SCC File No.: ____

IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUÉBEC)

B E T W E E N:

ICHRAK NOUREL HAK, NATIONAL COUNCIL OF CANADIAN MUSLIMS (NCCM) and CORPORATION OF THE CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
APPLICANTS
(Appellants/Respondents)

– and –

ATTORNEY GENERAL OF QUÉBEC,
RESPONDENT
(Respondent/Appellant)

**style of cause continued on p. ii*

APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL OF THE APPLICANTS, ICHRAK NOUREL HAK, NATIONAL COUNCIL OF CANADIAN MUSLIMS (NCCM) and CORPORATION OF THE CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
VOLUME III of III

(Pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26
and Rule 25 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, S.O.R./2002-156)

IMK s.e.n.c.r.l./LLP
Alexis Nihon Square, Tower 2
1400 - 3500 Maisonneuve Boulevard West
Montréal, QC H3Z 3C1

David Grossman
Olga Redko
Marie-Hélène Lyonnais
Tel: 514-935-4460
Fax: 514-935-2999
Email: dgrossman@imk.ca
oredko@imk.ca
mhlyonnais@imk.ca

Counsel for the Applicants,
Ichrak Nourel Hak, National Council of Canadian Muslims (NCCM) and Corporation of the Canadian Civil Liberties Association (Canadian Civil Liberties Association)

JURISTES POWER LAW
50 O'Connor Street
Suite 1313
Ottawa, Ontario K1P 6L2

Maxine Vincelette

Tel: 613-702-5573
Email : mvincelette@powerlaw.ca

Ottawa Agent for the Applicants,
Ichrak Nourel Hak, National Council of Canadian Muslims (NCCM) and Corporation of the Canadian Civil Liberties Association (Canadian Civil Liberties Association)

**style of cause continued from p. i*

– and –

JEAN-FRANÇOIS ROBERGE, in his official capacity,
SIMON JOLIN-BARRETTE, in his official capacity

RESPONDENTS
(Appellants)

– and –

FRANÇOIS PARADIS, in his official capacity

RESPONDENT
(Intervener)

– and –

MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS,
POUR LES DROITS DES FEMMES DU QUÉBEC

RESPONDENTS
(Impleaded Parties)

– and –

ENGLISH MONTREAL SCHOOL BOARD,
MUBEENAH MUGHAL and PIETRO MERCURI

INTERVENER
(Respondents /Incidental Appellants)

– and –

QUEBEC COMMUNITY GROUPS NETWORK

INTERVENER
(Impleaded Party /Incidental Appellant)

– and –

FÉDÉRATION AUTONOME DE L'ENSEIGNEMENT,
ANDRÉA LAUZON, HAKIMA DADOUCHE, BOUCHERA CHELBI,
LEGAL COMMITTEE OF THE COALITION INCLUSION QUÉBEC

INTERVENERS
(Respondents/Incidental Impleaded Parties)

– and –

CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, THE LORD READING LAW SOCIETY, WORLD SIKH ORGANIZATION OF CANADA, AMRIT KAUR, AMNISTIE INTERNATIONALE, SECTION CANADA FRANCOPHONE, PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (PSAC), CHRISTIAN LEGAL FELLOWSHIP

INTERVENERS
(Impleaded Parties)

– and –

QUEBEC ENGLISH SCHOOL BOARDS ASSOCIATION, FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND

INTERVENERS
(Interveners)

ORIGINAL TO: **Registrar**
Supreme Court of Canada
301 Wellington Street
Ottawa, ON K0A 0J1

COPY TO:

BERNARD, ROY (JUSTICE-QUÉBEC)
1 Notre-Dame Street East
Suite 8.00
Montréal, Québec H2Y 1B6
Isabelle Brunet
Samuel Chayer
Francis Demers
Manuel Klein
Amélie Pelletier Desrosiers
Fiona Émond

Tel.: 514-393-2336
isabelle.brunet@justice.gouv.qc.ca
samuel.chayer@justice.gouv.qc.ca
francis.demers@justice.gouv.qc.ca
manuel.klein@justice.gouv.qc.ca
amelie.pelletier-desrosiers@justice.gouv.qc.ca
fiona.emond@justice.gouv.qc.ca
bernardroy@justice.gouv.qc.ca

Counsel for the Respondents, Attorney General of Québec, Jean-François Roberge, in his official capacity, and Simon Jolin-Barrette, in his official capacity

FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP
800 Square-Victoria Street
Suite 3500
Montréal, Québec H4Z 1E9

Christian Trépanier
Maxime-Arnaud Keable
Tel.: 514-397-7400
ctrepanier@fasken.com
mkeable@fasken.com

Counsel for the Respondent, François Paradis, in his capacity as President of the National Assembly of Québec

ALARIE LEGAULT, LAW OFFICE
800 Square-Victoria Street
Suite 720
Montréal, Québec H4Z 1A1

Luc Alarie
Guillaume Rousseau
Tel.: 514-617-5821
lucalarie@alarielegault.ca
guillaume.rousseau@usherbrooke.ca

Counsel for the Respondent, Mouvement laïque québécois

JURISTES POWER LAW
460 Saint-Gabriel Street
4th Floor
Montréal, Québec H2Y 2Z9

Mark C. Power
Perri Ravon
Jennifer Klinck
Juliette Vani

Counsel for English Montreal School Board et al.

JURISTES POWER LAW
50 O'Connor Street
Suite 1313
Ottawa, Ontario K1P 6L2

Darius Bossé

Tel & Fax : 613-702-5566
Email : dbosse@powerlaw.ca
cetter@powerlaw.ca

Ottawa Agent for English Montreal School Board et al.

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
1501 McGill College Avenue
24th Floor
Montréal, Québec H3A 3N9

Alexandra Belley-McKinnon
Tel.: 514-841-6456
abelleymckinnon@dwpv.com

ALEXEEV AVOCATS INC.
2000 McGill College Avenue
Suite 600
Montréal, Québec H3A 3H3

Molly Krishtalka
Tel.: 514-545-7057
mkrishtalka@alexeevco.com

Jérémy Boulanger-Bonnelly
4445 Lasalle Boulevard
Verdun, Québec H4G 2B3

Tel.: 438-828-0480
jeremy.boulanger-bonnelly@mcgill.ca

Counsel for Andréa Lauzon, Hakima Dadouche, Bouchera Chelbi and Comité juridique de la Coalition Inclusion Québec

GATTUSO BOUCHARD MAZZONE LLP
1010 Sherbrooke Street West
Suite 2200
Montréal, Québec H3A 2R7

Frédéric Bérard
Tel.: 514-284-2322
fberard@gattusogbm.com

Counsel for Fédération autonome de l'enseignement

GREY CASGRAIN s.e.n.c.
4920 Maisonneuve West Boulevard
Suite 305
Westmount, Québec H3Z 1N1

Julius Grey, Ad. E.
Geneviève Grey
Fiona Sageau
Tel.: 514-288-6180
jhgrey@greycasgrain.net
ggrey@greycasgrain.net
fsageau@greycasgrain.net
fsageau@gmail.com

Counsel for Quebec Community Groups Network and Canadian Human Rights Commission

BERGMAN & ASSOCIATES LAWYERS
4 Westmount Square
Suite 150
Westmount, Québec H3Z 2P9

Michael N. Bergman
Theodore Goloff
Tel.: 514-842-9994
mnb@bergmanlawyers.com
tgoloff@bergmanlawyers.com
tgoloff@hotmail.com

Counsel for Lord Reading Society

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
1501 McGill College Avenue
26th Floor
Montréal, Québec H3A 3N9

Léon H. Moubayed
Faiz M. Lalani
Tel.: 514-841-6461
lmoubayed@dwpv.com
flalani@dwpv.com

Counsel for World Sikh Organization of Canada and Amrit Kaur

Christiane Pelchat
375 Joliette Street
#204
Longueuil, Québec J4K 0C1

Tel.: 438-341-2828
christiane.pelchat@gmail.com

Counsel for Pour les droits des femmes du Québec – PDF Québec

LANGLOIS AVOCATS LLP
1250 René-Lévesque West Boulevard
20th floor
Montréal, Québec H3B 4W8

Sean Griffin
Lana Rackovic
Fady Toban
Geneviève Claveau
Tel.: 514-294-7506
sean.griffin@langlois.ca
lana.rackovic@langlois.ca
fady.toban@langlois.ca
genevieve.claveau@langlois.ca

Counsel for Fédération des femmes du Québec and Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes

CONWAY BAXTER WILSON
411 Roosevelt Avenue
Suite 400
Ottawa, Ontario K2A 3X9

Marion Sandilands
Tel.: 613-688-0271
msandilands@conwaylitigation.ca

DIONNE SCHULZE s.e.n.c.
507 Place d'Armes
Suite 502
Montréal, Québec H2Y 2W8

Nicholas Dodd
Tel.: 514-842-0748
ndodd@dionneschulze.ca

Counsel for Quebec English School Boards Association

MELANÇON, MARCEAU, GRENIER COHEN
1717 René-Lévesque East Boulevard
Suite 300
Montréal, Québec H2L 4T3

Marie-Claude St-Amant
Sibel Ataogul
Tel.: 514-525-3414, ex 330 ex 316
mcstamant@mmgc.quebec sataogul@mmgc.quebec

Counsel for Public Service Alliance of Canada (PSAC) and Amnistie Internationale (Canada Francophone)

Robert E. Reynolds
1980 Sherbrooke West Street
Suite 700
Montréal, Québec H3H 1E8

Tel.: 514-907-3231
rreynoldslaw@gmail.com

Counsel for Christian Legal Fellowship

TABLE OF CONTENTS

Tab	Document	Page
	VOLUME I	
1.	**Notice of Application for leave to appeal**	1
2.	**Judgments from the court below**	12
A.	Judgment of the Superior Court of Québec dated April 20, 2021 (French only) pp 1 to 190 Nos. 500-17-108353-197, 500-17-109731-193, 500-17-109983-190, 500-17-107204-193 *Hak c Procureur général du Québec,* 2021 QCCS 1466	12
	VOLUME II	
A.	Judgment of the Superior Court of Québec dated April 20, 2021 (French only) pp 191 to 240 (continuation) Nos. 500-17-108353-197, 500-17-109731-193, 500-17-109983-190, 500-17-107204-193 *Hak c Procureur général du Québec,* 2021 QCCS 1466	1
B.	Decision of the Court of Appeal of Québec dated February 29, 2024 (Signed French version) pp 1 to 150 Nos. 500-09-029537-214, 500-09-029539-210, 500-09-029541-216, 500-09-029544-210, 500-09-029545-217, 500-09-029546-215, 500-09-029549-219, 500-09-029550-217 *Organisation mondiale sikhe du Canada c Procureur général du Québec,* 2024 QCCA 254	51
	VOLUME III	
B.	Decision of the Court of Appeal of Québec dated February 29, 2024 (Signed French version) pp 151 to 300 (continuation) Nos. 500-09-029537-214, 500-09-029539-210, 500-09-029541-216, 500-09-029544-210, 500-09-029545-217, 500-09-029546-215, 500-09-029549-219, 500-09-029550-217 *Organisation mondiale sikhe du Canada c Procureur général du Québec,* 2024 QCCA 254	1

Tab	Document	Page
VOLUME III		
3.	**Memorandum of Argument**	151
	PART I – Overview and Statement of Facts	151
	1. Overview of Issues of Public Importance	151
	2. Facts	152
	3. Judgments Below	153
	A. Superior Court, 2021 QCCS 1466 (Blanchard, J.S.C.)	153
	B. Court of Appeal, 2024 QCCA (Savard, Morissette, Bich, JJ.A.)	153
	PART II – Question in Issue	154
	PART III – Argument	155
	1. The Architecture Argument	155
	A. Introduction	155
	B. The Nature of Constitutional Architecture and the Notwithstanding Clause	156
	C. Constitutional Architecture, the Written Constitution and *Toronto*	158
	D. Participation in Public Institutions	160
	E. Conclusion	161
	2. The Federalism Argument	162
	A. Introduction	162
	B. The Centrality of "Purpose" for the Criminal Law Power	163
	C. The Need for Guidance Concerning "Morality" and "Fundamental Values" Legislation	165
	D. The Analyses of the Courts Below Illustrate the Need for Guidance	168

Tab	Document	Page
	E. Conclusion	170
	PART IV – Submissions as to Costs	170
	PART V – Order Sought	170
	PART VI – Table of Authorities	171
	PART VII – Statutes, Legislation, Rules, etc	173
4.	**Other relevant document**	
	None	

> au gouvernement d'essayer de justifier la loi en vertu de l'article premier de la *Charte*.
>
> fully entitled to try to justify the legislation under s. 1 of the *Charter*.[369]

[Soulignements ajoutés]

[340] Les mots sont sans équivoque : par l'usage de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, le législateur soustrait la loi au contrôle judiciaire (*insulates legislation from judicial review*) – et l'on comprend qu'il s'agit ici du contrôle judiciaire de la conformité de la loi avec les dispositions auxquelles il est ainsi dérogé.

