesté en icelle.

[Nos soulignements]

60. Cela nous amène à la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui, dans son préambule, fait référence à une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-

l'abrogation de ces lois ne signifie pas l'élimination de leurs principes, mais leur redondance : voir Jugement par. 516, **A.C., vol. 1, pp. 112-113**. Le Juge conclut, au par. 513 du Jugement, **A.C., vol. 1, p. 111**, que le droit au libre exercice de la religion catholique date de l'Acte de Québec 1774, et que l'égalité confessionnelle se trouve consacrée « constitutionnellement » à partir de 1791.

⁵² Jugement, par. 512 et 560, L'Acte Hart n'a pas été inclus dans la première refonte postconfédérative des lois du Québec, ce qui s'explique, selon le Jugement, par l'adoption de deux autres lois qui ont protégé la religion : voir Jugement, par. 564, **A.C., vol. 1, p. 126**.

⁵³ Jugement, par. 560, **A.C., vol. 1, p. 125**.

⁵⁴ Jugement, par. 534, **A.C., vol. 1, pp. 117-118**; L'évolution de la Loi de 1852 est élaborée à partir du Jugement, par. 532, **A.C., vol. 1, pp. 116-117**.

Uni »⁵⁵. Dans *Saumur*, le juge Locke a lié cette phrase à la liberté de conscience au Canada – « *one of the fundamental principles of our Constitution* »⁵⁶.

61. Le juge Rand a résumé l'historique de la liberté religieuse au Canada comme suit⁵⁷ :

From 1760, therefore, to the present moment religious freedom has, in our legal system, been recognized as a principle of fundamental character; and although we have nothing in the nature of an established church, that the untrammelled affirmations of religious belief and its propagation, personal or institutional, remain as of the greatest constitutional significance throughout the Dominion is unquestionable.

[Nos soulignements]

62. Le statut constitutionnel du libre exercice de la religion, et son lien avec l'accès de toute personne à la fonction publique sans égard à sa religion, est donc bien établi par l'historique législatif ainsi que la jurisprudence⁵⁸. Or, le Jugement fait une distinction expresse entre le statut constitutionnel des lois préconfédératives et la question de leur force « supralégislative »⁵⁹. Bien que les Appelants appuient les arguments des autres appellants sur le statut supralégislatif des lois⁶⁰, il faut souligner qu'un tel statut n'est pas nécessaire aux fins de l'argument sur l'architecture constitutionnelle. En effet, tel qu'expliqué ci-dessus, l'utilité du concept de l'architecture constitutionnelle repose sur la prémissse qu'il existe une lacune ou un indice dans le texte constitutionnel⁶¹. Si l'existence d'une doctrine structurelle découlant de l'architecture constitutionnelle dépendait d'une disposition supralégislative, il n'y aurait aucune raison de recourir au concept de l'architecture constitutionnelle en premier lieu⁶²; le concept serait redondant.

⁵⁵ Rappelons que la Cour suprême a déjà utilisé cette même phrase comme indice textuel de la reconnaissance du droit à l'expression politique : voir *supra*, note 34.

⁵⁶ *Saumur v. City of Québec*, [1953] 2 SCR 299 [**Saumur**], p. 372. En effet, avec l'adoption du *Roman Catholic Relief Act 1829*, 10 Geo. 4 c. 7, le Parlement britannique a aboli le serment du test pour les catholiques en 1829 : voir Québec, Assemblée nationale du Québec, *Encyclopédie du parlementarisme québécois*, « Serment du test », Québec, Publication du Québec, 2014.

⁵⁷ *Saumur*, p. 327.

⁵⁸ Voir aussi *Dupond c. Ville de Montréal et autre*, 1978 CanLII 201 (CSC), [1978] 2 RCS 770, aux pp. 796 à 797. Cet arrêt est cité par le Juge, au par. 575 du Jugement, **A.C., vol. 1, p. 129**, en appui de sa conclusion que les lois préconfédératives n'ont pas de caractère supralégislatif même si certaines d'entre elles ont un statut constitutionnel.

⁵⁹ Jugement, par. 530-531, 540, 558 et 575, **A.C., vol. 1, pp. 116-117, 120, 124-125 et 129**.

⁶⁰ Schématisation, n° 1.1, n° 1.2 et n° 1.3.

⁶¹ *Toronto*, par. 56.

⁶² En effet, il n'existe aucune disposition supralégislative sur laquelle on se base pour déduire la doctrine de la reconnaissance totale, la doctrine de la prépondérance, la réparation que constitue la

63. Passant à l'ère contemporaine, l'article 27 de la Charte canadienne prescrit que toute interprétation de la Charte canadienne « [doive] concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». Il s'agit d'un autre indice constitutionnel de la Doctrine, avec l'effet que l'article 33 de la Charte canadienne ne peut pas être interprété d'une façon à circonscrire ce patrimoine multiculturel.

64. En somme, à partir du texte écrit de la Constitution, on peut déduire que :

- a) Le libre exercice de la religion a été valorisé dans les lois constitutionnelles depuis au moins le XVIII^e siècle;
- b) L'accessibilité aux institutions publiques, y compris la fonction publique, ne dépend pas des croyances ou pratiques religieuses; et
- c) La Charte canadienne ne devrait pas être interprétée de façon à réduire le patrimoine multiculturel du Canada.

65. Il serait incohérent avec le texte écrit de la Constitution de réduire la Doctrine de participation aux institutions publiques aux articles 2a) et 15 de la Charte canadienne. Et comme on l'a vu avec *habeas corpus*, la norme de l'indépendance judiciaire et le droit à l'expression politique, puisque les sources constitutionnelles de la Doctrine ne sont pas limitées à la Charte canadienne, il serait incohérent avec les articles 26 et 31 de cette Charte d'accorder au législateur le pouvoir unilatéral de l'abroger. En bref, si le législateur n'avait pas le droit de violer la Doctrine de participation aux institutions publiques avant l'adoption de la Charte canadienne, il n'a certainement pas obtenu ce droit par l'adoption de cette dernière.

2. Les principes non écrits de la Constitution

66. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a identifié quatre principes non écrits de la Constitution : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités⁶³. La Doctrine de participation aux institutions publiques est soutenue par chacun de ces quatre principes.

déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu, ou l'obligation de négocier qui pourrait suivre une déclaration de sécession prononcée par une province : voir *Toronto*, par. 56.

⁶³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 49 et 51.

67. Le choix du fédéralisme comme structure constitutionnelle reflète une reconnaissance de la diversité au Canada⁶⁴. Si notre Confédération a été bâtie sur la prémissse que les Québécois – majoritairement catholiques – ne devraient pas être traités comme des citoyens de deuxième ordre, le fédéralisme a été l'une des structures les plus importantes pour garantir cet objectif. Au cœur de l'adoption historique du fédéralisme se trouve l'inclusion religieuse.

68. Le principe de la démocratie favorise également la Doctrine. La pleine participation à la vie publique, peu importe ses croyances et ses pratiques religieuses, est centrale à notre idéal démocratique⁶⁵ :

J'ajouterai que, en plus de promouvoir la diversité et le multiculturalisme, l'obligation de neutralité religieuse de l'État relève d'un impératif démocratique. Les droits et libertés énumérés dans les chartes québécoise et canadienne traduisent la poursuite d'un idéal : celui d'une société libre et démocratique. La poursuite de cet idéal requiert de l'État qu'il encourage la libre participation de tous à la vie publique, quelle que soit leur croyance (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136; *Big M*, p. 346; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 27; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179 et 181-182; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326). L'État ne peut agir de façon à créer un espace public privilégié qui serait favorable à certains groupes religieux mais hostile à d'autres. Il s'ensuit que l'État ne peut non plus favoriser, par l'expression de sa propre préférence religieuse, la participation des croyants à l'exclusion des incroyants, et vice versa.

[Nos soulignements]

69. Le principe de constitutionnalisme et la primauté de droit soulignent la force obligatoire de la Doctrine de participation aux institutions publiques, même dans le contexte d'une loi adoptée par un vote majoritaire. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a rappelé pourquoi certains droits sont placés « hors de la portée de la règle de la simple majorité⁶⁶ » :

Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font

⁶⁴ *Ibid.*, par. 58.

⁶⁵ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 [**Saguenay**], par. 75.

⁶⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 73 et 74.

généralement prouve 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. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires.

[Nos soulignements]

70. Finalement, la protection des minorités a un héritage riche et important au Canada. La crainte que les minorités religieuses soient « submergées et assimilées » était une « considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération »⁶⁷. Un siècle plus tard, des craintes similaires ont mené à l'adoption de la Charte canadienne⁶⁸.

71. L'esprit d'inclusion religieuse est inhérent aux structures et institutions du Canada. Celles-ci sont établies suivant la prémissse que la participation importe. La représentation dans l'État importe. Comme le Juge l'a reconnu, il s'agit d'un fait évident au Québec depuis au moins l'abolition du serment du test au XVIII^e siècle⁶⁹.

72. Une loi qui limite la participation des minorités religieuses dans le secteur public est fondamentalement incohérente avec notre architecture constitutionnelle. Un législateur ne peut pas déclarer une religion étatique par simple vote majoritaire—cela était évident avant l'adoption de la Charte canadienne⁷⁰ et cela demeure l'état du droit

⁶⁷ *Ibid.*, par. 79.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 81.

⁶⁹ Jugement, par. 399, **A.C., vol. 1, p. 81**; Voir aussi le témoignage du professeur Richard Bourhis, 6 novembre 2020, p. 142, lignes 20-23, **A.C., vol. 26, p. 8434**.

⁷⁰ Voir *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, p. 840 : « Dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque. Toutes les religions sont sur un pied d'égalité, et tous les catholiques comme d'ailleurs tous les protestants, les juifs, ou les autres adhérents des diverses dénominations religieuses, ont la plus entière liberté de penser comme ils le désirent. La conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre. Il serait désolant de penser qu'une majorité puisse imposer ses vues religieuses à une minorité. Ce serait une erreur fâcheuse de croire qu'on sert son pays ou sa religion, en refusant dans une province, à une minorité, les mêmes droits que l'on revendique soi-même avec raison, dans une autre province »

dans l'ère de la Charte⁷¹. Et si un législateur ne peut pas exclure les non religieux dans la structure constitutionnelle, il ne peut pas non plus exclure les religieux.

73. La Doctrine de participation aux institutions publiques figure parmi les doctrines fondamentales qui nous définissent en tant que société. Elle est appuyée par non seulement le texte constitutionnel, mais également ses principes non écrits. Elle fait partie de notre Constitution.

74. Il s'ensuit que toute tentative de limiter la Doctrine de participation aux institutions publiques représente une tentative de modifier la Constitution. À moins qu'elle soit effectuée suivant la procédure de modification à la partie V de la Constitution, elle sera déclarée invalide.

(v) La Loi 21 est invalide

75. Le fondement de la Loi 21 est l'exclusion des Québécois qui pratiquent leur religion par le port des signes religieux de la fonction publique (ou, pour le moins, certains secteurs de la fonction publique)⁷².

76. L'exclusion sur la base de la religion est une exclusion qui cible une caractéristique « immuable[] ou considérée[] immuable[] »⁷³. La Cour suprême souligne que la « religion est partie intégrante de l'identité de chacun »⁷⁴. Ce fait a été vivement reflété dans les témoignages entendus au procès au sujet de l'importance du port des signes religieux⁷⁵ :

[E]nlever le hijab pendant un certain nombre d'heures pour enseigner, ce n'est... c'est inconcevable, Monsieur le Juge. C'est... ça fait partie de ma pratique, ce... ça fait partie de ma... de moi en tant que femme musulmane, ça fait partie de... de ma religion, donc, pour moi, c'était... c'était même pas imaginable⁷⁶.