[341] L'arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*[370] va dans le même sens. La juge L'Heureux-Dubé y écrit que :

> Par ailleurs, le quatrième alinéa du par. 22*e*) *LDCC* faisait, à l'époque où les infractions ont été commises, l'objet d'une dérogation à l'art. 8 de la *Charte*, adoptée conformément à son art. 33. En effet, ce quatrième alinéa a été introduit dans la *LDCC* par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière de relations du travail*, L.Q. 1984, ch. 45, dont l'art. 35 prévoyait expressément la dérogation aux art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. La validité d'une telle dérogation ne fait aucun doute, puisqu'elle a été reconnue par notre Cour (*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 741 et 742 (*per curiam*)). Par conséquent, même si les intimés soutiennent que le quatrième alinéa du par. 22*e*) viole l'art. 8 de la *Charte*, la Cour n'a pas à aborder cette question, étant donné la dérogation constitutionnellement valide. Cependant, la validité de ce quatrième alinéa au regard de l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise devra être examinée.
>
> [ENGLISH VERSION] Additionally, at the time the offences were committed the fourth paragraph of s. 22(*e*) *ACAD* was the subject of an exception to s. 8 of the *Charter*, adopted in accordance with its s. 33. This fourth paragraph was inserted in the *ACAD* by the *Act to amend Various Legislation respecting Labour Relations*, S.Q. 1984, c. 45, s. 35 of which expressly provided for an exception to ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*. There is no doubt as to the validity of such an exception, since it has been recognized by this Court (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 741-42 (*per curiam*)). Accordingly, although the respondents argued that the fourth paragraph of s. 22(*e*) is in breach of s. 8 of the *Charter*, the Court does not have to consider this point in view of the constitutionally valid exception. However, the validity of this fourth paragraph in light of s. 24.1 of the

---

369 *R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 926.
370 [1994] 2 R.C.S. 406 [« *Potash* »].

> Quebec *Charter* will have to be considered.[371]
>
> [Soulignements ajoutés]

[342] Notons que l'on trouve des mentions semblables même dans des motifs minoritaires (dissidents ou concordants), ce qui tend à démontrer une unanimité à cet égard[372].

[343] Enfin, dans *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*[373], le juge Rowe, auteur de motifs concordants sur le résultat, écrit que :

> [199] [VERSION FRANÇAISE] La *Loi constitutionnelle de 1982* confère aux droits et libertés garantis par la *Charte* la primauté sur le plan normatif. Par l'effet de l'article premier, toute limite à ces garanties est présumée inconstitutionnelle. Cela signifie qu'une atteinte à un droit est valide *uniquement* si la limite respecte les exigences de l'article premier (ou, dans certains cas, si l'État invoque l'art. 33 de la *Charte*, la disposition autorisant les dérogations). Il s'agit là des *seules* possibilités : soit l'État justifie l'atteinte, soit il la soustrait au
>
> [199] The *Constitution Act, 1982* gives normative primacy to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. By virtue of s. 1, any limit on these guarantees is presumptively unconstitutional. This means that rights infringements can stand *only* if the limit complies with the requirements of s. 1 (or, in some cases, if the government invokes the override provision in s. 33 of the *Charter*). These are the *only* options: the government either justifies the infringement, exempts the infringement from constitutional

---

371 *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, p. 435-436.
Cet arrêt compte deux séries de motifs majoritaires, la première sous la plume du juge La Forest (appuyé par le j. en chef Lamer et les j. Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci), la seconde sous celle de la juge L'Heureux-Dubé (appuyée par les j. Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major). Quoique le juge La Forest règle l'issue du pourvoi de la même manière que sa collègue, il rédige ses propres motifs, qui ne traitent que du second alinéa du par. 22*e*) de la loi contestée, la *Loi sur les décrets de convention collective* (à l'époque : L.R.Q., c. D-2). De son côté, comme on le voit de l'extrait ci-dessus, la juge L'Heureux-Dubé aborde également le quatrième alinéa du par. 22*e*) de ladite loi.

372 Par exemple, dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, le juge LeBel (dissident, avec l'appui du juge Fish) rappelle que « [VERSION FRANÇAISE] [d]ans le contexte des valeurs de la société démocratique du Canada, les tribunaux se sont vu confier la responsabilité de trancher les conflits entre les autorités publiques et les citoyens, sous réserve de la disposition de dérogation ou d'exemption de l'art. 33 de la *Charte* / [*i*]*n the context of the values of the democratic society of Canada, courts were assigned the responsibility of final adjudication in the case of conflicts between public authorities and citizens, subject to the derogation or notwithstanding clause in s. 33 of the* Charter » (par. 184) [soulignements ajoutés]. Vu le cadre général des propos du juge LeBel, on doit comprendre de cette phrase que, à son avis, les tribunaux n'ont pas cette mission lorsque le législateur a usé de l'art. 33 (c.-à-d. qu'ils n'ont pas à statuer sur la conformité de la loi avec les dispositions de la *Charte canadienne* auxquelles le législateur a dérogé).

373 2018 CSC 32.

> contrôle de sa constitutionnalité, soit le tribunal remédie à l'atteinte.
>
> scrutiny, or the infringement is remedied by the court.
>
> [Soulignements ajoutés]

[344] La formulation des phrases ci-dessus, dans l'une et l'autre langues, ne laisse pas de doute sur le fait que, pour le juge Rowe, le recours à l'art. 33 de la *Charte canadienne* soustrait la loi contestée au contrôle constitutionnel, c'est-à-dire au contrôle judiciaire de sa constitutionnalité au regard des dispositions mentionnées dans la dérogation.

[345] Vingt ans plus tôt, c'est également ce que laissait entendre le juge Bastarache, au nom des juges majoritaires, dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*[374] :

> 79 [VERSION FRANÇAISE] J'estime nécessaire, en commençant l'analyse du droit de vote, d'établir une distinction entre les deux droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu dans le présent cas. Par exemple, il est significatif que l'art. 3 de la *Charte*, qui garantit le droit de vote des citoyens, ne puisse faire l'objet d'une dérogation fondée sur l'art. 33 de la *Charte*. Il s'ensuit que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent soustraire à un examen fondé sur la *Charte* une disposition législative qui viole l'art. 3 et dont la validité n'est pas sauvegardée par l'article premier. À l'opposé, il est possible, en vertu de l'art. 33, de déroger à l'al. 2*b*) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression. Même si ce pouvoir de dérogation est rarement invoqué, le fait que l'art. 3 soit soustrait à son application fait clairement de cette disposition un des éléments centraux de notre démocratie constitutionnelle.
>
> 79 I find it necessary, at the outset of my analysis on the right to vote, to distinguish between the two *Charter* rights at issue in the present case. It is significant, for instance, that s. 3 of the *Charter*, which guarantees the citizen's right to vote, is not subject to override under s. 33 of the *Charter*. This means that a statutory provision which violates s. 3, and is not saved by s. 1, cannot be insulated from *Charter* review by Parliament or a provincial legislature. By contrast, s. 2(*b*) of the *Charter*, which protects free expression, is subject to override under s. 33. Even though the override power is rarely invoked, the fact that s. 3 is immune from such power clearly places it at the heart of our constitutional democracy.
>
> [Soulignements ajoutés]

[346] Il découle de ces propos, *a contrario*, que l'usage de l'art. 33 permet au législateur de soustraire une loi à un « examen / *review* », forcément judiciaire, fondé sur les dispositions de la *Charte canadienne* auxquelles il a validement choisi de déroger.

---

[374] [1998] 1 R.C.S. 877 [« *Thomson Newspapers* »].

[347] On pourrait arguer que toutes les remarques qui précèdent (de *Hess; Nguyen* à *Thomson Newspapers*) relèvent de l'*obiter*, sauf dans l'affaire *Potash*, où elles appartiennent à la *ratio decidendi* des motifs de la juge L'Heureux-Dubé. Leur répétition et leur convergence ne sont cependant pas anodines dans un système juridique qui fait du contrôle judiciaire un pilier de notre démocratie constitutionnelle[375], et notre cour ne peut pas les ignorer.

[348] L'usage de l'art. 33 de la *Charte canadienne* ne fait donc pas que soustraire la loi en cause aux art. 2 ou 7 à 15 (et, implicitement, au par. 52(1) de la *LC 1982*), mais elle la soustrait également au contrôle judiciaire de sa constitutionnalité eu égard à ces dispositions (sauf, évidemment, en ce qui concerne les conditions mêmes du recours à l'art. 33, établies par l'arrêt *Ford*).

[349] La logique constitutionnelle commande une telle interprétation de l'art. 33 de la *Charte canadienne* : statuer autrement équivaudrait, comme l'écrit le juge de première instance, à faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement[376]. Il serait en effet contradictoire de permettre au législateur d'user de l'art. 33 pour échapper à l'emprise de l'un ou l'autre des art. 2 ou 7 à 15 de la *Charte canadienne* (y compris sous le rapport de l'art. 1) et aux effets du par. 52(1) de la *LC 1982*, tout en soumettant la loi à un contrôle judiciaire de sa conformité avec ces mêmes dispositions, comme si elle n'avait pas été soustraite à celles-ci. Ce serait là, d'une certaine façon, imposer une sorte de sanction à l'utilisation de l'art. 33 : le législateur serait libre de recourir à cet article et de déclarer que telle ou telle loi a effet indépendamment des art. 2 ou 7 à 15, mais, s'il le faisait, il devrait, en cas de contestation judiciaire, s'expliquer devant les tribunaux. Il devrait alors soit tenter de démontrer la conformité de sa loi à ces dispositions (faisant valoir l'absence d'atteinte ou le caractère justifié de celle-ci aux fins de l'art. 1 et, paradoxalement, l'inutilité du recours à l'art. 33), soit concéder l'atteinte ou l'absence de justification (expressément ou par défaut de se défendre), tout cela alors même que, vu l'art. 33, la validité et l'effectivité de la loi ne peuvent pas être remises en cause.

[350] Or, on ne peut pas d'un côté, comme le rappelle la Cour suprême, « permettre à des mesures législatives d'avoir effet "indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15" »[377] et permettre en même temps le contrôle judiciaire de leur conformité avec ces dispositions, c'est-à-dire de leur légalité au regard de celles-ci. Ce sont là deux propositions irréconciliables.

[351] En l'absence d'un tel contrôle constitutionnel, la justesse du choix politique et juridique que fait le législateur en recourant à l'art. 33 de la *Charte canadienne* est dès

---

375 Voir par ex. : *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, par. 111 (motifs majoritaires des j. Moldaver et Brown, avec l'accord du j. en chef Wagner et des j. Abella et Côté).

376 Jugement de première instance, par. 798 (reproduit au par. [313] *supra*).

377 *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 60 (motifs majoritaires du j. en chef Wagner et du j. Brown).

lors laissée aux citoyens et aux citoyennes, qui feront connaître leur point de vue par les outils de la démocratie parlementaire (par ex. : élections, pressions auprès de la députation, pétitions au législateur) et ceux que la Constitution met à la disposition de toute personne ou groupe pour faire connaître son opinion (on peut penser ici à l'exercice de la liberté d'expression ou de réunion pacifique, par ex.).

[352] Les par. (3) et (4) de l'art. 33 de la *Charte canadienne* (qui fixent respectivement un terme de cinq ans à la déclaration adoptée en vertu du par. (1), mais en autorisent le renouvellement) seraient-ils de nature à affecter cette conclusion? Adams et Bower font ainsi valoir que :

> Indeed, the mechanics of the sunset provision only make sense if courts retain a role in assessing and identifying, but not remedying, legislation that unjustifiably infringes one of the select *Charter* rights covered by section 33. A judicial finding that a law infringes a *Charter* right without justification and would have been invalid but for the invocation of the notwithstanding clause provides crucial information for both voters and governments alike as they contemplate their democratic choices during the five-year span that the notwithstanding clause operates. By the same token, a judicial finding that the legislation did *not*, in fact, need the protective shield of the clause since the law would not have infringed the *Charter*, will allow a government to let the sun set without having to pay the ongoing political cost for a deliberate infringement of *Charter* rights. Additionally, a judicial determination and the constitutional litigation surrounding it might inspire productive legislative alternatives for the legislature to consider that would fulfill its policy objectives without unjustifiably infringing rights. Similarly, a judicial interpretation of a rights infringement that would have otherwise invalidated the legislation but for the protective shield of the notwithstanding clause will bring the constitutional stakes at play into sharper relief and to broader public attention than the legislative process alone might afford. It will, through evidence, testimony, and legal argument inject the perspectives of the individuals and groups most directly impacted by the law into the constitutional debate. This may be especially the case, and will be particularly important, where the rights infringements are experienced and endured by a vulnerable minority. As the constitutional law of the notwithstanding clause takes further shape, it will be crucial for courts to see its richer rights protecting purposes when interpreting the application of its text. Such an approach to section 33 of the *Charter* fits within Canada's balanced constitutional arrangements more seamlessly than has often been assumed.[378]
>
> [Soulignements ajoutés]

---

[378] Eric M. Adams et Erin. R. J. Bower, « Notwithstanding History: The Rights-Protecting Purposes of Section 33 of the *Charter* », (2022) 26:2 *Rev. Constit. Studies* 121, p. 142-143 (cet article procède par ailleurs à une revue très soignée de l'historique politique de l'insertion de l'art. 33 dans la *Charte canadienne*).

[353] Cette thèse s'appuie en partie sur celle qu'avancent les auteurs Leckey et Mendelsohn dans un article appelant les cours supérieures à ne pas abdiquer leur fonction de contrôle constitutionnel même – et surtout – lorsque, en raison de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, elles ne peuvent prononcer une déclaration d'inopérabilité[379].

[354] Cette proposition fait d'une certaine manière écho aux propos de la Cour (et plus précisément du juge Jacques) dans l'arrêt *Alliance des professeurs de Montréal*[380], alors que, à d'autres fins[381], on évoquait la primauté du droit et la nécessité d'informer le public des droits dont il est potentiellement privé et de l'alerter afin qu'il puisse ainsi exercer en toute connaissance de son droit au libre débat citoyen et ses droits démocratiques.

[355] Certainement, la question de savoir si une loi enfreint les art. 2 ou 7 à 15 de la *Charte canadienne*, sans justification au sens de l'art. 1, est une question à laquelle les tribunaux peuvent ordinairement répondre en usant des outils et méthodes propres au droit (c.-à-d. « [en] application de principes et de techniques juridiques »[382]), ce qui caractérise traditionnellement la « justiciabilité » d'un débat, sans égard aux dimensions politiques de celui-ci[383]. En ce sens, comme l'écrivent Leckey et Mendelsohn, « *[t]he potential political impact of those questions does not efface their legal nature or render them non-justiciable* »[384].

[356] Mais là n'est pas l'obstacle au contrôle judiciaire, qui résulte ici de l'art. 33 lui-même. Comme l'écrivent les juges Cory et Iacobucci dans *Vriend*, cette disposition « a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux / *establishes that the final word in our constitutional structure is in fact left to the legislature and not the courts* »[385]. Certes, l'art. 33 peut être employé par le législateur après le jugement d'un tribunal lui indiquant les failles constitutionnelles d'une loi, mais il peut également être utilisé préventivement, et, en pareil cas, il coupe court à la discussion : le dernier mot appartient d'emblée au législateur.

---

379 Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts and the Electorate », (2022) 72:2 *U. Toronto L.J.* 189.

380 *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376.

381 Il s'agissait dans cette affaire de préciser les conditions régissant l'emploi par le législateur de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. La Cour a imposé des conditions de forme assez sévères, pour être ultérieurement désavouée par la Cour suprême, comme on l'a vu plus haut (*supra*, par. [268]).

382 *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, par. 70 (motifs concordants quant au résultat des j. Brown et Rowe).

383 Voir par ex. : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, par. 183-184 (motifs dissidents conjoints des j. Binnie et LeBel, avec l'accord du j. Fish); *Dostie c. Procureur général du Canada*, 2022 QCCA 1652 [« *Dostie* »], par. 55-58 et 61, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 27 juillet 2023, nº 40597.

384 Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts and the Electorate », (2022) 72:2 *U. Toronto L.J.* 189, p. 212.

385 *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 137.

[357] L'arrêt *Toronto* désamorce par ailleurs toute tentative d'invoquer un principe non écrit du droit ou un des grands principes de l'architecture constitutionnelle du pays pour contrer ces effets de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. Ni la primauté du droit (« *rule of law* »)[386] ni la démocratie, la protection des minorités ou le rôle des cours supérieures dans le maintien et la promotion de l'ordre constitutionnel[387] ne peuvent justifier un tel contrôle judiciaire – celui de la conformité de la loi avec des dispositions que le législateur a explicitement écartées en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne* – et l'emporter sur le texte et le contexte de celui-ci.

[358] Sauf en ce qui concerne ses propres conditions d'application, l'art. 33 opère donc en quelque sorte comme une « disposition d'inattaquabilité constitutionnelle »[388] (« *constitutional privative clause* »), qui limite le contrôle judiciaire protégé par l'art. 96 de la *LC 1867*. Le pouvoir des tribunaux de contrôler l'exercice du pouvoir législatif, garanti par l'art. 96 de la *LC 1867*, est alors restreint à la seule question de savoir si les conditions d'utilisation de l'art. 33 de la *Charte canadienne* ont été respectées, ce qui permet, comme on l'a vu précédemment, de faire coexister et de concilier ces deux dispositions[389]. On ne peut par conséquent pas demander aux tribunaux de se livrer à l'exercice de vérification que souhaiteraient ici les parties opposées à la *Loi* ni de faire une déclaration judiciaire à ce propos.

[359] On doit conclure pareillement dans le cas de l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise* : la loi qui contient une déclaration conforme à cette disposition est immunisée contre le contrôle judiciaire de sa conformité aux dispositions de cette charte à l'application desquelles elle a été soustraite et il ne saurait être question d'une réparation quelconque, déclaratoire ou autre.

---

386 Brian Bird propose une version « *thick* » de la *rule of law*, qui rendrait illégitime, hors droit, une loi qui, sur la foi de raisons odieuses, prétendrait user de l'art. 33 de la *Charte canadienne* pour ignorer entièrement certaines libertés fondamentales; cette loi ne serait plus même une véritable règle de droit (Brian Bird, « The Notwithstanding Clause and the Rule of Law », (2021) 101 *S.C.L.R.* (2d) 299, p. 301 et 303-304).

387 Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts and the Electorate », (2022) 72:2 *U. Toronto L.J.* 189.

388 Le terme « inattaquabilité » est emprunté à la Cour suprême, qui l'employait parfois pour désigner ce qui était traditionnellement connu sous le nom de « clause privative » (voir par ex. : *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, par. 27; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, par. 104; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, par. 16, 17, 20). Il semble avoir été utilisé pour la première fois dans la version française de l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, par. 27 (motifs de la j. en chef McLachlin, pour la Cour), afin de traduire une loi de la Colombie-Britannique contenant l'expression « *privative clause* ».

389 Voir *supra*, par. [281] à [285].

b. Inapplicabilité du par. 24(1) de la *Charte canadienne* et des art. 49 de la *Charte québécoise* ainsi que 142 et 529 *C.p.c.* comme source de contrôle judiciaire

[360] Finalement, on ne peut davantage retenir l'idée selon laquelle le par. 24(1) de la *Charte canadienne* habiliterait à lui seul les cours de justice à octroyer une réparation malgré l'usage de l'art. 33, ce qui les obligerait par la force des choses à vérifier préalablement la conformité de la loi aux dispositions auxquelles elle a été soustraite, se livrant ainsi à un exercice auquel l'art. 33 fait précisément obstacle. Cela n'est donc pas possible. Les art. 142 et 529 *C.p.c.* ne le permettent pas davantage. Pareillement, ni l'art. 49 de la *Charte québécoise* ni, encore une fois, les art. 142 et 529 *C.p.c.* ne peuvent entraver l'effet d'une déclaration prise en vertu de l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise*.

[361] L'art. 24 de la *Charte canadienne*, dont le premier paragraphe est ici pertinent, prescrit que :

> **24. (1)** Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.
>
> **24 (1)** Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[362] On ne peut pas lire le par. 24(1) isolément, ce qui serait contraire à l'analyse téléologique et contextuelle des dispositions écrites de la Constitution canadienne. Or, certainement, l'art. 33 fait partie du contexte interprétatif du par. 24(1). Dans la mesure où cet article permet de soustraire une loi à certains des droits et libertés protégés par la *Charte canadienne*, il va sans dire que la garantie offerte par celle-ci n'agit plus, ce qui fait obstacle à l'application du par. 24(1), qui ne peut en lui-même générer un droit au contrôle judiciaire : là où les art. 2 ou 7 à 15 ne s'appliquent pas, il ne peut y avoir réparation pour une contravention à ces dispositions. Cette conclusion s'impose, sans quoi l'art. 33 se trouverait en partie stérilisé. Comme l'écrivent les juges Iacobucci et Arbour dans *Doucet-Boudreau*, « une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution »[390], et c'est ce que l'on ferait si l'on conférait un tel effet autonome – et désincarné – au par. 24(1).

---

390 *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 42. Voir aussi : *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 31; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 390.