⁷¹ Comparer *Saguenay*, par. 71-72.

⁷² Jugement, par. 64-65. **A.C., vol. 1, p. 17.**

⁷³ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 1999 CanLII 687 (CSC), [1999] 2 RCS 203 [**Corbiere**], par. 13.

⁷⁴ *Saguenay*, par. 73.

⁷⁵ Déclaration sous serment de F.B., 18 septembre 2019, par. 22, **A.C., vol. 3, p. 494.160**; Déclaration sous serment de L.S., 17 septembre 2019, par. 29, **A.C., vol. 2, p. 494.153**; Déclaration sous serment de M.G., 19 septembre 2019, par. 15 et 18. **A.C., vol. 3, p. 494.197**; Déclaration sous serment de W.B.G.H., 18 septembre 2019, par. 12, **A.C., vol. 3, p. 494.173**; Voir aussi le rapport d'expert de la professeure Solange Lefebvre du 13 mars 2020, par. 6-8, **A.C., vol. 31, pp. 10086-10087**.

⁷⁶ Témoignage d'Ichrak Nourel Hak, 2 novembre 2020, p. 26, lignes 12-18, **A.C., vol. 25, p. 7837**.

Le voile c'est moi. Si je l'enlève, c'est plus moi et je n'oserais même pas me regarder dans une glace⁷⁷.

Pour moi, c'était une suite logique. Porter le hijab, c'était comme me sentir plus complète. [...] c'était comme la suite logique de mon cheminement personnel. C'était aussi une façon pour moi de me réapproprier mon corps⁷⁸.

77. Avec égards, la preuve n'appuie pas la prétention du Procureur général du Québec que « la Loi n'a pas pour effet d'empêcher les membres de la communauté juive, sikh[e] ou de toute autre religion d'occuper les fonctions visées à l'Annexe II de la Loi »⁷⁹. L'exclusion occasionnée par la Loi 21 est manifeste et est ressentie personnellement par les individus qui doivent maintenant vivre comme des citoyens de seconde classe⁸⁰. Le Juge conclut⁸¹ :

Cette exclusion de la simple possibilité d'exercer la carrière envisagée, pour laquelle on possède toutes les qualifications, représente plus qu'un simple déni d'une chance, car elle transmet le message que les personnes qui exercent leur foi ne méritent pas de participer à part entière dans la société québécoise.

78. L'interdiction des signes religieux ne présente pas aux personnes religieuses un choix. Elle met ces personnes devant un fait accompli : leur exclusion de notre société.

Si quelqu'un me demande d'enlever mon voile, je ne le ferai pas. Ce n'est pas un choix que je peux faire. C'est pourquoi je n'ai pas soumis ma candidature pour des postes qui ont été affichés en septembre⁸².

La Loi m'oblige donc à « choisir » entre ma pratique religieuse et mon travail. Toutefois, il ne s'agit pas d'un véritable choix, car je ne pourrai pas « choisir » de mettre de côté un aspect fondamental de ma pratique religieuse. Je continuerai de porter mon foulard, car il n'y a personne qui m'a obligé à le mettre et personne ne m'obligera à l'enlever⁸³.

En effet, personnellement, retirer mon voile n'est tout simplement pas une option. Me demander d'enlever mon voile pour enseigner, pour moi, c'est comme demander à quelqu'un de se déshabiller devant tout le monde. Il n'y avait donc aucun autre choix qui s'offrait à moi.

⁷⁷ Témoignage de Messaouda Dridj, 2 novembre 2020, p. 8, lignes 16-17, **A.C., vol. 25, p. 7856**.

⁷⁸ Témoignage de Bouchera Chelbi, 3 novembre 2020, p. 38, lignes 11-16, **A.C., vol. 25, p. 7924**.

⁷⁹ Défense du Procureur général du Québec en réponse à la *Demande de révision judiciaire ré-amendée*, 31 juillet 2020, par. 236, **A.C., vol. 3, p. 543**.

⁸⁰ Déclaration sous serment de Ghadir Hariri, 21 juin 2019, par. 28, **A.C., vol. 2, p. 494.81**; Déclaration sous serment d'Imane Melab, 12 juin 2019, par. 14, **A.C., vol. 2, p. 494.24**.

⁸¹ Jugement, par. 65. **A.C., vol. 1, p. 17**.

⁸² Déclaration sous serment de L.S., 17 septembre 2019. par. 29, **A.C., vol. 2, p. 494.153**.

⁸³ Déclaration sous serment de Hakima Dadouche, 18 juin 2019, par. 13, **A.C., vol. 2, p. 494.57**.

J'ai dû me résoudre à trouver un nouvel emploi⁸⁴.

Or, je ne peux tout simplement pas retirer mon hijab. Ce n'est pas une option. [...] Je dois me résoudre à abandonner ce poste, qui pourtant m'enthousiasmait. [...] Je dois me trouver un emploi, mais je ne peux pas retirer mon hijab⁸⁵.

Maintenant, je ne sais pas quoi faire. J'ai des dettes et deux enfants, j'ai 41 ans, je dois terminer mes études parce que je n'ai pas d'autres options : je ne peux pas toute simplement réorienter ma carrière à ce stade-ci. Cependant, si la *Loi* m'empêche de compléter mes stages obligatoires, je ne pourrais pas terminer mon programme. [...] Une chose qui est certaine, c'est que je ne vais pas enlever mon voile. Il fait partie de mon identité religieuse⁸⁶.

I would not remove a head covering or my fringed undergarment in order to meet the requirements of the Act. Doing so would be a betrayal of identity and my sincerely held religious beliefs⁸⁷.

Ce n'est pas vraiment un choix. [...] On donne une illusion qu'il y a deux options, mais au final [...] l'option d'enlever mon hijab n'est... n'est pas concevable. Donc l'option de départ, je vais l'appeler l'option A, n'existe pas dans ma conception en tant que femme musulmane. [...] On donne l'illusion qu'il y a deux options qu'on nous donne, mais au fond, il reste... en tant que personnes pratiquantes, il nous reste juste un seul... une seule option⁸⁸.

[R]emoving my articles of faith [...] I'm no longer a baptized Sikh. [...] That would be rejecting my identity, it would mean abandoning who I am as a person, it would be asking me to walk into a classroom naked and not be myself. I would be teaching in the most uncomfortable conditions even... I wouldn't even be able to do my job properly because I'm not complete.⁸⁹.

Le voile c'est moi⁹⁰.

79. Le premier ministre semblait reconnaître l'impossibilité inhérente à la situation quand il a déclaré publiquement aux personnes ciblées par la Loi 21 qu' « [il] y a d'autres emplois de disponibles »⁹¹.

⁸⁴ Déclaration sous serment de F.B., 18 septembre 2019, par. 22-23, **A.C.**, vol. 3, p. 494.160.

⁸⁵ Déclaration sous serment de M.G., 19 septembre 2019, par. 15-18, **A.C.**, vol. 3, p. 494.197.

⁸⁶ Déclaration sous serment de W.B.G.H., 18 septembre 2019, par. 11-12, **A.C.**, vol. 3, p. 494.173.

⁸⁷ Déclaration sous serment de Gregory Bordan, 13 juin 2019, par. 16, **A.C.**, vol. 2, p. 494.21.

⁸⁸ Témoignage d'Ichrak Nourel Hak, 2 novembre 2020, p. 30, ligne 14 à p. 31, ligne 19, **A.C.**, vol. 25, p. 7838.

⁸⁹ Témoignage d'Amrit Kaur, 2 novembre 2020, p. 52, lignes 11-21, **A.C.**, vol. 25, p. 7843.

⁹⁰ Témoignage de Messaouda Dridj, 2 novembre 2020, p. 8, lignes 16-17, **A.C.**, vol. 25, p. 7856.

⁹¹ "Laïcité de l'État : l'opposition en attente des réponses du gouvernement", Radio-Canada, April 3, 2019, pièce P-11 [HAK], p. 2, **A.C.**, vol. 7, p. 1770.

80. Avec égards, il n'existe pas de doctrine de « séparé mais équivalent » dans notre pays démocratique⁹². L'exclusion des personnes religieuses de la fonction publique, et la diversion intentionnelle de ces personnes vers « d'autres emplois », représentent une violation expresse de notre tissu social et de notre architecture constitutionnelle.

81. Tel que la majorité de la Cour suprême l'a exprimé dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁹³ :

Dans les circonstances du présent pourvoi, les appellants n'avaient pas d'autre choix que de signer la déclaration de copropriété s'ils voulaient habiter au Sanctuaire. [...] Ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appellants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion.

[Nos soulignements]

82. Il est incontestable que les individus exclus de la fonction publique à cause de leurs croyances et pratiques religieuses souffrent d'un préjudice. En examinant la preuve admise devant lui⁹⁴, le Juge a conclu⁹⁵ :

Il ne fait aucun doute que la Loi 21 entraîne des conséquences sérieuses et négatives pour toutes les personnes qui arborent les signes religieux en public. De façon générale, d'une part, toutes celles qui occupent un emploi visé par la Loi 21 se retrouvent coincées dans leur position actuelle puisqu'elles ne peuvent en changer sous peine de perdre le bénéfice de la clause d'antériorité, à moins de décider de ne plus porter de signes religieux en public.

D'autre part, toutes ces personnes qui aspirent à occuper l'un de ces emplois se trouvent placées devant le dilemme suivant : ou bien elles agissent en fonction de leur âme et conscience, en l'occurrence leurs croyances, ou bien elles travaillent dans le métier de leur choix. On peut aisément comprendre qu'il s'agit là d'une conséquence cruelle qui déshumanise les personnes visées.

Pour plusieurs, le législateur envoie le message explicite que leur foi et la façon qu'ils la pratiquent n'importent pas et qu'elle n'emporte pas la même dignité ni ne requiert la même protection de la part de l'État. Pour eux, la Loi 21 postule qu'il existe quelque chose de fondamentalement mal ou nocif avec les pratiques religieuses, particulièrement certaines d'entre elles, et que l'on doit prémunir le public. Ainsi, elle transmet un message

⁹² Voir *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, par. 30.

⁹³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 98.

⁹⁴ Jugement, par. 64, **A.C., vol. 1, p. 17.**

⁹⁵ Jugement, par. 68-70, **A.C., vol. 1, p. 18.**

explicitement exclusif à l'égard des personnes qui se font dire qu'elles ne peuvent participer pleinement dans les institutions publiques de l'État seulement à cause de leurs convictions intimes.

[Nos soulignements]

83. La preuve est éloquente et le message – que les personnes qui portent des signes religieux ne sont pas dignes de représenter l'État – clair :

Je me sens exclue, donc, déjà, dès... dès le départ, j'ai pas un sentiment de bien-être, que je me sens acceptée dans la société québécoise. Donc, si on parle de sentiment personnel... je me sens à part, je me sens... je risque de me répéter encore une fois, je me sens vraiment exclue. Il y a pas vraiment, pour le moment, d'autre terme qui pourrait expliquer ce que je suis en train de vivre en ce moment⁹⁶.

Après l'avoir lue et relue, j'ai l'impression d'être une indésirable au Québec. Je me sens comme une citoyenne de seconde classe dans mon propre pays et dans ma propre province⁹⁷.

I have also painfully come to the realization that it is probably best that my children, who are also religiously observant, not bring up their children in Quebec. How could I encourage them to live where they and their children could not aspire to be teachers or make certain other career choices merely because of a religious practice, and where their religious choices will brand them as unsuitable for certain jobs regardless of their competence and professionalism⁹⁸?

J'ai l'impression d'être une citoyenne de second ordre, malgré le fait que j'ai eu le même cheminement que tout Québécois né de parents « purement québécois ». Je me sens discriminée et opprimée⁹⁹.

84. L'expert Richard Bourhis a bien résumé l'esprit de ces témoignages en déclarant : « On est tous des êtres humains. On a les mêmes émotions par rapport à (sic) pas être inclus »¹⁰⁰.

85. Encore plus troublante, la preuve présentée au procès confirme que la politique d'exclusion de la Loi 21 s'applique d'une façon disproportionnée aux minorités religieuses. Toute personne qui a perdu son emploi en raison de la Loi 21 auprès d'un centre de service

⁹⁶ Témoignage d'Ichrak Nourel Hak, 2 novembre 2020, p. 33, lignes 7-15, **A.C., vol. 25, p. 7838**.

⁹⁷ Déclaration sous serment d'Imane Melab, 12 juin 2019, par. 14, **A.C., vol. 2, p. 494.24**.

⁹⁸ Déclaration sous serment de Gregory Bordan, 13 juin 2019, par. 23, **A.C., vol. 2, p. 494.22**.

⁹⁹ Déclaration sous serment de Ghadir Hariri, 21 juin 2019, par. 28, **A.C., vol. 2, p. 494.81**.

¹⁰⁰ Témoignage du professeur Richard Bourhis, 6 novembre 2020, p. 139, lignes 8-10, **A.C., vol. 26, p. 8433**.

scolaire au Québec était une femme musulmane¹⁰¹. Et les experts s'entendent sur le fait que l'interdiction du port de signes religieux affecte davantage les minorités religieuses¹⁰².

86. L'exclusion qui découle des articles 6 et 8 de la Loi 21 ne crée pas uniquement des distinctions entre les personnes religieuses et non religieuses du Québec; elle isole en particulier les membres des minorités.

87. Bien que l'exclusion de toute personne sur la base de ses croyances et pratiques religieuses soit suffisante pour violer la Doctrine de participation aux institutions publiques, l'exclusion en particulier des minorités religieuses entre directement en conflit avec sa philosophie sous-jacente et sa vision de notre société. La Doctrine est fondée en grande partie sur l'importance de la pleine participation des minorités religieuses dans notre société, tel qu'en démontre l'*Acte de Québec*, l'*Acte Hart*, la *Loi de 1852*, et le principe constitutionnel du droit des minorités.

88. La société envisagée par notre Constitution n'est pas cohérente avec les exclusions implémentées par la Loi 21. L'Appelante Nourel Hak a résumé les sentiments de nombreuses témoins en déclarant¹⁰³ :

... la Loi me fait sentir exclue de la société québécoise. Elle m'envoie le message que je dois avoir l'apparence de la majorité pour me conformer aux valeurs québécoises.

89. Ce sentiment d'exclusion n'est pas une conséquence nécessaire de la laïcité. On peut implémenter une politique de laïcité sans exclure les personnes religieuses de la

¹⁰¹ Interrogatoire de M^e Louis Bellerose, 25 août 2020, p. 37, ligne 13 à p. 38, ligne 12 et p. 39, lignes 7-9, **A.C., vol. 24, pp. 7743-7745**; Réponses aux demandes d'accès des commissions scolaires, pièce P-53 [HAK], Commission scolaire des Affluents (M-05), Commission scolaire English-Montreal (S-07), Commission scolaire de Laval (K-03 et K-04), Commission scolaire Marie-Victorin (KK-01 et KK-02), **A.C., vol. 8, p. 2294**; Pièce EMSB-28-12.1, **A.C., vol. 18, pp. 5827-5839**; Pièce EMSB-28-11, **A.C., vol. 18, pp. 5814-5816**.

¹⁰² Témoignage du professeur Jacques Beauchemin, 18 novembre 2020, p. 23, ligne 16 à p. 25, ligne 8 et p. 73, lignes 3-14, **A.C., vol. 29, pp. 9264 et 9276**; Voir aussi Témoignage du professeur Jocelyn Maclure, 5 novembre 2020, p. 61, ligne 11 à p. 62, ligne 21 et p. 181, ligne 2 à p. 187, ligne 9, **A.C., vol. 26, pp. 8250-8251 et 8370-7376**; Témoignage du professeur Richard Bourhis, 6 novembre 2020, p. 29, ligne 2 à p. 31, ligne 18, **A.C., vol. 26, p. 8406**; Témoignage du professeur Eric Hehman, 4 novembre 2020, p. 39, ligne 3 à p. 41, ligne 9, **A.C., vol. 25, p. 8176**; Conclusion du rapport d'expertise du professeur Eric Hehman, 3 juin 2020, par. 36, **A.C., vol. 32, p. 10557**.

¹⁰³ Déclaration sous serment d'Ichrak Nourel Hak, 13 juin 2019, par. 32, **A.C., vol. 2, p. 494.12**.

fonction publique¹⁰⁴. Personne ne remet en question le principe de la neutralité de l'État, déjà reconnu par la Cour suprême¹⁰⁵.

90. Mais la neutralité de l'État quant aux croyances et pratiques religieuses n'est pas la même chose que l'élimination des croyances et pratiques religieuses. Tout comme les fonctionnaires de l'État ne peuvent pas faire fi de leur sexe ou de leur race durant l'exercice de leurs fonctions, ils ne peuvent pas non plus faire fi de leur religion. Les fonctionnaires sont des êtres humains; ils ne peuvent pas exister, pendant leurs heures de travail, indépendamment de leurs caractéristiques immuables ou considérées immuables¹⁰⁶. Alors la conséquence directe et évidente d'une loi qui interdit le port de *signes religieux* est l'exclusion des *personnes religieuses*.

91. L'exclusion des personnes religieuses des institutions publiques touche la structure fondamentale de notre société et la cohérence de notre Constitution.

92. Comment concilier la révocation du serment du test dans l'*Acte de Québec* avec l'exclusion de ceux qui portent la croix? Comment concilier l'inclusion des Juifs dans la fonction publique suivant l'*Acte Hart* avec l'exclusion de ceux qui portent la kippa? Comment concilier la reconnaissance du patrimoine multiculturel de notre société avec l'exclusion des enseignantes qui portent le hijab des écoles québécoises?

93. Aucun législateur canadien, que ce soit fédéral ou provincial, n'a l'autorité pour implémenter une modification si importante à la structure de notre société de façon unilatérale.

94. La Loi 21 n'a pas suivi la procédure de modification prévue à la partie V de la Constitution. Ses articles 6 et 8 représentent une tentative illégale de modifier notre architecture constitutionnelle. Ces articles doivent être déclarés invalides.

¹⁰⁴ Rapport d'expertise du professeur Jocelyn Maclure, 11 mars 2020, par. 16 et 20-25, **A.C., vol. 30, pp. 10020-10022**; Témoignage de Jocelyn Maclure, 5 novembre 2020, p. 186, ligne 23 à p. 187, ligne 9, **A.C., vol. 26, pp. 8375-8376**; Témoignage du professeur David Koussens, 23 novembre 2020, p. 20, ligne 2 à p. 40, ligne 23, **A.C., vol. 29, pp. 9499-9504**; Témoignage du professeur Yvan Lamonde, 11 novembre 2020, p. 70, ligne 7 à p. 73, ligne 24, **A.C., vol. 27, pp. 8686-8687**; Témoignage du professeur Jacques Beauchemin, 18 novembre 2020, p. 22, ligne 16 à p. 23, ligne 9, **A.C., vol. 29, pp. 9263-9264**; Rapport d'expert du professeur Marc Chevrier, 4 septembre 2020, par. 58-85, **A.C., vol. 33, pp. 10809-10825**.

¹⁰⁵ Saguenay, par. 65-79.

¹⁰⁶ Voir les témoignages reproduits aux par. 76 et 78, ci-dessus.

B. Les articles 6 et 8 de la Loi 21 sont *ultra vires* la législature du Québec (*moyen d'appel* n° 3)

(i) Survol

95. Le Juge a correctement identifié le caractère véritable de la Loi comme étant « une loi de nature religieuse »¹⁰⁷ et « une loi qui traite de la moralité publique »¹⁰⁸ qui sert comme moyen de maintenir la paix et l'ordre¹⁰⁹. Il en a conclu que « les articles 6 et 8 de la Loi 21 s'avèrent relever de la nature de dispositions traitant de la religion dans une perspective se rattachant traditionnellement au droit criminel »¹¹⁰.

96. Il a néanmoins tranché que ces dispositions ne constituent pas une législation criminelle, contrairement à ce que prétendaient les appellants, *uniquement* parce que les sanctions rattachées aux interdictions créées par ces articles ne sont pas, selon le Juge, des sanctions « pénales ».

97. Avec égard, le Juge a erré en droit en concluant qu'une loi criminelle doit avoir une sanction « pénale », ce qui implique la présence d'un élément qualitatif que le Juge n'a même pas identifié avec précision. La jurisprudence ne soutient pas une telle interprétation de ce critère formel d'une loi criminelle.

98. En fait, le seul test applicable pour déterminer si une loi relève du paragraphe 91(27) de la LC 1867 est la détermination que cette loi contient (1) une interdiction (2) une sanction et (3) un objectif valable de droit criminel.

99. L'application de ce test aux articles 6 et 8 de la Loi démontre qu'il s'agit de dispositions prohibitives qui punissent, avec sanctions, l'expression ou la pratique religieuse, et ce, pour une large catégorie d'employés de la fonction publique, mais également pour des citoyens privés, le tout dans l'objectif moral de protéger la laïcité, ce que le gouvernement considère comme étant une valeur sociale fondamentale au Québec. Or, la protection de la moralité ou des valeurs sociales fondamentales est depuis longtemps reconnue comme étant un objectif de droit criminel.

¹⁰⁷ Jugement, par. 381, **A.C.**, vol. 1, p. 78.

¹⁰⁸ Jugement, par. 382 et 393, **A.C.**, vol. 1, pp. 78 et 80.

¹⁰⁹ Jugement, par. 415, **A.C.**, vol. 1, p. 87.

¹¹⁰ Jugement, par. 417, **A.C.**, vol. 1, p. 87.

100. Les articles 6 et 8 sont ainsi des prohibitions criminelles qui relèvent uniquement de la compétence du Parlement.

101. Cependant, dans la mesure où le Juge avait raison de conclure que les articles 6 et 8 ne contiennent pas de sanctions « pénales », il a erré en classant ces dispositions dans la compétence provinciale sur des matières « purement locales » (paragraphe 92(16) de la LC 1867). Une fois que le Juge a conclu que l'objectif dominant de ces dispositions était l'imposition d'une vision particulière de moralité ou de valeurs sociales à la société québécoise, il est devenu impossible de classer ces articles dans un champ de compétence provinciale, car ils ne comportent aucun objectif provincial. Si ces articles ne satisfont pas les critères formels d'une législation criminelle, ils doivent être classés dans le champ de compétence résiduaire, soit le pouvoir du Parlement « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces »¹¹¹.

(ii) Les articles 6 et 8 de la Loi relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel (Moyen d'appel n° 3.1 selon la Schématisation)

102. Le test pour établir le palier gouvernemental duquel relève une loi est bien connu : « le tribunal doit d'abord procéder à [la] qualification [de la loi] et ensuite, sur ce fondement, classifier la loi eu égard aux chefs de compétence fédéraux et provinciaux établis par la Constitution »¹¹².