[363] On ne peut par ailleurs pas prendre appui sur l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*[391] pour accorder ici le remède déclaratoire (ou pécuniaire) que souhaitent certaines des parties opposées à la *Loi*. Dans cette affaire, qui ne met nullement en cause l'art. 33 de la *Charte canadienne* mais touche l'exercice de la prérogative royale de common law dont jouit l'exécutif en matière d'affaires étrangères[392], la Cour suprême écrit notamment ce qui suit :

> [36] Lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* (*Operation Dismantle*) ou à d'autres normes constitutionnelles (*Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539) — ils sont d'ailleurs tenus d'exercer cette compétence.
>
> [37] Le pouvoir restreint dont jouissent les tribunaux pour contrôler la constitutionnalité de l'exercice de la prérogative royale tient au fait que, dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution. [...] Ainsi, lorsqu'un gouvernement refuse de se conformer aux contraintes constitutionnelles, les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.

[364] Mais s'il est vrai que « tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution », ce que consacrent les par. 32(1) de la *Charte canadienne* et 52(1) de la *LC 1982*, et que les tribunaux « sont tenus » de s'assurer que ce pouvoir est exercé « en conformité avec la Constitution », cela ne leur permet pas d'ignorer les effets de l'art. 33 de la *Charte canadienne* et de procéder à un contrôle judiciaire que cette disposition ne permet pas. En effet, l'art. 33 *est* une disposition de la Constitution et son utilisation, lorsqu'elle est faite selon les conditions établies dans l'arrêt *Ford*, est elle-même conforme à la Constitution. Cette différence entre la situation du requérant dans *Khadr*, qui ne mettait pas l'art. 33 de la *Charte canadienne* en jeu, et celle des parties opposées à la *Loi* dans la présente affaire est fondamentale : le législateur québécois, par l'art. 34 de la *Loi*, s'est conformé à la Constitution en recourant à l'art. 33 de la *Charte canadienne* d'une manière respectueuse des formalités établies par la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* et, en conséquence, aucun contrôle judiciaire de la conformité de la *Loi* aux dispositions constitutionnelles auxquelles elle a validement été soustraite

---

391 2010 CSC 3 [« *Khadr* »].
392 *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, par. 35.

ne peut être exercé et aucun remède, pas même déclaratoire, ne peut être octroyé en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne*.

[365] Quant aux arrêts *Ewert c. Canada*[393] et *Gosselin*[394], ils n'étayent pas la thèse selon laquelle les cours supérieures pourraient, nonobstant l'art. 33 et grâce au par. 24(1) de la *Charte canadienne*, statuer sur la conformité d'une loi aux dispositions de la *Charte canadienne* à l'application desquelles on l'a soustraite. En effet, l'arrêt *Ewert* ne concerne pas l'art. 33 de la *Charte canadienne*, qui n'y est pas en cause, et son propos n'est pas transposable au présent débat. Pour sa part, l'arrêt *Gosselin*, sous ce rapport, confirme plutôt le sens et la portée que l'on doit donner à l'art. 33 de la *Charte canadienne*, comme on l'a vu plus tôt[395].

[366] Mais l'affaire *Gosselin* concernait aussi l'art. 45 de la *Charte québécoise*, disposition qui ne jouit pas de la suprématie offerte par l'art. 52 de cette charte aux droits qu'énoncent ses art. 1 à 38. Pour le juge Bastarache, dissident, cela fait en sorte que « le respect de ce droit ne peut pas, en l'espèce, être obtenu en justice » (« *that right is unenforceable* »)[396]. La juge en chef McLachlin lui répond en soulignant qu'à son avis, même si une loi enfreignant cette disposition ne peut être invalidée par les tribunaux, ceux-ci peuvent tout de même « prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation »[397].

[367] Cette remarque, toutefois, est un simple *obiter*, qui ne vise que la situation particulière des droits économiques et sociaux garantis par la *Charte québécoise* (art. 39 à 48). Surtout, le commentaire de la juge en chef, manifestement, ne vise pas les effets de l'art. 33 de la *Charte canadienne* et ne saurait contredire ce qu'elle a précédemment affirmé à propos de cet article, qui soustrait la loi *et* aux art. 2 et 7 à 15 de celle-ci *et* au contrôle judiciaire fondé sur ces dispositions. On ne peut donc certainement pas déduire de ses propos qu'il y aurait lieu de donner une vocation autonome au par. 24(1) de la *Charte canadienne* et de permettre aux tribunaux de procéder, même dans une perspective strictement déclaratoire, à l'examen de la conformité de la loi aux dispositions de la *Charte canadienne* auxquelles le législateur a entendu déroger en recourant à l'art. 33.

[368] Pour toutes ces raisons, la conclusion s'impose : l'usage de l'art. 33 de la *Charte canadienne* met la loi à l'abri du contrôle judiciaire de sa conformité aux dispositions visées par la déclaration dérogatoire et exclut toute réparation potentielle (même

---

393 2018 CSC 30 [« *Ewert* »].
394 *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84.
395 *Supra*, par. [325]. Voir : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, par. 15.
396 *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, par. 304.
397 *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, par. 96.

simplement déclaratoire et, *a fortiori*, pécuniaire), le par. 24(1) ne pouvant servir de fondement à un tel contrôle ou une telle réparation.

[369] La même analyse, adaptée au contexte, vaut pour les art. 142 et 529 al. 1(1°) *C.p.c.* Rien dans ces dispositions ne permet de passer outre au double effet d'une déclaration prise en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. Pas plus que le par. 24(1) de la *Charte canadienne*, les art. 142 et 529 *C.p.c.* ne peuvent-ils, à eux seuls, faire échec aux conséquences d'une déclaration conforme à l'art. 33 de ladite charte. Le remède prévu par le par. 529(1) (incarnation du pouvoir de contrôle des cours supérieures, par ailleurs consacré à l'art. 34 *C.p.c.*), qui consisterait à déclarer inapplicable, invalide ou inopérante une disposition d'une loi qui contreviendrait aux art. 2 ou 7 à 15 de la *Charte canadienne*, est entièrement neutralisé par l'usage de l'art. 33 de cette charte. Quant à l'art. 142 *C.p.c.*, autre incarnation, dans les matières de droit public, du pouvoir de contrôle et de surveillance des cours supérieures[398], il ne peut, pour toutes les raisons que nous avons vues, supplanter les effets d'une déclaration dûment prise en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. Il en va de même dans le cas où la déclaration dérogatoire a été faite par le législateur en vertu de l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise*. L'art. 49 de cette charte[399] n'est pour sa part d'aucun secours puisqu'il ne saurait s'appliquer lorsque la violation alléguée est celle d'une disposition de la *Charte québécoise* à laquelle la loi contestée a été soustraite.

c. Récapitulatif

[370] En résumé, l'usage réactif ou préventif de l'art. 33 de la *Charte canadienne* ou de l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise* retire la loi du champ d'application de l'un ou l'autre des art. 2 ou 7 à 15 de la première ou des art. 1 à 38 de la seconde et l'affranchit également du contrôle judiciaire de sa conformité aux dispositions en question, tout comme elle la soustrait aux effets du par. 52(1) de la *LC 1982* ou à ceux de la première portion de l'art. 52 de la *Charte québécoise* (sauf, bien sûr, en ce qui touche les conditions

---

398 À ce sujet, voir notamment : *Dostie c. Procureur général du Canada*, 2022 QCCA 1652, par. 37 et s., demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 27 juillet 2023, nº 40597.

399 L'art. 49 de la *Charte québécoise* énonce que :

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.	**49.** Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom. In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to punitive damages.

de validité de l'usage de l'art. 33 de la *Charte canadienne* ou de l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise*).

[371] Par conséquent, en l'espèce, la Cour n'a pas à se prononcer sur la compatibilité ou l'incompatibilité de la *Loi* avec les dispositions des chartes à l'application desquelles elle n'est pas soumise. Elle n'a donc pas à vérifier la conformité ou la non-conformité de la *Loi* avec ces dispositions et, de même, avec l'art. 1 de la *Charte canadienne* ou l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*[400]. Plus spécifiquement, elle n'est pas habilitée à statuer sur la question de savoir si la *Loi* porte atteinte aux libertés de religion et d'expression ou au droit à l'égalité que garantissent ces chartes.

[372] Il s'ensuit que si la Cour n'a pas à statuer sur le sujet de la conformité de la *Loi* aux dispositions idoines de l'une et l'autre charte, elle ne peut accorder quelque réparation que ce soit en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne*, de l'art. 49 de la *Charte québécoise* ou des art. 142 et 529 *C.p.c.*, incluant une réparation déclaratoire ou pécuniaire, chacune de celles-ci, par sa nature même, exigeant une détermination préalable que la Cour n'a pas à faire.

* * * * *

[373] Ajoutons maintenant quelques mots au sujet de la réparation pécuniaire réclamée par le Groupe Lauzon, au bénéfice d'Andréa Lauzon, Hakima Dadouche et Bouchera Chelbi.

[374] Cette réparation serait inappropriée même si, par hypothèse, la Cour se penchait sur la conformité de la *Loi* aux dispositions des chartes à l'application desquelles elle a été soustraite et déclarait, toujours par hypothèse, que la *Loi*, si ce n'était de ses dispositions dérogatoires (art. 33 et 34), contreviendrait aux art. 2 (liberté de religion ou d'expression) ou 15 (droit à l'égalité) de la *Charte canadienne* ou aux dispositions équivalentes de la *Charte québécoise*. D'une part, une telle déclaration judiciaire, on le sait, n'affecterait en rien l'applicabilité de la *Loi* au regard de ces articles des deux chartes, ne la rendrait pas inopérante et n'affaiblirait pas sa force obligatoire. Aucune réparation pécuniaire ne peut sanctionner l'application d'une loi qui, nonobstant ses défauts, demeure valide et effective en raison de l'usage des art. 33 de la *Charte canadienne* ou 52 *in fine* de la *Charte québécoise*. Inutile de dire, enfin, que le recours même du législateur aux art. 33 ou 52 ne saurait davantage donner prise à une condamnation au paiement de dommages-intérêts.

[375] D'autre part, de façon générale, même lorsqu'une loi ne contient pas de disposition dérogatoire aux libertés et droits fondamentaux, le constat qu'elle enfreint la *Charte canadienne* ou une autre disposition constitutionnelle, ou encore la *Charte québécoise*,

---

[400] Là-dessus, voir les par. [265] à [275] *supra*.

ne peut donner prise à une condamnation du procureur général au versement de dommages-intérêts. Comme le rappelle le juge LeBel dans *Communauté urbaine de Montréal*[401] :

> 19 En pareil cas, des principes bien établis de droit public excluent la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides, que ce soit pour des violations des règles relatives au partage des pouvoirs législatifs à l'intérieur de la fédération canadienne ou pour leur non-conformité à la *Charte canadienne*. Dans ce domaine, la jurisprudence de notre Cour a été constante. Sa position a été récemment exposée dans les commentaires du juge Gonthier dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 78-79 : [...].[402]
>
> [Soulignements ajoutés]

[376] La réparation pécuniaire, en principe, n'a donc pas lieu d'être lorsqu'il s'agit de sanctionner l'invalidité constitutionnelle d'une loi ou son inopérabilité, y compris au regard de la *Charte canadienne*, ou de sanctionner son incompatibilité avec les art. 1 à 38 de la *Charte québécoise*. Il y a à ce principe une exception étroite dont l'existence, en l'espèce, n'a nullement été établie[403].

[377] Dans tous les cas, la réclamation pécuniaire du Groupe Lauzon et des parties appelantes qui l'appuient est donc mal fondée.