103. À l'étape de la qualification d'une loi, le tribunal doit en déterminer le caractère véritable, ou le « *pith and substance* ». Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, la Cour suprême a rappelé que, « [d]e manière générale, le tribunal cherchera d'abord à qualifier les dispositions particulières contestées, plutôt que le régime législatif dans son ensemble, afin de déterminer si ces dispositions ont été

¹¹¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 (reproduit dans L.R.C. (1985), app. II, n° 5), art. 91.

¹¹² *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17 [**Renvoi relatif à la LNDG**], au par. 26.

validement adoptées »¹¹³. Ainsi, en l'espèce, l'analyse focalisera sur la qualification des articles 6 et 8 de la Loi 21.

104. La détermination du caractère véritable de ces dispositions exige du tribunal qu'il en identifie la matière par référence à leurs objectifs et leurs effets¹¹⁴. Il s'agit d'une analyse souple et non formaliste, où l'élément clé est souvent l' « objet principal », l'« idée maîtresse » ou la « caractéristique principale ou la plus importante » des dispositions attaquées¹¹⁵.

a) L'objectif des articles 6 et 8

105. Pour déterminer l'objet d'une loi ou de dispositions particulières, le tribunal examine tant la preuve intrinsèque (le texte de la loi et les dispositions qui énoncent expressément l'objet visé, ainsi que le titre et la structure de la loi) qu'extrinsèque (les déclarations prononcées lors des travaux parlementaires et celles tirées des publications gouvernementales)¹¹⁶.

106. En tenant compte de tous ces éléments, le Juge en a conclu qu'ils « établissent sans l'ombre d'un doute que le gouvernement considère que la laïcité doit devenir un principe formel et une valeur fondamentale de la société québécoise »¹¹⁷. À cet égard, son analyse ne comporte aucune faille.

107. D'une part, le préambule de la Loi 21 démontre une volonté législative d'affirmer que la laïcité est une valeur fondamentale de la société québécoise et, d'autre part, un désir de protéger cette valeur en imposant « un devoir de réserve plus strict en matière religieuse à l'égard des personnes exerçant certaines fonctions » dans la sphère publique :

¹¹³ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 28; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, pp. 666-667.

¹¹⁴ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 30.

¹¹⁵ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 29, citant *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 [**Renvoi sur la procréation assistée**], par. 184; *R. c. Morgentaler*, 1993 CanLII 74 (CSC), [1993] 3 RCS 463 [**Morgentaler (1993)**], pp. 481-482; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 RCS 3, p. 62.

¹¹⁶ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 34; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, par. 17.

¹¹⁷ Jugement, par. 316, **A.C., vol. 1, p. 64.**

CONSIDÉRANT que la nation québécoise a des caractéristiques propres, dont sa tradition civiliste, des valeurs sociales distinctes et un parcours historique spécifique l'ayant amenée à développer un attachement particulier à la laïcité de l'Etat;

[...]

CONSIDÉRANT qu'en vertu du principe de la souveraineté parlementaire, il revient au Parlement du Québec de déterminer selon quels principes et de quelle manière les rapports entre l'État et les religions doivent être organisés au Québec;

[...]

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'établir un devoir de réserve plus strict en matière religieuse à l'égard des personnes exerçant certaines fonctions, se traduisant par l'interdiction pour ces personnes de porter un signe religieux dans l'exercice de leurs fonctions;

[Nos soulignements]

108. L'objectif sous-jacent à l'adoption des interdictions contenues aux articles 6 et 8 est donc reflété dans le préambule de la Loi 21 : il s'agit d'une façon coercitive d'imposer la laïcité à certains secteurs de la société en interdisant l'expression religieuse, le tout afin de « protéger » la laïcité en tant que valeur sociale fondamentale.

109. Les articles de la Loi 21 qui régissent l'application des articles 6 et 8 confirment l'importance qu'accorde le législateur à l'élimination de l'expression religieuse comme moyen de « protéger » cette vision de la laïcité.

110. L'article 10, par exemple, envisage l'élargissement de l'interdiction de l'article 8 au-delà de la sphère publique en affirmant que les personnes ou sociétés privées qui concluent un contrat ou reçoivent de l'aide financière d'un organisme énuméré à l'annexe I peuvent également être assujetties à cette interdiction. L'article 14 interdit l'octroi d'accommodations ou de dérogations en ce qui a trait aux interdictions créées par les articles 6 et 8. Les articles 15 et 16 ajoutent l'interdiction de porter un signe religieux à certains contrats ainsi qu'aux conventions collectives.

111. Les efforts soutenus du législateur pour retirer tout signe de religion d'une grande partie de la sphère publique (mais également d'une partie de la sphère privée) témoignent de leur objectif : le législateur considère que l'expression religieuse menace sa vision de

la laïcité, et adopte des moyens pour pallier cette menace. Il importe de noter qu'en imposant de telles interdictions, le législateur adopte une vision de la laïcité qui prône une *absence* de religion plutôt que, par exemple, une conception de la neutralité de l'état qui « impose à celui-ci de ne pas encourager ni décourager quelque forme de conviction religieuse que ce soit »¹¹⁸. Il s'agit, en somme, d'une finalité *antireligieuse*.

112. La preuve extrinsèque, notamment les déclarations prononcées lors des travaux parlementaires – auxquelles le Juge a expressément fait référence¹¹⁹ – renforce cette caractérisation de l'objectif de la Loi et des dispositions attaquées.

113. À de multiples reprises, le ministre responsable du parrainage du projet de loi 21, Simon Jolin-Barette, s'est prononcé sur l'objectif qui sous-tend son adoption. De façon répétée, il a qualifié cet objectif comme étant l'affirmation de la laïcité comme « une valeur fondamentale de la société québécoise »¹²⁰. Il a également déclaré que les interdictions contenues aux articles 6 et 8 constituent une façon d'exprimer, d'affirmer et de protéger cette « valeur fondamentale »¹²¹.

114. Ainsi, comme le Juge l'a noté à bon droit, la preuve au procès a démontré que l'expression, l'affirmation et la « protection » de la laïcité par l'adoption des articles 6 et 8 s'inscrivent dans une optique de paix sociale qui dépend de l'élimination de la pratique religieuse d'une importante partie de la sphère publique ainsi que d'une partie de la sphère privée¹²².

¹¹⁸ Saguenay, par. 78.

¹¹⁹ Jugement, par. 316 et 318, **A.C., vol. 1, pp. 64-65**

¹²⁰ Official transcript of press conference held by Simon JolinBarrette on March 28, 2019, pièce P-12 [HAK], **A.C., vol. 7, p. 1773** : « Ce projet de loi propose d'inscrire la laïcité de l'État comme principe formel, comme valeur fondamentale et comme outil d'interprétation des lois du Québec » **et p. 1781** : « Le gouvernement, aujourd'hui, répond à son engagement électoral, et le matérialise dans un projet de loi, et inscrit également la laïcité dans nos lois, parce qu'il s'agit d'une valeur fondamentale de la société québécoise »; Extracts of transcripts of hearings on Bill 21 in the National Assembly, pièce P-17 [HAK], **A.C., vol. 7, p. 1849** : « Le projet de loi est un geste d'affirmation de la laïcité de l'État, qui s'articule autour de quatre principes : la séparation de l'État et des religions, la neutralité religieuse de l'État, l'égalité de tous les citoyennes et citoyens et la liberté de conscience et de religion », **p. 1865** : « la laïcité de l'État est fondamentale au Québec », **et p. 1865** : « Le projet de loi fera en sorte d'inscrire la laïcité de l'État comme principe formel, comme valeur fondamentale et comme outil d'interprétation des lois du Québec dans la Charte des droits et libertés de la personne [...] ».

¹²¹ Official transcript of press conference held by Simon JolinBarrette on March 28, 2019, pièce P-12 [HAK], **A.C., vol. 7, p. 1773**; Extracts of transcripts of hearings on Bill 21 in the National Assembly, pièce P-17 [HAK], **A.C., vol. 7, p. 1849**.

¹²² Jugement, par. 336, **A.C., vol. 1, p. 68**.

115. Somme toute, il ressort des éléments de preuve que l'objectif des dispositions attaquées est le contrôle de la pratique religieuse, dans une perspective antireligieuse et morale, ancrée dans une qualification de la laïcité comme valeur sociale fondamentale.

b) Les effets des articles 6 et 8

116. Les effets d'une loi ou de dispositions contestées comprennent ses effets juridiques et pratiques¹²³. En l'espèce, les effets prédominants des articles 6 et 8 sont le contrôle de l'expression religieuse et l'exclusion de personnes religieuses des institutions ciblées. Il s'agit d'impacts personnels plutôt qu'institutionnels.

117. Les effets juridiques des articles 6 et 8 sont clairs : ces articles interdisent le port de signes religieux ou du couvre-visage aux personnes qui travaillent dans les institutions énumérées à l'annexe II et aux annexes I à III, respectivement. Les articles 12 et 13 prévoient des sanctions pour le non-respect de ces interdictions.

118. Par ailleurs, le texte de l'article 6 ne comporte aucune limite quant à la localisation du signe religieux ni de la personne qui le porte. Ainsi, à priori, l'interdiction s'applique même si le signe en question est invisible au public (par exemple, une croix, un kirpan ou des tzizits portés en dessous des vêtements¹²⁴) : il n'y a aucun indice qu'il faut interpréter l'article 6 comme étant limité à de signes *visibles*.

119. À cela s'ajoute le fait que l'article 6 ne fait aucune distinction entre le port de tels signes dans un lieu public ou privé. Au moins une des institutions assujetties à la Loi 21, le Centre de services scolaires de Montréal, interprète l'article 6 comme empêchant une personne enseignante de porter un symbole religieux alors même qu'elle se trouve à son domicile en train de corriger des travaux¹²⁵. Aucune preuve ne permet à cette Cour de conclure qu'il s'agit d'une interprétation déraisonnable.

¹²³ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 51.

¹²⁴ Déclaration sous serment de Amrit Kaur, 18 juin 2019, par. 20, **A.C., vol. 2, p. 494.54**; Déclaration sous serment de Gregory Bordan, 13 juin 2019, par. 14-16, **A.C., vol. 2, p. 494.21**; Déclaration sous serment d'Andréa Lauzon, pièce P-31 [LAUZON], par. 18, **A.C., vol. 15, p. 4593**.

¹²⁵ Jugement, par. 324-325, **A.C., vol. 1, pp. 65-66**; Interrogatoire au préalable de Louis Bellerose, 25 août 2020, pp. 75-76, lignes 1-7, **A.C., vol. 24, pp. 7781-7782**.

120. En résumé, les effets juridiques des dispositions attaquées sont d'interdire le port de signes religieux ou du couvre-visage dans une vaste gamme d'emplois, d'une manière qui n'a rien à avoir avec la caractéristique publique de l'institution ou de la fonction en question.

121. Quant aux effets pratiques de ces dispositions, la preuve au procès a démontré qu'une personne qui refuse d'obtempérer à ces interdictions peut se voir refuser un emploi dans les institutions visées¹²⁶. Une personne qui est déjà employée par une de ces institutions et qui bénéficie de la clause « grand-père » (article 23 de la Loi 21) ne peut changer de poste au sein de l'institution sans faire face à ces interdictions: sa carrière est à toutes fins pratiques figée¹²⁷. Enfin, une personne qui est embauchée depuis le 27 mars 2019 par l'une des institutions visées et qui commence par la suite à porter un signe religieux alors qu'elle exerce ses fonctions peut se voir imposer des sanctions en vertu des articles 12 et 13¹²⁸.

122. Dans une perspective plus globale, ces interdictions empêchent des personnes qui portent des symboles religieux dans le cadre de leur pratique religieuse ou de l'expression de leur foi d'accéder aux emplois dans les institutions visées.

123. Le Juge a convenu que « pour certain.e.s le port de symboles religieux participe à la croyance religieuse et qu'ils n'en reflètent pas uniquement l'existence, mais également la nature fondamentale de la foi qui les anime »¹²⁹. Cette détermination factuelle était faite sur la base d'une preuve non contredite¹³⁰, en plus de s'inscrire dans la qualification, par

¹²⁶ Déclaration sous serment de Nafeesa Salar, 19 septembre 2019, par. 11 et 21-22, **A.C., vol. 3, pp. 494.217-494.218**; Déclaration sous serment de F.B., 18 septembre 2019, par. 12 et 18-21, **A.C., vol. 3, pp. 494.159-494.160**; Déclaration sous serment de Mariam Najdi, 19 septembre 2019, par. 6-7 et 15, **A.C., vol. 3, pp. 494.203-494.204**; Déclaration sous serment de M.G., 19 septembre 2019, par. 8-13, **A.C., vol. 3, p. 494.196**; Déclaration sous serment de R.M., 18 septembre 2019, par. 2, 11 et 21-22, **A.C., vol. 3, pp. 494.165-494.166**; Déclaration sous serment de S.B.R., 18 septembre 2019, par. 14-16, **A.C., vol. 3, pp. 494.189-494.190**.

¹²⁷ Déclaration sous serment de Bouchera Chelbi, pièce P-33 [LAUZON], **A.C., vol. 15, pp. 4601-4605**; Témoignage en chef de Messaouda Dridj, 13 mars 2020, **A.C., vol. 25, pp. 7861-7862**; Témoignage en chef de Bouchera Chelbi, 3 novembre 2020, **A.C., vol. 25, p. 7900**.

¹²⁸ Jugement, par. 326, **A.C., vol. 1, p. 66**.

¹²⁹ Jugement, par. 323, **A.C., vol. 1, p. 65**.

¹³⁰ Déclaration sous serment de Ichrak Nourel Hak, 13 juin 2019, par. 13-14, **A.C., vol. 2, p. 494.10**; Déclaration sous serment d'Andréa Lauzon, pièce P-31 [LAUZON], par. 20, **A.C., vol. 15, p. 4593**; Déclaration sous serment de W.B.G.H., 18 septembre 2019, par. 11-12, **A.C., vol. 3, p. 494.173**; Déclaration sous serment de Gregory Bordan, 13 juin 2019, par. 16, **A.C., vol. 2, p. 494.15**; Témoignage d'Ichrak Nourel Hak : « ça fait partie de ma pratique », p. 19, **A.C., vol. 25, p. 7835**;

la Cour suprême, de la religion comme étant un trait personnel qui est « considéré[] immuable[] » (« *constructively immutable* »), dans le sens de n'être modifiable qu'« uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »¹³¹. Il n'y a pas lieu que cette Cour écarte cette détermination.

124. Ainsi, pour des personnes dont les pratiques religieuses font intégralement partie de leur identité religieuse qui, en soi, est indissociable de leur identité personnelle¹³², les interdictions contenues aux articles 6 et 8 n'offrent aucun choix réel entre leur foi et leur emploi. L'accès à l'emploi dans une panoplie d'institutions publiques et privées leur est effectivement retiré.

125. En fin de compte, les effets juridiques et pratiques de ces dispositions confirment leur objectif : il s'agit du contrôle, par l'État, de l'expression religieuse au service de la « protection » d'une vision de paix sociale axée sur la laïcité (un concept qui, pour le présent gouvernement, équivaut à *l'absence de religion*) en tant que valeur sociale fondamentale ou moralité publique. En d'autres mots, la motivation derrière les dispositions contestées est une motivation religieuse plutôt que laïque. Comme le Juge l'a expliqué¹³³ :

En voulant imposer la laïcité telle qu'il le fait, le législateur québécois se trouve nécessairement à vouloir retirer la religion, ici sous la forme de signes religieux, de l'espace institutionnel public. Il s'agit donc d'une législation qui traite de manière ontologique de religion, car son essence repose sur cette finalité.

126. Ayant perçu les personnes religieuses comme une menace à sa vision de la laïcité, le législateur a agi pour pallier cette menace, en interdisant l'expression religieuse dans une vaste gamme d'institutions – et, en ce faisant, en interdisant aux personnes religieuses de participer à ces institutions.

127. Ainsi, le caractère véritable des articles 6 et 8 de la Loi 21, tel qu'il ressort de leur « objet principal » ou bien leur « idée maîtresse », est l'imposition, à travers des interdictions possibles de sanctions, d'une vision sociale morale marquée par l'absence

¹³¹ Témoignage en chef d'Amrit Kaur, 2 novembre 2020, p. 52, **A.C., vol. 25, p. 7843**; Témoignage en chef de Messaouna Dridj, 2 novembre 2020, **A.C., vol. 25, p. 7856**.

¹³² *Corbiere*, par. 13.

¹³² Voir la preuve *supra*, note 130.

¹³³ Jugement, par. 336, **A.C., vol. 1, p. 68**.

de religion dans une grande partie de la sphère publique ainsi que par l'exclusion des personnes religieuses d'une pleine participation dans cette société.

c) La classification des articles 6 et 8

128. Le caractère véritable des articles 6 et 8 est révélateur de leur classification, notamment à la lumière de leur objet. Des interdictions dont l'objectif principal est de protéger ce que le législateur considère comme étant une valeur sociale fondamentale ne peuvent être classées dans aucune catégorie de sujets provinciaux. Ces dispositions relèvent uniquement de la compétence fédérale en matière de droit criminel en vertu du paragraphe 91(27) de la LC 1867.

129. Le test pour déterminer si une législation relève du paragraphe 91(27) est bien connu et a récemment été réitéré par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Loi sur la non-discrimination génétique*. Une législation constitue une disposition de droit criminel si : (1) elle contient une interdiction (2) assortie d'une sanction et (3) repose sur un objet de droit criminel¹³⁴.

130. En l'espèce, les articles 6 et 8 comportent toutes ces caractéristiques.

1. Les articles 6 et 8 contiennent les éléments formels d'une loi criminelle

i. Présence d'une interdiction

131. Il n'y a aucun doute que les articles 6 et 8 contiennent des interdictions – dans le premier cas, l'interdiction de porter un signe religieux, et, dans le deuxième cas, une interdiction de travailler avec un visage couvert. D'ailleurs, le Procureur général n'a jamais contesté la présence de ce premier critère.

ii. Présence d'une sanction

132. Le Juge a admis que ces interdictions sont assujetties « de nombreuses sanctions »¹³⁵ pour leur non-respect : en vertu de l'article 12, « le ministre concerné peut requérir de l'organisme ou de la personne contrevenante d'apporter des mesures correctives et il peut les soumettre à toute autre mesure, dont des mesures de surveillance

¹³⁴ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 67.

¹³⁵ Jugement, par. 420, A.C., vol. 1, p. 88.

et d'accompagnement ». L'article 13 oblige la personne qui exerce la plus haute autorité administrative de prendre « les moyens nécessaires pour assurer le respect » des articles 6 et 8, ce qui inclut des mesures disciplinaires¹³⁶. L'article 16 de la Loi 21 sanctionne de nullité absolue toute disposition d'une convention collective ou tout autre contrat dont les conditions sont incompatibles avec les articles 6 et 8.

133. À cela s'ajoute la preuve non contredite qui démontre que les sanctions ont bel et bien été appliquées aux personnes qui avaient refusé d'obtempérer à l'interdiction de l'article 6 :¹³⁷ elles se sont vues refuser l'accès aux postes pour lesquelles elles avaient déjà été engagées.

134. Le Juge a néanmoins tranché que la Loi ne comporte aucune sanction « pénale ». Pour cette seule et unique raison, le Juge a conclu que les articles 6 et 8 ne peuvent être qualifiés de dispositions criminelles¹³⁸.

iii. Aucune exigence que la sanction prenne une forme particulière

135. En exigeant que la sanction prenne une forme particulière, qu'il qualifie de sanction « pénale », le Juge a erré en droit.

136. Les appellants sont d'accord à l'effet que le Juge est lié par le *stare decisis* en ce qui a trait à l'exigence de base d'une sanction : il s'agit d'un des deux critères formels d'une loi criminelle et il y a consensus sur ce point depuis au moins le *Renvoi sur la margarine*.

137. Cependant, comme le Juge a lui-même reconnu¹³⁹, il n'y a aucune décision de la Cour suprême qui définit de façon particulière soit une « sanction », soit une sanction « pénale » aux fins de l'analyse de la classification d'une loi, encore moins qui limite les types de sanctions admissibles pour qu'une loi réponde aux exigences d'une loi criminelle. Ainsi, contrairement à ce que le Juge a conclu¹⁴⁰, il n'y a pas de *stare decisis* sur cette question qui aurait pu le lier.

¹³⁶ Jugement, par. 421, **A.C., vol. 1, p. 88**.

¹³⁷ Voir la preuve *supra*, note 126.

¹³⁸ Jugement, par. 434, **A.C., vol. 1, p. 90**.

¹³⁹ Jugement, par. 429, **A.C., vol. 1, p. 89**.

¹⁴⁰ Jugement, par. 434, **A.C., vol. 1, p. 90**.

138. Le Juge s'est néanmoins appuyé sur l'arrêt *Siemens* et le *Renvoi sur la procréation assistée*, deux décisions qui parlent de sanctions « pénales », pour fonder sa proposition à l'effet que ce terme a un sens particulier¹⁴¹.

139. Il est vrai que dans *Siemens*, la Cour suprême a conclu que la loi contestée ne comportait pas de « sanction pénale » et a rejeté un argument fondé sur le partage des compétences sur cette base (entre autres; la Cour a également conclu que la loi n'avait pas non plus d'objet de droit criminel)¹⁴². Cependant, cette conclusion doit être remise dans son propre contexte.

140. Dans *Siemens*, les appellants avaient plaidé que la perte du droit d'exploiter des appareils de loterie vidéo (ALV) devait être qualifiée d'une sanction aux fins de l'analyse¹⁴³. Or, la Cour en a conclu qu'il s'agissait tout simplement d'une perte de l'opportunité de toucher un pourcentage des recettes générées par les ALV¹⁴⁴.

141. Plus important encore, cette perte d'opportunité n'était pas une conséquence imposée en cas de non-respect d'une interdiction quelconque, ce qui correspond à la définition du mot « sanction »¹⁴⁵. Elle était tout simplement le résultat d'une décision municipale prise par référendum d'interdire l'exploitation des ALV. Il n'y avait donc aucun lien entre une conduite quelconque prohibée et la perte d'opportunité en question.

142. C'est-à-dire que dans *Siemens*, il n'y avait *aucune sanction*, point. Ce critère formel d'une loi criminelle n'était pas rempli. Il n'est donc pas surprenant que le jugement *Siemens* ne contienne pas de discussion d'une quelconque distinction entre la sanction « pénale » et tout autre type de sanction. Ce n'était pas du tout le fondement de la décision de la Cour.

143. Quant au *Renvoi sur la procréation assistée*, dans leurs motifs respectifs, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Deschamps réfèrent au terme « sanction

¹⁴¹ Jugement, par. 430, **A.C., vol. 1, p. 89-90.**

¹⁴² *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3 [**Siemens**], par. 26-28.