3. Argument subsidiaire : doctrine des questions théoriques

[378] À titre subsidiaire, et supposant que, malgré les art. 33 et 34 de la *Loi* et malgré l'absence d'un remède constitutionnel, la Cour soit habilitée à statuer sur la conformité de celle-ci aux dispositions des chartes protégeant les libertés de religion et d'expression ainsi que le droit à l'égalité, il convient maintenant de s'intéresser à la doctrine des questions théoriques. La Cour estime en effet que les règles en la matière justifiaient

---

401 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30.

402 Voir également : *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 102 (motifs majoritaires des j. LeBel et Rothstein). Dans le même sens, à propos des décisions de politique générale, voir aussi, par analogie : *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 39-49. Dans un contexte bien différent, les juges Karakatsanis et Martin y rappellent notamment que « bien qu'il soit incontestable que les branches législative et exécutive prennent parfois des décisions de politique générale fondamentale qui causent en définitive préjudice à des particuliers (Klar, p. 650), la réponse à de telles décisions doit émaner des électeurs plutôt que des tribunaux [...] » (par. 47). Le propos est pertinent à l'espèce même s'il s'agissait dans cette affaire de discuter de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir de surveillance en application du droit privé de la responsabilité.

403 Voir : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 78 à 82.

également le juge de première instance d'agir comme il l'a fait, c'est-à-dire de refuser de prononcer formellement une conclusion sur le sujet, à même le dispositif de son jugement.

[379] La question de savoir si la *Loi* restreint indûment les libertés de religion et d'expression ainsi que le droit à l'égalité de certains employés, représentants et acteurs de l'État québécois soulève ici, on peut en convenir, un débat théorique au sens traditionnel du terme : la réponse qu'y donnerait un tribunal serait sans effet juridique concret, la *Loi* demeurant opérante nonobstant toute atteinte à ces droits. Une déclaration d'inopérabilité pour ce motif étant exclue, un jugement sur ce point serait sans impact utile sur les droits dont on allègue la violation. Autrement dit, même si l'on devait reconnaître tant l'atteinte que l'absence de justification, cela ne changerait rien à l'application de la *Loi* ni à la situation juridique des personnes qui y sont assujetties et qui continueraient de l'être.

[380] Dans *Dostie*[404], la Cour faisait récemment un survol de la jurisprudence pertinente et résumait ainsi la doctrine des questions théoriques (que le droit québécois consacre dans l'art. 10 al. 3 *C.p.c.*[405]) :

> [50] **Question théorique.** L'arrêt *Borowski*, prononcé par la Cour suprême en 1989, est l'arrêt phare en la matière. Son enseignement, toujours pertinent, se trouve implicitement codifié par l'art. 10 al. 3 *C.p.c.*, qui avalise ainsi un principe structurant de l'activité judiciaire. Il en ressort que, règle générale, et peu importe le domaine, les tribunaux doivent s'abstenir de trancher des questions ou débats théoriques ou abstraits, c'est-à-dire des questions ou débats dont la solution n'a pas d'effet pratique ou concret, ce qui peut notamment se produire lorsque les dispositions législatives ou réglementaires contestées ont cessé d'avoir effet ou ont été abrogées. Par exception, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, ils pourront cependant statuer sur une telle question si la chose peut être faite dans le cadre d'un débat contradictoire et si les ressources judiciaires, lesquelles sont limitées, peuvent y être employées à bon escient, dans l'intérêt de la justice, sans dépasser le cadre de leur fonction juridictionnelle. Il va sans dire qu'un tribunal ne

---

404 *Dostie c. Procureur général du Canada*, 2022 QCCA 1652, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 27 juillet 2023, nº 40597.

405 L'art. 10 al. 3 *C.p.c.* énonce que :

10. [...] Ils [les tribunaux] ne sont pas tenus de se prononcer sur des questions théoriques ou dans les cas où le jugement ne pourrait mettre fin à l'incertitude ou à la controverse soulevée, mais ils ne peuvent refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.	**10.** [...] The courts are not required to decide theoretical questions or to adjudicate where a judgment would not put an end to the uncertainty or the controversy, but they cannot refuse to adjudicate under the pretext that the law is silent, obscure or insufficient.

> peut user à la légère du pouvoir de trancher sur le fond ou de renvoyer à procès une affaire dont il aura constaté le caractère théorique. Donner une interprétation trop large à cette exception discrétionnaire battrait en effet en brèche le principe reconnu dans *Borowski* ou le neutraliserait et, en l'occurrence, stériliserait l'art. 10 al. 3 *C.p.c.* Ce n'est donc qu'avec parcimonie, prudence et retenue qu'un tribunal pourra se prononcer sur une question en dépit du caractère théorique de celle-ci.
>
> [Renvois omis]

[381] Ce passage s'appuie notamment sur l'arrêt *Doucet-Boudreau*, dans lequel la Cour suprême, sous la plume majoritaire des juges Iacobucci et Arbour, écrit que :

> 17 La règle du caractère théorique procède du principe voulant que les tribunaux n'instruisent que des affaires présentant un litige actuel à résoudre, où leur décision aura ou pourra avoir des conséquences sur les droits des parties, sauf s'ils décident, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, qu'il est néanmoins dans l'intérêt de la justice d'entendre un appel (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 353). Nous sommes d'avis que le présent pourvoi est devenu théorique. [...]
>
> 18 Les remarques dans *Borowski*, précité, nous incitent cependant à entendre le pourvoi malgré son caractère théorique. Le juge Sopinka a énuméré, au nom de la Cour, les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'entendre des affaires théoriques (aux p. 358-363) :
>
> (1) l'existence d'un débat contradictoire;
>
> (2) le souci d'économie des ressources judiciaires;
>
> (3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.[406]

[382] Notons que la doctrine des questions théoriques s'applique même dans le contexte d'une action déclaratoire. On oublie souvent que pareille action n'a pas pour objectif d'obtenir un avis juridique de la part des tribunaux, qui n'officient pas à titre consultatif (sauf dans les renvois dont ils sont saisis par les gouvernements), mais qu'elle sert à résoudre une difficulté réelle, même si celle-ci n'a pas encore acquis les caractéristiques d'une cause d'action immédiate. Le jugement qui statue sur cette difficulté réelle doit donc avoir un effet tangible et pratique sur les droits des parties. Cela

---

[406] *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62. Dans le même sens, voir aussi : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 43 (motifs majoritaires du j. en chef Lamer).

est vrai dans les matières de droit privé, mais l'est aussi dans celles de droit public (où l'action déclaratoire est l'une des incarnations procédurales du contrôle judiciaire de l'action législative et gouvernementale[407]). C'est ce qu'illustre sans équivoque l'arrêt de la Cour suprême dans *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)* :

> [11] Dans le plus récent des arrêts sur le sujet, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, notre Cour a reformulé le critère permettant de déterminer si un jugement déclaratoire devrait être rendu. La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s'il a une utilité pratique, c'est-à-dire s'il règle un « litige actuel » entre les parties (voir également *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).
>
> [...]
>
> [15] Les gouvernements fédéral et provinciaux refusant tous deux de reconnaître compétence à leur égard, les Métis et les Indiens non inscrits n'ont personne qu'ils peuvent tenir responsable de ce statu quo inopportun. [...] L'existence d'un vide législatif reflète manifestement le fait qu'aucun ordre de gouvernement n'a reconnu sa responsabilité sur le plan constitutionnel. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois la certitude et la responsabilité à cet égard, et satisferait ainsi facilement au seuil jurisprudentiel applicable, soit le fait de présenter l'utilité pratique tangible de régler un conflit de compétence de longue date [« *offering the tangible practical utility of the resolution of a longstanding jurisdictional dispute* »].[408]
>
> [Soulignements ajoutés]

---

[407] Voir : *Dostie c. Procureur général du Canada*, 2022 QCCA 1652, par. 37 et s., et notamment le par. 40 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 27 juillet 2023, nº 40597).

[408] *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12 (sous la plume de la j. Abella, pour la Cour). Dans le même sens, citant *Daniels*, voir : *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, par. 82 (motifs de la j. Abella, pour la Cour); *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, par. 42 (motifs majoritaires conjoints des du j. en chef Wagner et des j. Abella et Karakatsanis : « Un jugement déclaratoire est une réparation d'une portée restreinte qui peut être obtenue sans avoir à réclamer de réparation en conséquence. Il n'est toutefois rendu que s'il a une utilité pratique : *Manitoba Metis Federation Inc.*, par. 143; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 11 »); et *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, par. 60 (motifs majoritaires de la j. Côté). Voir aussi, pour une version plus ancienne de la même règle : *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 833, motifs majoritaires du j. Dickson, tel qu'alors) : « *Once one accepts that the dispute is real and that the granting of judgment is discretionary, then the only further issue is whether the declaration is capable of having any practical effect in resolving the issues in the case* ».

[383] Bref, la doctrine des questions théoriques s'applique à tous les types d'action en justice, incluant le contrôle judiciaire, y compris lorsque celui-ci s'exerce par le moyen d'une action déclaratoire de droit public : les tribunaux ne doivent en principe trancher les questions qui leur sont soumises que si cela a des conséquences pratiques et tangibles sur les droits des parties. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce, alors que le constat d'une contravention aux art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* (ou 3 et 10 de la *Charte québécoise*) – le cas échéant – serait sans effet juridique aucun, comme on l'a vu (c.-à-d. sans effet sur les droits des parties au litige et sans effet, de façon générale, sur l'ensemble des justiciables).

[384] Les tribunaux peuvent toutefois, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, décider qu'il est dans l'intérêt de la justice de statuer malgré l'absence de telles conséquences et le caractère théorique de la question soulevée. Qu'en est-il dans le présent dossier? Est-il dans l'intérêt de la justice que la Cour se prononce formellement sur la conformité ou la non-conformité de la *Loi* aux dispositions qui, dans les chartes canadienne et québécoise, protègent les libertés de religion et d'expression de même que le droit à l'égalité et qu'elle rende un jugement déclaratoire constatant la contravention, s'il en est?

[385] Pour répondre à cette interrogation, il faut, selon l'enseignement des arrêts *Doucet-Boudreau*[409] et *Borowski*[410], considérer les trois éléments suivants : (1) l'existence d'un débat contradictoire, (2) le souci d'économie des ressources judiciaires; (3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

[386] À première vue, le premier élément semble ne soulever aucune difficulté : la question de la conformité de la *Loi* aux dispositions des chartes garantissant la liberté de religion ou d'expression ainsi que le droit à l'égalité se prête certainement, en principe, à un débat contradictoire. N'y a-t-il pas eu, d'ailleurs, débat devant la Cour supérieure? À l'examen, toutefois, ce débat se révèle singulièrement déficient.

[387] Comme l'écrit le juge Sopinka dans *Borowski*, « [l]'exigence du débat contradictoire est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir que les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects »[411]. Or, sous ce dernier rapport, le débat de l'espèce est affecté d'une importante lacune : la question de la conformité ou de la non-conformité de la *Loi* aux libertés de religion et d'expression ou au droit à l'égalité n'a pas été abordée par le PGQ, qui n'a pas véritablement fait valoir d'argument à ce propos. Il s'est expliqué sur ce point en plaidant pour l'essentiel (1) qu'il n'avait pas à en discuter, pas plus que les autres

---

409 *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62.
410 *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.
411 *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 358 *in fine* et 359.

parties du reste, vu les art. 33 et 34 de la *Loi* et (2) que, de toute façon, la discussion là-dessus, pour la même raison, serait entièrement théorique et ne porterait en réalité que sur l'opportunité de la *Loi*, sujet qui échappe à l'examen judiciaire. Il a maintenu cette position en appel[412].

[388] Sans concéder l'existence d'une contravention aux dispositions en cause, le PGQ ne s'est donc pas employé, même de façon subsidiaire, à contrer le point de vue des parties opposées à la *Loi* et à plaider que celle-ci, notamment en ses art. 6 et 8, qui sont au cœur du litige, n'enfreint pas les art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* ou encore les art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Il n'a pas non plus entrepris de démontrer que, dans l'hypothèse d'une atteinte à ces droits et libertés, la *Loi* serait justifiée en vertu des art. 1 de la *Charte canadienne* ou 9.1 de la *Charte québécoise*. Sans doute certaines des pièces qu'il a déposées amorcent-elles cette preuve et sans doute auraient-elles pu fonder une argumentation[413], mais la première ne paraît pas être complète et la seconde est inexistante.

[389] Il n'en est pas allé autrement en appel, alors que le PGQ est resté fidèle à cette position, pendant que les parties opposées à la *Loi* ont de leur côté présenté l'affaire comme s'il allait de soi qu'il y avait atteinte (injustifiée par ailleurs) aux art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* et 3 et 10 de la *Charte québécoise*.

[390] On pourrait être tenté de faire reproche au PGQ de son attitude et de lui faire porter la conséquence de ce choix, du moins en ce qui concerne l'article premier de la *Charte canadienne* (ou 9.1 de la *Charte québécoise*), comme on l'a fait par exemple dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*[414] ou, plus récemment, dans *Bissonnette*[415]. Dans le même sens, on verra également les arrêts

---

412 Voir notamment, A.I. (PGQ), par. 289-303.

413 Voir par ex. la pièce PGQ-12, rapport d'expertise de Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Patrick Taillon, qui « [d]écri[t] les aménagements au port de signes religieux et à la prestation ainsi qu'à la réception de services à visage découvert qui sont en vigueur dans les États européens » et qui entend « [c]omparer ces normes et leur interprétation à celles prévues dans la *Loi sur la laïcité de l'État*, puis tirer certains enseignements de l'expérience européenne quant à la façon d'aménager le pluralisme religieux ». (p. 4).

414 *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] 3 R.C.S. 3, par. 278-279 (motifs majoritaires du j. en chef Lamer).

415 *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, par. 121, où, rappelant le fardeau découlant de l'article premier de la *Charte canadienne* en matière de justification, le j. en chef Wagner, au nom de la formation, écrit que : « [e]n l'espèce, les parties appelantes [poursuivante et PGQ] n'ayant présenté aucun argument sur la justification de la disposition attaquée, elles ne se sont pas acquittées du fardeau qui leur incombait ».

suivants : *R. c. Hilbach*[416], *R. c. Hills*[417], *R. c. Boudreault*[418], *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*[419], *R. c. Ruzic*[420] et *Mahe c. Alberta*[421].

[391] Toutefois, cette jurisprudence ne permet pas de vider ici la question. En effet, dans les arrêts donnés ci-dessus en exemple, on note que la question soumise à la Cour suprême n'était pas théorique et qu'un débat contradictoire complet avait eu lieu sur l'existence ou l'inexistence de l'atteinte, même si les parties qui en avaient le fardeau n'avaient pas tenté de justifier cette atteinte en vertu de l'art. 1 de la *Charte canadienne* : rien de tel ici, où même la question de l'atteinte n'a été débattue qu'à moitié. Ensuite, et surtout, aucune de ces affaires ne statuait dans un cadre sujet à l'art. 33 de la *Charte canadienne* et à l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise*. D'ailleurs, aucun jugement n'a été retracé dans la jurisprudence canadienne ou québécoise qui porte sur une situation analogue à celle de l'espèce, alors qu'il s'agit de déterminer si, dans ce contexte, la Cour doit répondre ou non à une question théorique, c'est-à-dire qui n'aura pas d'effet tangible et concret sur les droits des parties ou des personnes visées par la *Loi*[422].

[392] Or, pour qu'il soit dans l'intérêt de la justice de répondre à une question théorique, encore faut-il qu'on puisse le faire de manière complète, à la suite d'un débat qui en ait abordé tous les aspects[423], ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En pareil contexte, la primauté du droit exige davantage qu'un jugement tranchant un litige sur la foi d'un argumentaire inachevé, qui n'aborde pas des sujets essentiels.

[393] On ne peut pas non plus choisir de répondre malgré tout à la question à la lumière d'un débat qui n'a été fait qu'à demi (et encore), et ce, en vue de sanctionner l'attitude du PGQ, même si on pouvait aujourd'hui la juger imprudente. Lorsqu'une question semblable se pose dans un dossier « ordinaire » de contrôle constitutionnel, hors le cadre des art. 33 et 52 *in fine* des chartes canadienne et québécoise, il peut être opportun de statuer et, le cas échéant, de conclure à une contravention de celles-ci en faisant porter au procureur général le poids des conséquences de son omission de présenter de la preuve et des

---

416 2023 CSC 3, par. 164 (motifs conjoints dissidents des j. Karakatsanis et Jamal).
417 2023 CSC 2, par. 5 et 170 (motifs majoritaires de la j. Martin).
418 2018 CSC 58, par. 97 (motifs majoritaires de la j. Martin).
419 2003 CSC 74, par. 272 et 303 (motifs dissidents des j. Arbour, d'une part, et Deschamps, d'autre part).
420 2001 CSC 24, par. 91 (motifs du j. LeBel, pour la Cour).
421 [1990] 1 R.C.S. 342 [« *Mahe* »], p. 394 (motifs du j. en chef Dickson, pour la Cour).
422 Il est vrai que la question de la contravention à l'art. 2 de la *Charte canadienne* (liberté d'expression), dans un contexte d'usage de l'art. 33, s'est présentée aux tribunaux dans l'arrêt *Ford*, mais, dans cette affaire, la loi contestée n'ayant pas été soustraite à la *Charte québécoise*, le débat complet avait eu lieu en vertu de celle-ci, dont l'art. 3 protège également la liberté d'expression. Ce n'est pas le cas ici, alors que la *Loi* comporte des dispositions dérogatoires adoptées respectivement en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne* et de l'art. 52 de la *Charte québécoise*.
423 *Borowski c. Canada (Procureur général),* [1989] 1 R.C.S. 342, p. 358-359. Voir *supra*, par. [387].

arguments justificatifs[424]. Mais la présente affaire survient précisément dans le cadre des art. 33 et 52 *in fine*, ce dont on ne peut pas faire abstraction pour jauger le comportement du PGQ. On ne peut pas non plus ignorer que sa décision d'agir ainsi s'est fondée sur l'état du droit tel que le reconnaît la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

[394] En outre, s'il est exact que, selon l'enseignement de l'arrêt *Borowski*, on peut accepter de répondre à une question théorique « d'importance publique qu'il est dans l'intérêt public de trancher »[425], notamment pour éviter « le coût social de l'incertitude du droit »[426], ces éléments ne peuvent justifier qu'on le fasse dans le présent dossier, contrairement à ce que suggèrent les parties opposées à la *Loi*.

[395] En effet, une déclaration judiciaire sur la question de savoir si la *Loi* enfreint les libertés de religion et d'expression ainsi que le droit à l'égalité, serait-elle utile au législateur qui voudrait procéder au renouvellement de la disposition figurant à l'art. 34 de la *Loi* (disposition dérogatoire à la *Charte canadienne*)[427]? Éclairerait-elle les travaux de l'Assemblé nationale? Serait-elle de nature à renseigner adéquatement le public en général et l'électorat en particulier, qui pourraient ainsi, éventuellement, exercer mieux leurs responsabilités démocratiques?

[396] Une réponse négative s'impose : un enseignement judiciaire fondé sur un débat incomplet n'est pas utile, car il laisse perdurer l'incertitude du droit et n'allège donc en rien le « coût social de laisser une question sans réponse »[428]. Que vaudrait en effet un *stare decisis* théorique fondé sur un débat carencé? Il n'instruirait ni le public ni les membres de l'Assemblée nationale et ne ferait que perpétuer le débat. L'intérêt public ne peut s'accommoder d'une demi-réponse et ni le législateur ni l'électorat n'y trouveraient leur compte.

[397] Il est vrai que le MLQ et PDF Québec, favorables à la *Loi*, ont de leur côté tenté de démontrer que la *Loi* n'attentait pas aux art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* ou 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Leurs arguments ne sont pas sans mérite, mais faute d'un débat contradictoire complet sur le sujet, la Cour ne peut pas en discuter véritablement. Ce ne sont pas là des conditions propices à une détermination judiciaire des droits des uns et des

---

424 C'est d'ailleurs ce qui se produira dans le présent dossier en ce qui concerne l'art. 3 de la *Charte canadienne* (disposition qui n'est pas visée par l'art. 33 de cette charte). Voir *infra*, par. [679] à [685].

425 *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 361 (« *an issue of public importance of which a resolution is in the public interest* »).

426 *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 361.

427 Un projet de loi en ce sens a été déposé le 8 février 2024 à l'Assemblée nationale, prévoyant le renouvellement de l'art. 34 de la *Loi* à compter du 16 juin 2024 : Projet de loi nº 52, *Loi permettant au Parlement du Québec de préserver le principe de la souveraineté parlementaire à l'égard de la Loi sur la laïcité de l'État*, 43e lég. (Qc), 1re sess., 2024.

428 *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 362.

autres, alors même que cette détermination n'est pas de nature à affecter l'applicabilité de la *Loi*.

[398] Finalement, dans le présent contexte, en répondant à la question de l'atteinte aux droits fondamentaux des personnes visées par la *Loi* et, s'il est une telle atteinte, à celle du caractère justifié ou non de celle-ci au regard des art. 1 ou 9.1 des chartes canadienne et québécoise, la Cour sortirait de ses attributions judiciaires et outrepasserait « sa fonction véritable dans l'élaboration du droit »[429] en agissant de manière essentiellement consultative, comme si elle était saisie « d'un renvoi d'initiative privée »[430], ce qui n'est pas de mise.

[399] Ce caractère de « renvoi privé » ressort encore davantage de l'argument que certaines parties opposées à la *Loi* ont avancé : à leur avis, si l'on statuait dès maintenant sur la question de la contravention aux art. 2 ou 15 (et 1) de la *Charte canadienne* ou aux art. 3 ou 10 (et 9.1) de la *Charte québécoise*, l'affaire serait réglée advenant que l'art. 33 de la *Loi* (fondé sur l'art. 52 de la *Charte québécoise*) soit abrogé ou que la déclaration que contient l'art. 34 (fondée sur l'art. 33 de la *Charte canadienne*) ne soit pas renouvelée à l'expiration de son terme de cinq ans. L'on n'aurait alors pas à reprendre le débat judiciaire, qui serait déjà tranché, ce qui serait commode et conforme au principe d'économie des ressources judiciaires.

[400] Cet argument ne saurait être retenu : les tribunaux ne rendent pas de jugements hypothétiques ou spéculatifs, « au cas où ». Comme le note le juge de première instance, ils ne rendent pas d'« opinion judiciaire qui porte sur une question purement théorique reposant de plus sur des considérations hypothétiques »[431].

[401] En fin de compte, les conditions qui permettraient à la Cour de statuer sur la conformité ou la non-conformité de la *Loi* aux art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* ou 3 et 10 de la *Charte québécoise*, ou aux art. 1 et 9.1 de ces chartes, nonobstant le fait que l'applicabilité de la *Loi* n'en serait aucunement affectée, ne sont pas remplies. Ce n'est pas abdiquer son rôle judiciaire que de le constater.

[402] Pour ces raisons, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière, la Cour, subsidiairement, s'abstiendrait de toute façon de statuer sur ce sujet.