¹⁴³ *Ibid.*, par. 26.

¹⁴⁴ *Supra*, note 143.

¹⁴⁵ Voir Dictionnaire de français Larousse *sub verbo* « sanction » : « Mesure répressive infligée par une autorité pour l'inexécution d'un ordre, l'inobservation d'un règlement, d'une loi ».

« pénale » », sans plus¹⁴⁶. Rien dans cette décision ne s'attarde à la nature de la sanction imposée et il n'y a aucune discussion de ce qui constitue une sanction dite « pénale », ou s'il faut distinguer une telle sanction de toute autre sanction aux fins de l'analyse du partage des compétences.

144. Le Juge a donc erré en concluant qu'il était lié par le *stare decisis* sur cette question.

145. Qui plus est, l'approche préconisée par le Juge ne reflète pas la réalité des lois criminelles et ne devrait être ultérieurement adoptée par un autre tribunal, dont cette Cour.

146. Il faut souligner que la législation criminelle comporte déjà des sanctions qui ne sont ni des pénalités monétaires ni des termes d'emprisonnement. Pour ne prendre que le *Code criminel* à titre d'exemple, son article 161 permet aux tribunaux d'imposer diverses ordonnances à des contrevenants qui sont déclarés coupables de certaines infractions : le tribunal peut par exemple interdire à un contrevenant de se trouver dans certains espaces publics ou à une certaine distance d'endroits particuliers; d'avoir certains contacts; ou bien d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique.

147. Cet article permet même au tribunal d'interdire à un individu « de chercher, d'accepter ou de garder » certains types d'emploi¹⁴⁷ – ce qui est pratiquement la *même conséquence* que ce qu'impose la Loi 21 aux individus qui refusent d'obtempérer aux interdictions créées par les articles 6 et 8.

148. L'article 732.1 C. Cr., quant à lui, permet au tribunal d'imposer des conditions variées à un contrevenant dans le cadre d'une ordonnance de probation, dont une ordonnance de s'abstenir de consommer des drogues et de l'alcool; d'accomplir du service communautaire; et de prendre soin des personnes à sa charge.

149. Toutes ces ordonnances sont manifestement des sanctions selon la définition du terme, car ce sont des conséquences imposées pour la commission des actes interdits. Évidemment, aucune de ces conséquences potentielles n'est une peine d'emprisonnement ou une pénalité monétaire.

¹⁴⁶ *Renvoi sur la procréation assistée*, par. 56 et 155 (la juge en chef McLachlin) et par. 175 (les juges LeBel et Deschamps).

¹⁴⁷ *Code criminal*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 161(1)(b).

150. Ainsi, décider que l'exigence d'une sanction ou même une sanction « pénale » réfère à certains types de sanctions en particulier (comme un terme d'emprisonnement ou une pénalité monétaire) restreindrait indument la compétence fédérale en matière criminelle. Une telle approche limiterait la capacité du Parlement à réagir de manière flexible à la commission d'infractions, en fonction de la nature de l'infraction et de ses conséquences. Elle empêcherait également le Parlement d'adapter la réponse de l'État à la commission de crimes au climat social.

151. À titre d'exemple, si le Parlement décidait de créer des infractions pénales qui ne comportent aucune peine d'emprisonnement, selon le raisonnement adopté par le Juge, le législateur fédéral n'aurait d'autre choix que de sanctionner ces infractions autrement que par l'imposition de pénalités monétaires. L'adoption d'une autre forme de sanction risquerait de rendre ces infractions *ultra vires* du Parlement.

152. En plus d'être entièrement non soutenue par une quelconque jurisprudence, une telle approche relativement à l'exigence d'une sanction figerait le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel à une ère où des modèles alternatifs de punition n'existaient pas. Cela n'est pas un résultat souhaitable ni acceptable.

153. En fin de compte, il n'y a qu'une seule façon raisonnable de définir ce que constitue une sanction « pénale », soit de la même façon qu'on détermine ce que constitue une interdiction « pénale ». La nature pénale d'une interdiction *et* d'une sanction est révélée par la présence d'un objet de droit criminel – rien de plus.

2. Les articles 6 et 8 comportent un objectif criminel

154. Depuis le *Renvoi sur la margarine*, la Cour suprême a élaboré les éléments constitutifs d'un objectif valable en droit criminel¹⁴⁸ :

[...] we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

[...]

¹⁴⁸ *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] SCR 1 [**Renvoi sur la margarine**], pp. 49-50.

Is the prohibition then enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law [...].

155. En appliquant ce principe dans le tout récent *Renvoi sur la Loi sur la non-discrimination génétique*, la juge Karakatsanis soutient¹⁴⁹ :

Considérées ensemble, les exigences établies dans le Renvoi sur la margarine et appliquées par la suite dans la jurisprudence de la Cour font en sorte qu'une loi aura un objet de droit criminel si sa matière constitue la réponse du Parlement à une menace de préjudice à l'ordre, la sécurité, la santé ou la moralité publics, aux valeurs sociales fondamentales ou à un autre intérêt public semblable [...].

[Nos soulignements]

156. La juge Karakatsanis souligne par la suite que « [l]a protection des règles morales ou valeurs sociales fondamentales constitue un objet de droit criminel établi »¹⁵⁰.

157. Dans le présent cas, il ne fait aucun doute que les articles 6 et 8 de la Loi ont été adoptés dans le but de pallier ce que le législateur québécois considère comme étant une menace à une valeur fondamentale. L'historique législatif de la Loi, tel que décrit ci-haut, établit en fait qu'il s'agit du *seul* objectif de ces articles.

158. Le ministre Jolin-Barette a même qualifié la motivation derrière le projet de loi n° 21 comme étant une réponse à un devoir public¹⁵¹ :

Comme parlementaires élus démocratiquement et redevables à la population, nous avons le devoir de répondre aux préoccupations exprimées depuis deux décennies et de traduire la volonté populaire en réponses pragmatiques et pondérées. C'est ce que le projet de loi n° 21 fait et c'est ce qui explique pourquoi il reçoit des appuis aussi nombreux.

[Nos soulignements]

¹⁴⁹ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 79. Le juge Moldaver, au par. 173 de ses motifs concourants, a indiqué être en accord avec les principes énoncés par la juge Karakatsanis aux par. 67 à 79.

¹⁵⁰ *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 90; *Renvoi sur la margarine*, p. 50; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, 1979 CanLII 190 (CSC), [1980] 1 RCS 914, pp. 932-933; *Renvoi sur la procréation assistée*, par. 49-51 et 250.

¹⁵¹ Extracts of transcripts of hearings on Bill 21 in the National Assembly, pièce P-17 [HAK], A.C., vol. 7, p. 1860.

159. Le Juge a accepté que la règlementation de la pratique religieuse serve comme moyen de maintenir la moralité publique¹⁵². Il est même allé plus loin en constatant que « [l']objet religieux de la Loi 21 s'articule à l'intérieur de la volonté du législateur sur sa vision d'une paix sociale »¹⁵³ et en poursuivant¹⁵⁴ :

De cette perspective, le Tribunal ne peut faire abstraction que la Cour suprême réfère aux notions de « paix » et « d'ordre » et de moralité publique dans le cadre de la détermination du caractère véritable d'une loi semblable à la *Loi sur le dimanche*, pour en conclure qu'elle relève du droit criminel.

160. À ce titre, le Juge réfère à la preuve des experts et témoins du PGQ et MLQ, entre autres, qui « démontre clairement que la régulation de l'exercice de la religion participe au maintien de la paix et de l'ordre dans notre société »¹⁵⁵. Il s'agit là d'une détermination factuelle à laquelle cette Cour doit de la déférence.

161. De ce survol de la preuve, le Juge conclut que « la règlementation de la pratique religieuse, précisément quant à la liberté de religion, sert comme moyen de maintenir la « paix », « l'ordre » ainsi que la moralité publique »¹⁵⁶. Pour le Juge, cela suffit pour trancher que « les articles 6 et 8 de la Loi 21 s'avèrent relever de la nature de dispositions traitant de la religion dans une perspective se rattachant traditionnellement au droit criminel »¹⁵⁷. N'eût été sa conclusion erronée que ces articles ne comportent pas une « sanction pénale », il aurait dû classer ces dispositions sous le paragraphe 91(27) de la LC 1867.

162. La qualification par le Juge de l'objectif de ces dispositions comme étant un moyen de maintenir la moralité publique (ou, en de termes plus contemporains, protéger des valeurs sociales fondamentales) est entièrement conforme à la norme énoncée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Loi sur la Non-discrimination génétique*. Comme l'a reconnu la majorité dans cette décision, une loi dont l'objectif principal est la protection de la moralité ou de valeurs sociales fondamentales comporte un objectif valable de droit criminel.

¹⁵² Jugement, par. 415, **A.C., vol. 1, p. 87**.

¹⁵³ Jugement, par. 396, **A.C., vol. 1, p. 81**.

¹⁵⁴ Jugement, par. 397, **A.C., vol. 1, p. 81**.

¹⁵⁵ Jugement, par. 403, **A.C., vol. 1, p. 82**; Voir aussi la discussion aux par. 405-415 du Jugement, **A.C., vol. 1, pp. 82-87**.

¹⁵⁶ Jugement, par. 416, **A.C., vol. 1, p. 87**.

¹⁵⁷ Jugement, par. 417, **A.C., vol. 1, p. 87**.

163. Cette qualification de l'objectif des articles 6 et 8 est également conforme à une jurisprudence qui reconnaît depuis plusieurs décennies que les lois qui imposent, interdisent ou punissent l'expression religieuse pour des motifs purement religieux ou moraux comportent un objectif criminel qui les fait tomber sous l'égide du paragraphe 91(27) de la LC 1867.

164. Par exemple, dans *Saumur v. City of Québec*, la Cour suprême a considéré la validité d'un règlement municipal qui permettait aux policiers d'interdire la distribution de feuillets. Même si, à première vue, le règlement semblait viser la distribution de feuillets de manière générale, la preuve administrée au procès a démontré qu'en réalité, le règlement visait des pratiques des Témoins de Jéhovah dont le gouvernement désapprouvait.

165. Dans ses motifs, le juge Locke a déterminé que le règlement en question ne saurait être classifié dans un champ de compétence provinciale parce que son véritable objectif n'était pas la prévention des désordres publics, mais plutôt « *to prevent the dissemination of religious views which are not approved by the authorities* ». Pour le juge Locke, de toute évidence, cet objectif moral était un objectif de droit criminel¹⁵⁸.

166. Peu après, dans l'affaire *Henry Birks & Sons*, la Cour suprême a eu à évaluer la validité d'une loi qui interdisait aux entreprises d'ouvrir leurs portes lors des fêtes religieuses catholiques. La Cour a déterminé que l'effet principal de cette loi était de contraindre l'observation d'une pratique religieuse et en conséquence, tout comme dans *Saumur*, qu'il s'agissait d'une loi criminelle. Le juge Rand a expliqué¹⁵⁹ :

*But these considerations show equally that the statute is enacted in relation to religion; it prescribes what is in essence a religious obligation. We are asked to find that the purpose of the legislation was either to give ease from labour to employees or to prevent the sale of goods as a measure of regulating local trade and commerce; but I regretfully find myself unable to treat either of these contentions as having the slightest basis or support in any pertinent consideration. In this aspect, for the reasons given by me in the case of *Saumur v. City of Québec*, as legislation in relation to religion the provision is beyond provincial authority to enact.*

[Nos soulignements]

¹⁵⁸ *Saumur*, pp. 369, 371, 377 et 379.

¹⁵⁹ *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, 1955 CanLII 69 (SCC), [1955] SCR 799 [**Henry Birks & Sons**], pp. 813-814.

167. Dans une opinion concordante, le juge Kellock a constaté que l'objectif de la loi attaquée n'était pas l'imposition d'une journée de repos de manière générale, mais plutôt la contrainte d'observer une pratique religieuse¹⁶⁰. Il a donc conclu ainsi¹⁶¹:

Even if the true view be that this body of law, apart from Sunday observance legislation, was not introduced into Canada in 1774, legislation after 1867 upon that subject-matter could amount to nothing more than an attempt to give the force of law to ideas of religious morality then current in England and sanctioned by the criminal law. If this is to be done, it can only be done, in my opinion, by Parliament.

[Nos soulignements]

168. Dans l'affaire plus récente *R. c. Big M Drug Mart*, la Cour suprême a tranché que la *Loi sur le dimanche*, qui interdisait l'activité commerciale les dimanches, relevait du pouvoir fédéral en matière de droit criminel¹⁶². Ce faisant, le juge Dickson a confirmé la validité de la jurisprudence antérieure en référant expressément à *Henry Birks & Sons* pour expliquer la proposition qu'au Canada, des lois qui visent « l'inobservance du sabbat » sont des lois criminelles. Il en a conclu que¹⁶³ :

On a jugé « depuis longtemps, régulièrement et récemment » que la *Loi sur le dimanche* porte sur une matière qui relève du droit criminel du fait qu'elle rend obligatoire, sous peine de sanction, l'observance d'une prescription religieuse. Étant donné qu'elle vise à préserver l'ordre et la moralité publics, la *Loi sur le dimanche* porte sur une matière qui relève du par. 91(27) qui énonce l'un des chefs de compétence exclusive du Parlement [...] Il ne fait aucun doute qu'une loi comme la *Loi sur le dimanche*, qui a pour objet de rendre obligatoire l'observance religieuse, vise à préserver la moralité publique.

[Nos soulignements]

169. Ce n'est pas dire pour autant que *toute* loi qui touche de quelque manière que ce soit à la pratique religieuse relèverait nécessairement de la compétence fédérale. La « religion » n'est pas un champ de compétence en vertu des articles 91 ou 92 de la LC 1867; en fait, le Juge a reconnu que l'article 93 de la LC 1867 démontre que la compétence sur les matières religieuses est partagée¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 818.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 822

¹⁶² *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RSC 295 [**Big M**].

¹⁶³ *Ibid.*, p. 354.

¹⁶⁴ Voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, 1986 CanLII 12 (CSC), [1986] 2 RCS 713 [**Edwards Books**], p. 750; Jugement, par. 383, A.C., vol. 1, pp. 78-79.

170. Ceci fait en sorte qu'outre les matières qui tombent sous l'article 93, la pratique religieuse peut être réglementée par les deux paliers de gouvernement, pour autant que chacun le fasse pour un motif qui relève de sa propre compétence.

171. À cet égard, l'accent du juge Dickson sur l'objectif moral de la *Loi sur le dimanche* est clé, et le contraste entre la conclusion de la Cour dans *Big M* et sa décision dans l'affaire *Edwards Books* est instructif.

172. Dans *Edwards Books*, la Cour examinait la validité, en vertu des articles 91 et 92 de la LC 1867, de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. L'un des appellants avait suggéré à la Cour que *Big M* disposait entièrement de la question : puisque la loi imposait de jours fériés les dimanches, elle visait nécessairement le contrôle des pratiques religieuses et devait donc être déclarée *ultra vires* de la province qui l'avait adoptée.

173. La Cour était en désaccord. Écrivant pour la majorité, le Juge en chef Dickson a précisé que la loi en question reflétait un intérêt valide provincial, soit la protection des « « droits civils » des employés de bénéficier d'un jour commun de repos et de loisir »¹⁶⁵. Contrairement à l'objectif dominant de la *Loi sur le dimanche* – que la Cour dans *Big M* a caractérisé comme étant manifestement un objet moral et religieux¹⁶⁶ – l'objectif principal de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* n'avait rien à voir avec la religion ou la moralité. La loi a donc été jugée *intra vires* de la compétence de la province qui l'avait adoptée.

174. Par ailleurs, dans un tout autre contexte, la même logique a mené la Cour à trancher dans l'affaire *Morgentaler* de 1993 qu'une législation qui interdisait aux cliniques d'effectuer des avortements était une loi criminelle et donc *ultra vires* du pouvoir législatif de la Nouvelle-Écosse. La Cour a conclu ainsi malgré le fait que la loi réglementait une procédure médicale (que la province pouvait, à priori, réglementer en vertu de sa compétence relativement à la santé locale), et ce, parce que selon la Cour, l'interdiction en question visait principalement « à supprimer le mal ou fléau public appréhendé que représentaient les cliniques d'avortement »¹⁶⁷ :

¹⁶⁵ *Edwards Books*, p. 741.

¹⁶⁶ *Big M*, p. 331.

¹⁶⁷ *Morgentaler* (1993), pp. 513-514.

L'objet premier des textes était d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital parce que cela constituait un acte socialement indésirable, et toute préoccupation à l'égard de la santé et de la sécurité des femmes enceintes ou à l'égard de la politique de la santé, des hôpitaux ou de la réglementation de la profession médicale n'était qu'accessoire.

[...]

[...] je trouve peu convaincant l'argument selon lequel les textes législatifs en l'espèce sont solidement ancrés aux par. 92(7), (13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ni la teneur des textes ni la suite des faits qui a conduit à leur adoption ne me persuadent qu'ils visent à protéger l'intégrité du système de santé de la Nouvelle-Écosse en empêchant l'instauration d'un système à deux niveaux, à assurer la prestation de soins de qualité supérieure ou à rationaliser la fourniture des services médicaux afin d'éviter qu'ils fassent double emploi et de réduire les dépenses publiques au chapitre des soins de santé. De tels objectifs sont nettement accessoires à la caractéristique centrale des textes, savoir l'interdiction de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital, acte tenu pour socialement indésirable et possible de sanctions.

[Nos soulignements]

175. En somme, ces décisions révèlent que depuis des décennies, l'objectif principal pour lequel une loi a été promulguée était déterminant du champ de compétence dont cette loi relevait – tant pour les lois contrôlant l'expression ou la pratique religieuse que pour celles régissant d'autres activités. Le *Renvoi sur la Loi sur la non-discrimination génétique* confirme que cela demeure le cas aujourd'hui.

176. En conséquence, l'analyse que cette Cour doit entreprendre est en parallèle avec l'analyse entreprise par le juge Dickson dans *Big M*.

177. À cet égard, il suffit que cette Cour remplace le mot « laïcité » par le mot « catholicisme » dans le contexte de la Loi 21. Si la Loi 21 énonçait que le catholicisme est une « valeur fondamentale de la société québécoise » et si l'article 6, plutôt que d'interdire le port de symboles religieux, imposait le port d'une croix, il n'y aurait pas le moindre doute que la Loi 21 visait à réglementer la pratique religieuse d'une perspective morale ou axée sur la protection de valeurs sociales fondamentales.

178. L'interdiction de pratiques religieuses au nom de la laïcité doit être traitée de la même façon. Comme l'explique le Juge, « [i]ci, il ne s'agit pas, comme dans l'affaire

d'*Edwards Books*, de mettre en œuvre, dans un but strictement d'ordre laïque, un avantage ou une protection à certains individus »¹⁶⁸. Pour lui¹⁶⁹ :

Il ne fait aucun doute que l'objet de la Loi 21 vise un objet religieux, en l'occurrence non seulement l'effacement dans un certain espace public de la religion, mais également, entre autres, l'interdiction dans certaines situations pour l'État de contracter avec un juriste qui porte un signe religieux. Le fait que la Loi 21 s'affiche comme une loi portant sur la laïcité et disant vouloir en faire une des bases de la société québécoise n'y change rien, car toutes ses dispositions pertinentes à cet égard requièrent l'exclusion du port d'un signe religieux.

[Nos soulignements]

179. En d'autres mots, il n'est pas crédible de distinguer la façon dont le gouvernement utilise la laïcité pour justifier le contrôle religieux en l'espèce de la manière dont le catholicisme était le fondement de la moralité publique sous-tendant l'adoption de la *Loi sur le dimanche*. Un objectif « religieux » et un objectif « antireligieux »; rendre obligatoire l'observance religieuse ou l'interdire : il s'agit de deux côtés d'une même médaille, ce que le Juge a par ailleurs reconnu¹⁷⁰.

180. Ces deux côtés représentent dans tous les cas une contrainte gouvernementale imposée afin de protéger une vision particulière de la moralité ou une valeur sociale. C'est donc à bon droit que le Juge en a conclu qu' « il s'agit d'une loi qui traite de moralité publique »¹⁷¹ – c'est-à-dire, une loi qui comporte un objectif de droit criminel.

181. Conjuguée avec les interdictions imposées par les articles 6 et 8 ainsi que les sanctions potentielles advenant leur non-respect, la présence de cet objectif de droit criminel est déterminante quant à la classification des dispositions attaquées. Elles ne peuvent relever que de la compétence du Parlement en matière de droit criminel en vertu du paragraphe 91(27) de la LC 1867.

¹⁶⁸ Jugement, par. 338, **A.C., vol. 1, p. 68.**

¹⁶⁹ Jugement, par. 367, **A.C., vol. 1, p. 74.**

¹⁷⁰ Jugement, par. 369, **A.C., vol. 1, p. 74.**

¹⁷¹ Jugement, par. 382, **A.C., vol. 1, p. 78.**

(iii) Impossibilité de classer les articles 6 et 8 dans un champ de compétence provinciale (*Moyen d'appel n° 3.2 selon la Schématisation*)

182. Avec égard, la conclusion du Juge quant à la classification des dispositions contestées comporte une contradiction inhérente.

183. Le Juge a conclu que les articles 6 et 8 relèvent du paragraphe 92(16) de la LC 1867, la compétence provinciale pour les matières purement locales¹⁷², et ce, malgré sa détermination à l'effet que ces dispositions « s'avèrent relever de la nature de dispositions traitant de la religion dans une perspective se rattachant traditionnellement au droit criminel »¹⁷³ parce qu'elles comportent un objectif de droit criminel.

184. Or, dans la mesure où cet objectif est la considération principale dans l'établissement du caractère véritable des articles 6 et 8, et leur caractère véritable est donc (comme le Juge l'a reconnu) à la fois restrictif et religieux/moral/basé sur des valeurs fondamentales, il devient impossible de classer ces dispositions au sein de quelque compétence provinciale: la jurisprudence est claire à l'effet que les provinces n'ont pas la compétence pour adopter des lois qui comportent une telle caractéristique principale¹⁷⁴. Il n'y a tout simplement aucun lien entre le caractère véritable des dispositions et quelque champ de compétence provincial que ce soit.

185. En conséquence, il n'y a aucune raison de classer ces dispositions sous l'égide du paragraphe 92(16). Le seul fait que les effets d'une loi s'arrêtent aux frontières provinciales ne fait pas en sorte que cette loi traite nécessairement de matières purement locales. Il faut toujours établir que l'objet dominant de la loi est purement local, ce qui n'est pas le cas des dispositions contestées.