4. Conclusion

[403] En conséquence, la Cour ne se prononcera pas sur la conformité de la *Loi* aux art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* et aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Par l'effet de ses art. 33 et 34, respectivement fondés sur les art. 52 de la seconde et 33 de la

---

[429] *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 362.
[430] *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 365 et 367.
[431] Jugement de première instance, par. 795.

première, la *Loi* est en effet soustraite à l'application des dispositions précitées et au contrôle judiciaire de sa conformité à celles-ci.

[404] De toute façon, et subsidiairement, la question de savoir si la *Loi* enfreint les libertés de religion et d'expression ou le droit à l'égalité est une question théorique dans la mesure où la reconnaissance d'une contravention n'est pas de nature à entraîner quelque conséquence juridique pratique : la *Loi* continuerait de s'appliquer même en cas d'entorse. Qui plus est, les conditions qui permettent à un tribunal de répondre à une question malgré son caractère théorique ne sont pas réunies en l'espèce, la Cour n'ayant pas en main les éléments qui lui sont nécessaires pour statuer en toute connaissance de cause.

[405] Il convient par conséquent de rejeter la demande de réparation déclaratoire, tout comme la demande de réparation pécuniaire, laquelle est du reste irrecevable dans tous les cas.

5. Observations additionnelles sur l'usage des dispositions de dérogation et sur le rôle des institutions démocratiques

[406] Au terme de cette analyse des conditions d'application et des effets des dispositions de dérogation ainsi que du rôle des tribunaux dans ce contexte, certaines observations additionnelles s'imposent, dans la foulée de celles que l'on trouve déjà aux par. [231] à [234] *supra*.

[407] Qu'un législateur puisse soustraire une loi à l'application de certaines dispositions de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise* et la soustraire de ce fait au contrôle judiciaire à cet égard (sauf, bien entendu, s'il s'agit de vérifier la validité même de la disposition dérogatoire, selon les conditions établies dans l'arrêt *Ford*[432]) est de nature à susciter la réflexion, si ce n'est l'inconfort. En effet, le contrôle des lois au regard des chartes a une place importante dans une société libre et démocratique, les tribunaux exerçant ainsi, non de leur propre chef, faut-il le rappeler, mais sur demande, la mission que leur confie la Constitution.

[408] Comme le soulignait la juge Deschamps en 2005, parlant du rôle des tribunaux :

> 89 Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Ils laissent au législateur le soin d'intervenir pour concevoir les politiques sociales. Mais lorsque celles-ci violent les droits protégés par les chartes, ils ne peuvent s'esquiver. Le pouvoir judiciaire joue un rôle que ne joue pas le pouvoir législatif. Le professeur Roach décrit ainsi le rôle complémentaire des tribunaux par rapport

[432] Répétons ici que la loi demeure toutefois soumise au contrôle judiciaire enclenché par une contestation qui n'est pas rattachée aux dispositions visées par la déclaration dérogatoire, mais se rapporte à d'autres motifs (voir *supra*, par. [332]).

au législateur (K. Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, p. 69-71 :

> [TRADUCTION] Les tribunaux ont des attributs qui leurs sont propres, notamment la volonté d'offrir à toutes les parties lésées de participer de façon ordonnée au débat, l'indépendance par rapport au pouvoir exécutif et le devoir de motiver leurs décisions. En outre, les tribunaux sont spécialement chargés d'expliquer les textes juridiques fondamentaux adoptés de façon démocratique.
>
> ... Le tribunal garantit au plaideur le droit de participer au débat et le droit à une décision motivée en fonction des arguments présentés et des textes de loi pertinents adoptés de façon démocratique ...
>
> Les juges peuvent ajouter une valeur aux débats de société au sujet de la justice en écoutant les demandes de réparation pour injustice et en proposant des valeurs et des points de vue qui, autrement, peuvent ne pas être envisagés sérieusement dans le cadre de la démarche législative.[433]

[409] En ce sens, d'ailleurs, le législateur qui recourt à l'art. 33 de la *Charte canadienne* prive, non pas les tribunaux, mais les justiciables du droit, fondamental dans une démocratie, de contester la loi. C'est toutefois la Constitution elle-même qui, par le truchement de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, partie intégrante de la *LC 1982*, permet de retirer aux tribunaux la fonction qu'ils exercent ordinairement, laissant aux organes politiques et à l'électorat le soin de trancher la question. L'art. 33 de la *Charte canadienne* faisant ainsi exception à l'art. 52 de ladite loi constitutionnelle, la Cour ne saurait passer outre et statuer sur une question qui ne relève plus (du moins temporairement) de son pouvoir de contrôle judiciaire. Le même propos vaut pour l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise*, qui, de son côté, n'est pas assujetti à des contraintes temporelles.

[410] Cela dit, on ne peut nier que l'existence même des art. 33 de la *Charte canadienne* et 52 *in fine* de la *Charte québécoise* soulève des critiques (et le premier, qui a valeur constitutionnelle, plus encore que le second). Pour plusieurs, en effet, les chartes seraient, du fait de ces dispositions, des instruments antinomiques, donnant d'une main et retirant de l'autre, prétendant protéger des droits et libertés qualifiés de fondamentaux, auxquels le législateur pourrait cependant, au gré des idéologies du jour, déroger capricieusement, soumettant chaque individu à la volonté arbitraire de la majorité, réduisant à néant la protection des minorités, qui est pourtant l'un des « facteurs clés » de l'adoption des chartes[434], et mettant en péril ces libertés et garanties essentielles à la démocratie que sont, par exemple, les libertés d'opinion, d'expression ou d'association,

---

[433] *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35.
[434] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 81.

la protection contre les arrestations et les détentions arbitraires ou les traitements cruels, ou encore la présomption d'innocence ou le principe d'égalité. Que, dans ce contexte, les justiciables ne puissent s'adresser aux tribunaux et faire entendre leur voix et que les tribunaux, en conséquence, ne puissent constater la présence d'une violation des droits et libertés accroît d'autant l'inquiétude : le législateur, laissé ainsi sans supervision, pourrait verser dans l'abus de pouvoir. C'est là, certainement, une crainte qu'ont exprimée la plupart des parties opposées à la *Loi* ou qui ressort de leur argumentation.

[411] En tout respect, car le sujet est sérieux, ce débat, qui porte en réalité sur l'opportunité d'inclure une disposition de dérogation dans une « charte des droits et libertés », a déjà eu lieu, sur la base des mêmes arguments, et, en ce qui concerne la *Charte canadienne*, il est clos depuis 1982, et depuis 1975 (puis 1982) dans le cas de la *Charte québécoise*. Même si l'on pouvait politiquement regretter que le constituant ait intégré l'art. 33 à la *Charte canadienne*, tout comme on pourrait déplorer la dérogation permise par l'art. 52 de la *Charte québécoise* et son élargissement de 1982 (ce sur quoi la Cour ne se prononce évidemment pas), il demeure que ce n'est pas aux tribunaux de colmater les failles, s'il en est, d'un choix constitutionnel (ou législatif) que d'aucuns estiment malavisé (mais d'autres, on le notera, entièrement justifié).

[412] La société civile, dont on ne peut pas ignorer le poids et l'importance en matière de protection des droits et libertés, n'est de son côté pas dépourvue de moyens si elle estime inapproprié l'usage que le législateur fait des art. 33 de la *Charte canadienne* ou 52 *in fine* de la *Charte québécoise*. Par exemple, récemment, le législateur ontarien a inséré une disposition dérogatoire dans le *Keeping Students in Class Act, 2022*[435], pour soustraire celle-ci à l'application de l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne* (liberté d'association, volet droit de grève), ainsi qu'au *Human Rights Code* de la province. Or, il est de connaissance d'office que le législateur a reculé devant le tollé créé par cette disposition dérogatoire, abrogeant le 14 novembre 2022 la loi entrée en vigueur quelques jours plus tôt[436]. Le ressac public et la réaction citoyenne sont donc aussi un rempart contre l'usage des dispositions de dérogation.

[413] Dans le même ordre d'idées, il faut insister aussi sur la puissance électorale : les droits démocratiques consacrés par l'art. 3 de la *Charte canadienne*, qu'il s'agisse de les exercer au fédéral ou au provincial, ne sont *pas* assujettis à l'art. 33 de la *Charte*

---

[435] Qui est le titre court de la loi suivante : *An Act to resolve labour disputes involving school board employees represented by the Canadian Union of Public Employees*, S.O. 2022, c. 19. L'art. 13 de cette loi énonce que :

> **13 (1)** Pursuant to subsection 33 (1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Act is declared to operate notwithstanding sections 2, 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
>
> **(2)** This Act applies despite the *Human Rights Code*.
>
> **(3)** For greater certainty, subsections (1) and (2) apply to regulations made under this Act.

[436] *An Act to repeal the Keeping Students in Class Act, 2022*, S.O. 2022, c. 20.

canadienne. L'électorat détient de ce fait le pouvoir ultime de défaire le gouvernement qui aurait usé (ou abusé) de la faculté de dérogation que lui confère cette disposition constitutionnelle ou encore la disposition équivalente de la *Charte québécoise*[437].

[414] Finalement, on ne peut pas ignorer non plus le rôle capital du législateur lui-même dans la défense et la promotion des droits et libertés, surtout lorsque la Constitution, comme le reconnaît l'arrêt *Vriend*, lui donne le dernier mot[438].

[415] Légiférer en matière de droits et libertés, plus encore lorsqu'il s'agit de déroger potentiellement à ceux-ci, n'est en effet pas une affaire ordinaire et requiert une attention toute particulière de la part des personnes qui participent au débat parlementaire. Certainement, chaque membre de l'Assemblée nationale a une responsabilité individuelle à cet égard, peu importe son allégeance partisane. En effet, l'art. 43 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* confère à chaque député « une entière indépendance dans l'exercice de ses fonctions / *full independence for the carrying out of his duties* », qui peut être exercée dans tous les cas, y compris en matière de droits et libertés fondamentaux, sujet qui mérite une étude complète et rigoureuse. Une étude de ce genre paraît d'ailleurs peu compatible avec l'emploi de la procédure parlementaire d'exception (dite du « bâillon ») qui fut utilisée lors de l'adoption de la *Loi*. Cela dit, l'affaire relève entièrement de la discussion parlementaire.

C. Égalité des sexes[439]

[416] L'art. 28 de la *Charte canadienne* édicte que :

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.	**28.** Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

---

[437] Comme on l'a vu précédemment (voir *supra*, par. [226] et [227], et note 348), c'est d'ailleurs ce que soulignait récemment la Cour d'appel de l'Ontario dans *Working Families Coalition (Canada) Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2023 ONCA 139, par. 56, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême accueillie, 9 novembre 2023, nº 40725.

[438] *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 137-139.

[439] Cette section de l'arrêt est dévolue à l'analyse des art. 28 de la *Charte canadienne* et 50.1 de la *Charte québécoise*. Le libellé du premier fait expressément renvoi à l'égalité des sexes, la version anglaise montrant qu'il s'agit d'assurer l'égalité entre « *male and female persons* ». Le libellé du second renvoie aux « femmes et aux hommes / *women and men* ». Il n'est pas dit que ces dispositions ne pourraient pas être étendues aux personnes non binaires, par exemple, ou qu'elles ne seraient pas rédigées différemment si on les adoptait aujourd'hui (par exemple, en référant non seulement au sexe, mais aussi au genre ou à l'identité de genre), mais c'est un sujet qui n'a pas été abordé dans le cadre du présent litige, que ce soit en première instance ou en appel, l'affaire ayant été plaidée uniquement en fonction des distinctions femmes-hommes.