186. Ainsi, en concluant que les articles 6 et 8 relèvent du paragraphe 92(16) sans tenir compte de leur caractère véritable, le Juge a traité la compétence provinciale sur les matières de nature purement locale ou privée comme étant un champ de compétence résiduaire. Il s'agit là d'une autre erreur de droit.

¹⁷² Jugement, par. 435, **A.C., vol. 1, p. 90**.

¹⁷³ Jugement, par. 417, **A.C., vol. 1, p. 87**.

¹⁷⁴ Voir par ex. *Morgentaler* (1993) et *Edwards Books*; contre *Siemens*, par. 30-31.

187. D'emblée, dans les (probablement très rares) cas où une loi ne révèle aucun objectif provincial, mais ne peut, en même temps, être autrement classée à l'intérieur d'un champ de compétence fédérale spécifique, il doit être possible d'assigner à l'un des paliers de gouvernement le pouvoir d'adopter celle-ci. Les champs de compétences fédérales et provinciales énoncés aux articles 91 et 92 étant exhaustifs¹⁷⁵, « il n'existe essentiellement aucun sujet à l'égard duquel une loi ne puisse être édictée »¹⁷⁶. Cela implique en soi que l'un des paliers du gouvernement doive ultimement détenir un pouvoir résiduaire pour cette fin.

188. Mais contrairement à ce que semble conclure le Juge, le préambule de l'article 91 de la LC 1867 indique clairement que c'est le Parlement et non pas le législateur provincial qui jouit ultimement d'une compétence résiduaire en matière de partage des compétences (le « **pouvoir POGG** ») :

Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces [...]

[Nos soulignements]

189. À cet égard, la Cour suprême n'a jamais réfuté la théorie selon laquelle le pouvoir liminaire du Parlement est résiduaire, dans le sens que « toutes les matières « ne tombant pas dans » celles assignées au fédéral et aux législatures provinciales relèvent de la compétence fédérale »¹⁷⁷. Bien au contraire, une majorité de la Cour a récemment refusé de se distancier d'une telle conception du pouvoir POGG.

190. Dans les *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, le juge Rowe – tout en reconnaissant que « la disposition résiduelle fédérale

¹⁷⁵ *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, par. 72; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 34.

¹⁷⁶ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 34.

¹⁷⁷ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 [**Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre**], par. 492 (le juge Rowe, dissident mais pas sur ce point, citant le professeur Hogg à la rubrique 17.1).

est habituellement considérée comme le seul pouvoir résiduel »¹⁷⁸ – suggère néanmoins que des termes liminaires de l'article 91 et du paragraphe 92(16) « établissent une « structure parallèle de résidus fédéraux et provinciaux complémentaires »¹⁷⁹. Or, le juge Rowe est dissident dans cette affaire et il n'y a aucun indice que les juges de la majorité soutiennent une telle interprétation de la relation entre ces deux champs de compétence.

191. Par ailleurs, la jurisprudence contient certains indices qu'une loi semblable à celle de l'espèce peut s'inscrire dans le cadre du pouvoir POGG. Dans *Saumur*, le juge Estey discute du *Freedom of Worship Act* de 1851 (S. of C. 14-15 Vict., Ch. 175), qui garantissait aux résidents du Québec « *the free exercise and enjoyment of religious profession and worship, without discrimination or preference* ». Il en conclut ainsi¹⁸⁰ :

It will also be observed that in the declaration of this right in the Act of 1851 no penalty is provided for infraction thereof. That would indicate that such was left to the field of criminal law where, in principle, it would seem to belong. The right of the free exercise and enjoyment of religious profession and worship, is a personal, sacred right for which, history records, men have striven and fought. Wherever attained they have resisted restrictions and limitations thereon in every possible manner. In one sense it may be styled a civil right, but it does not follow that it would be included within the phrase "Property and Civil Rights in the Province" within "the meaning of s. 92(13) of the B.N.A. Act. On the contrary it would rather seem that such a right should be included among those upon which the Parliament of Canada might legislate for the preservation of peace, order and good government.

[Nos soulignements]

192. À cet égard, il importe de souligner que le Juge a constaté à plusieurs reprises que les articles 6 et 8 s'inscrivent dans le cadre d'une législation visant à promouvoir la paix et l'ordre social. Grâce à son examen minutieux des éléments de preuve démontrant l'évolution historique de lois qui traitent des droits religieux¹⁸¹, il a conclu que « la régulation de l'exercice de la religion participe au maintien de la paix et de l'ordre dans notre société »¹⁸². Il s'agit là d'un autre indice que, si ces dispositions ne peuvent être

¹⁷⁸ *Ibid.*, citant le professeur Hogg à la rubrique 17.1.

¹⁷⁹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, par. 492, citant Leclair (2005), p. 355.

¹⁸⁰ *Saumur*, p. 359.

¹⁸¹ Jugement, par. 396-415, A.C., vol. 1, pp. 81-87.

¹⁸² Jugement, par. 403, A.C., vol. 1, p. 82.

classées dans aucun autre champ de compétence fédérale ou provinciale, c'est uniquement le Parlement qui pourrait les adopter en vertu de son pouvoir résiduaire qui traite justement de ce genre de sujets.

193. Ainsi, au stade de la classification des articles 6 et 8, l'analyse ne peut pas s'arrêter à une détermination voulant que ces dispositions ne tombent pas à l'intérieur du paragraphe 91(27) en raison de l'absence d'un des éléments formels d'une loi criminelle. Même si le Juge avait raison de conclure ainsi, ce qui est nié, il ne pouvait ignorer que ces articles incluent un objet incompatible avec toute compétence provinciale. Il aurait dû tenter de les classer dans un autre domaine de compétence fédérale, qui comprend la compétence résiduaire du Parlement.

194. Si cette Cour entreprend un tel exercice, elle devrait conclure que les articles 6 et 8 sont *ultra vires* la compétence législative du Québec.

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS

Si le présent pourvoi est accueilli, les appellants demandent à cette Cour de leur octroyer les frais de justice tant en première instance qu'en appel. Si le pourvoi devait plutôt être rejeté, elles demandent qu'aucuns frais ne soient octroyés à leur encontre en appel et que la conclusion du premier juge au même effet soit confirmée en ce qui concerne les frais en première instance. C'est à juste titre que le juge du procès a fait exception au principe général suivant lequel la partie perdante supporte les frais de justice, en raison notamment de la nature fondamentale des questions soulevées et de l'intérêt public servi par le débat entrepris¹⁸³. Les mêmes motifs s'appliquent aussi au présent pourvoi.

En conséquence de ce qui précède, les appellants demandent respectueusement à cette Cour de :

¹⁸³ Jugement, par. 1124 et 1135-1136, A.C., vol. 1, p. 236 et 237-237.

ACCUEILLIR l'appel dans le dossier de la Cour supérieure n° 500-17-108353-197 (dossier de la Cour d'appel n° 500-09-029546-215);

INFIRMER le paragraphe 1133 des conclusions du Jugement de première instance;

DÉCLARER les articles 6 et 8 de la *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ c. L-0.3, invalides et inopérants en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U.);

CONDAMNER la partie intimée aux frais de justice tant en première instance qu'en appel.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 2 décembre 2021



IMK s.e.n.c.r.l.
(M^e David Grossman)
(M^e Olga Redko)
Avocats des appelaents

PARTIE V – LES SOURCES**Jurisprudence****Paragraphe(s)**

<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> , 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 RCS 217 10, 17, 18, 19, 20, 66, 67, 69, 70
<i>Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)</i> , 2021 CSC 34 10, 15, 20, 26, 28, 32, 49, 50, 62
<i>Renvoi relatif à la réforme du Sénat</i> , 2014 CSC 32 12, 17, 19, 21, 23, 24, 34
<i>Motard c. Procureur général du Canada</i> , 2019 QCCA 1826 12, 17
<i>Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO</i> , 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2 17, 45, 47
<i>Alberta (Procureur général) c. Moloney</i> , 2015 CSC 51 26
<i>Hunt c. T&N plc</i> , 1993 CanLII 43 (CSC), [1993] 4 RCS 289 26
<i>In Re Storgoff</i> , 1945 CanLII 17 (SCC), [1945] SCR 52 38
<i>Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)</i> , 2018 CSC 40 38
<i>Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard</i> , 1997 CanLII 317 (CSC), [1997] 3 RCS 3 38, 44, 45, 47, 48
<i>Ell c. Alberta</i> , 2003 CSC 35 44
<i>Saumur v. City of Québec</i> , [1953] 2 SCR 299 47, 60, 61, 165, 166, 191
<i>Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act</i> , 1938 CanLII 1 (SCC), [1938] SCR 100 48

Argumentation des appellants	Les sources
<u>Jurisprudence (suite)</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Switzman v. Elbling and A.G. of Quebec</i> , [1957] SCR 285 48
<i>Dupond c. Ville de Montréal et autre</i> , 1978 CanLII 201 (CSC), [1978] 2 RCS 770 62
<i>Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)</i> , 2015 CSC 16 68,72,76,89,111
<i>R. c. Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 RSC 295 68,168,171,172, 173,176
<i>Chaput v. Romain</i> , [1955] S.C.R. 834 72
<i>Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , 1999 CanLII 687 (CSC), [1999] 2 RCS 203 76,123
<i>Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)</i> , 2012 CSC 61 80
<i>Syndicat Northcrest c. Amselem</i> , 2004 CSC 47 81
<i>Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique</i> , 2020 CSC 17 102,103,104,105,116, 129,155,156,162,175
<i>General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing</i> , 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641 103
<i>Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée</i> , 2010 CSC 61 104,138,143,156
<i>R. c. Morgentaler</i> , 1993 CanLII 74 (CSC), [1993] 3 RCS 463 104,174,184
<i>Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)</i> , 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 RCS 3 104
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)</i> , 2000 CSC 31 105
<i>Siemens c. Manitoba (Procureur général)</i> , 2003 CSC 3 138,139,140,142,184

Argumentation des appellants	Les sources
<u>Jurisprudence (suite)</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act, [1949] SCR 1</i> 136,154,155,156
<i>RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), 1995 CanLII 64 (CSC), [1995] 3 RCS 199</i> 143
<i>Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada, 1979 CanLII 190 (CSC), [1980] 1 RCS 914</i> 156
<i>Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal, 1955 CanLII 69 (SCC), [1955] SCR 799</i> 166,167,168
<i>R. c. Edwards Books and Art Ltd., 1986 CanLII 12 (CSC), [1986] 2 RCS 713</i> 169,171,172,173, 178,184
<i>R. c. Comeau, 2018 CSC 15</i> 187
<i>Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79</i> 187
<i>Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11</i> 189,190
 <u>Doctrine</u>	
Diefenbaker, John, « A Half-Century Encounter with Civil Liberties » (1973) 5-2 Manitoba Law Journal 255 38
Gibson, Dale, « Tort Law and the Charter of Rights », (1986) 16-1 Manitoba Law Journal 1 40
Québec, Assemblée nationale du Québec, <i>Encyclopédie du parlementarisme québécois, « Serment du test »</i> , Québec, Publication du Québec, 2014 60
Dictionnaire de français Larousse <i>sub verbo « sanction »</i> 141

Attestation

ATTESTATION

Nous soussignés, IMK s.e.n.c.r.l., attestons que le présent mémoire est conforme au *Règlement de procédure civile de la Cour d'appel* et que nous n'avons pas à notre disposition de dépositions dont nous aurions fait transcrire l'enregistrement ou traduire les notes sténographiques.

Montréal, le 2 décembre 2021



IMK s.e.n.c.r.l.
(M^e David Grossman)
(M^e Olga Redko)
Avocats des appelaents