[417] L'art. 50.1 de la *Charte québécoise* énonce pour sa part que :

> **50.1.** Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes.
>
> **50.1.** The rights and freedoms set forth in this Charter are guaranteed equally to women and men.

[418] Tant en première instance qu'en appel, les parties opposées à la *Loi* ont fait de l'art. 28 de la *Charte canadienne* l'un des arguments principaux de leur contestation. À leur avis, la *Loi*, par son objet et ses effets, enfreint cette disposition, à laquelle l'art. 33 de la *Charte canadienne* n'autorise aucune dérogation, et elle serait par conséquent inopérante. L'art. 50.1 de la *Charte québécoise* a lui aussi été évoqué, mais de façon secondaire. Les motifs qui suivent s'intéresseront donc surtout à l'art. 28 de la *Charte canadienne* et se pencheront plus succinctement sur l'art. 50.1 de la *Charte québécoise*.

1. Article 28 de la *Charte canadienne*

a. Prétentions des parties

[419] Rappelons ici les arguments que font valoir les parties au sujet de l'art. 28 de la *Charte canadienne*.

[420] Selon les parties opposées à la *Loi*, l'art. 28 aurait été introduit dans la *Charte canadienne* afin de renforcer le principe de l'égalité des sexes, et ce, en ajoutant à l'art. 15 (qui fait déjà nommément du sexe un motif de discrimination prohibé) une disposition distincte et autonome, d'ordre substantif, propre à en assurer la primauté. Cette primauté s'exprimerait de deux façons : d'une part, l'art. 28 conditionnerait l'interprétation et l'application qui est faite de tous les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*; d'autre part, il s'appliquerait lui-même « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte / [*n*]*otwithstanding anything in this Charter* », sans exception, ce qui assurerait sa prééminence sur l'ensemble de toutes les dispositions de la *Charte canadienne*, incluant les art. 1 et 33. En d'autres mots, l'art. 28 ne se contenterait pas d'énoncer que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte* sont garantis également aux personnes de deux sexes, il offrirait cette garantie *indépendamment* des autres dispositions de la *Charte*, y compris l'art. 33.

[421] Les parties opposées à la *Loi* soulignent d'ailleurs que l'art. 33 ne mentionne pas l'art. 28, ce qui montrerait bien qu'il ne peut être utilisé afin de porter atteinte à l'égalité femmes-hommes, comme le confirmerait d'ailleurs leur historique rédactionnel respectif. Conséquemment, aucune loi fédérale, provinciale ou territoriale ne pourrait, de quelque façon que ce soit, déroger au principe de l'égalité des sexes et l'art. 33 ne pourrait lui-même pas être utilisé d'une manière irrespectueuse de ce principe, c'est-à-dire d'une manière qui, par son objectif ou ses effets, distingue les femmes des hommes. Subsidiairement, à supposer que l'article premier de la *Charte canadienne* puisse justifier

une restriction au droit que garantit l'art. 28, encore faudrait-il procéder à la démonstration requise, selon le test de l'arrêt *Oakes*, ce qui n'a pas été fait ici.

[422] En l'occurrence, et toujours selon les parties qui s'y opposent, la *Loi* enfreindrait l'art. 28 en raison du traitement discriminatoire, c'est-à-dire distinctif et préjudiciable, qu'elle imposerait aux femmes, et principalement aux femmes musulmanes. Celles-ci seraient en effet, bien plus que les hommes (incluant les hommes musulmans), les personnes dont les libertés de religion et d'expression seraient, disproportionnément, les plus touchées par l'interdiction du port des signes religieux (art. 6 de la *Loi*), par l'obligation de prodiguer les services publics à visage découvert (art. 8 al. 1 de la *Loi*) et par toutes les dispositions rattachées à la mise en œuvre de ces deux prescriptions. Le PGQ n'ayant pas tenté de démontrer que cette atteinte est justifiée en vertu de l'art. 1 de la *Charte canadienne*, la *Loi* devrait donc être déclarée inopérante à cet égard.

[423] Alternativement, on fait aussi valoir que, à supposer même que l'art. 28 n'établisse pas un droit substantif distinct et autonome de celui de l'art. 15, il limiterait néanmoins, en tant que disposition interprétative, la manière dont le législateur peut user de l'art. 33. Ainsi, le législateur ne pourrait utiliser l'art. 33 de façon à priver les femmes (ou certaines d'entre elles), mais non les hommes, des droits et libertés garantis par les art. 2 ou 7 à 15, pas plus qu'il ne pourrait, en vertu de l'art. 33, créer une situation ayant des effets plus restrictifs sur les femmes (ou certaines d'entre elles) que sur les hommes ou l'inverse. Or, à ce chapitre, la *Loi* enfreindrait également l'art. 28, car la dérogation qu'elle contient (art. 34) priverait justement les femmes musulmanes de leurs libertés de religion et d'expression alors que leurs coreligionnaires de sexe masculin, comme l'ensemble des hommes, ne seraient pas affectés ou le seraient à un moindre degré. Elle aurait le même effet sur-privatif sur le droit à l'égalité des femmes musulmanes par rapport aux hommes musulmans et aux hommes en général. Bref, le législateur ne pourrait pas recourir à l'art. 33 d'une manière qui, par ses visées ou ses effets, affecte les femmes ou les femmes d'un certain groupe davantage que les hommes, défaut que présenterait l'art. 34 de la *Loi*, qui en constituerait donc un usage inconstitutionnel.

[424] Le PGQ fait de son côté valoir que l'art. 28 de la *Charte canadienne* n'a pas de caractère autonome et ne garantit pas, à lui seul, un principe d'égalité qui s'ajouterait ou se superposerait à celui que consacre l'art. 15, mais qui, à la différence de ce dernier, ne pourrait faire l'objet d'une déclaration régie par l'art. 33. Si cela était le cas, on se trouverait à reconnaître une prédominance au principe de l'égalité des sexes, ainsi mis à l'abri de l'art. 33, alors qu'une dérogation serait possible lorsqu'il s'agit de la race, de l'origine nationale ou ethnique, de la couleur, de la religion, de l'âge, des déficiences mentales ou physiques et autres motifs analogues. Rien ne laisse pourtant croire que le constituant ait voulu accorder ce statut spécial à l'égalité des sexes et offrir à celle-ci une protection plus forte que celle accordée aux personnes se distinguant par les autres caractéristiques qui figurent dans le par. 15(1) ou par celles auxquelles cette disposition

s'étend par analogie. Le texte et le contexte de l'art. 28, son emplacement dans la *Charte canadienne* tout comme celui de l'art. 33, de même que la structure générale et la logique de cette charte s'opposeraient à une telle conclusion. L'art. 28 serait plutôt une disposition interprétative, tendant à assurer que les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* sont définis et appliqués sans distinction entre femmes et hommes (sous la réserve générale de l'art. 1).

[425] Selon le PGQ, l'art. 28 ne créerait donc pas un droit autonome à l'égalité des sexes, mais entrerait en jeu lorsqu'il s'agit d'établir le sens et la portée des droits et libertés que protège la *Charte canadienne* ou de baliser leur mise en œuvre. Par conséquent, en tant qu'accessoire interprétatif, l'art. 28 ne saurait s'appliquer lorsque les droits et libertés auxquels il se greffe sont eux-mêmes inapplicables ou désamorcés en raison de l'utilisation de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. En d'autres termes, lorsqu'une loi est soustraite à l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*, l'art. 28, disposition auxiliaire, se trouverait alors privée d'assise et d'effet à cet égard.

[426] Une autre des parties favorables à la *Loi*, PDF Québec, fait quant à elle valoir que l'art. 28 a été inséré dans la *Charte canadienne* non seulement pour contrer l'interprétation rachitique que l'on avait précédemment donnée à l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*[440], mais également pour assurer l'égalité réelle des femmes et des hommes malgré les contraintes que la plupart des religions (dont les trois grandes religions monothéistes que sont le judaïsme, le christianisme et l'islam) imposent aux premières, en les assujettissant réellement ou symboliquement aux seconds, en les astreignant à des obligations auxquelles ces derniers ne sont pas soumis ou en les privant de certains privilèges ou d'un certain statut. L'art. 28 aurait également pour objectif de contrebalancer l'effet potentiel de l'art. 27 de la *Charte canadienne* : le respect de la diversité culturelle de la population canadienne, y compris au chapitre des rapports femmes-hommes, ne pourrait ainsi mener à une disparité des droits et libertés entre les unes et les autres. L'art. 28 opérant « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte », il ferait obstacle à l'importation dans celle-ci de valeurs et de schèmes culturels sexistes. Cela étant, la *Loi* ne contreviendrait donc pas à l'art. 28 puisqu'elle

---

[440] S.C. 1960, ch. 44 :

1 Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe : […] **b)** le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi; […]	**1** It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, […] **(b)** the right of the individual to equality before the law and the protection of the law; […]

tendrait non pas à empiéter sur la liberté religieuse des femmes, mais bien à libérer celles qui occupent les postes décrits aux annexes I, II et III d'obligations religieuses intrinsèquement contraires à l'égalité des sexes, favorisant ainsi la neutralité de l'État et le souci d'une parité réelle.

[427] Le jugement de première instance se range au point de vue des parties opposées à la *Loi* en ce qui concerne l'effet préjudiciable de celle-ci sur les femmes, et principalement les femmes musulmanes, par rapport aux hommes, et ce, « dans le domaine de l'enseignement uniquement », comme le précise son paragraphe 876 (reproduit plus loin)[441].

[428] Inversement, le jugement retient le point de vue du PGQ sur le sens et la portée de l'art. 28 de la *Charte canadienne* : cette disposition, « qui garantit l'égalité des droits pour les deux sexes, ne possède pas une portée autre qu'interprétative et [elle] ne permet pas d'invalider des lois de façon autonome »[442]. Tout en reconnaissant que les arguments des parties opposées à la *Loi* ne sont pas dépourvus de mérite et que les circonstances historico-politiques de l'inclusion de l'art. 28 dans la *Charte canadienne* semblent militer dans le sens qu'elles proposent, le juge de première instance conclut cependant que les mots mêmes de l'art. 28 (point de départ de l'exercice interprétatif), la structure générale de la *Charte* et les autres dispositions de celle-ci ne peuvent, en définitive, soutenir ces prétentions :

> [873] Par conséquent, le Tribunal ne peut conclure que l'article 28 constitue une disposition possédant une autonomie propre permettant d'invalider des dispositions législatives.
>
> [874] Donc, en utilisant l'article 33 de manière très large, le législateur fait en sorte qu'il n'existe juridiquement plus de droits et libertés qui se trouvent visés par l'article 28 de la Charte.
>
> [875] Avec égard, dans la mesure où le législateur québécois décide de se prévaloir de la clause dérogatoire, prévue à l'article 33 de la Charte, il se trouve ainsi à suspendre le recours aux droits et libertés qu'il vise par cette utilisation. Ainsi, il ne subsiste plus de droits ou de libertés à garantir également aux personnes des deux sexes comme le prévoit l'article 28. Le fait que celui-ci ne se voit pas soumis à la clause dérogatoire ne change rien à cette réalité juridique.

---

441 La lecture des paragraphes 801 à 807 du jugement, qui amorcent la section consacrée par celui-ci à l'art. 28 de la *Charte canadienne*, pourrait laisser croire, de prime abord, que le juge de première instance conclut que la *Loi* affecte principalement les femmes musulmanes en général (« la preuve révèle indubitablement que les effets de la Loi 21 se répercuteront de façon négative sur les femmes musulmanes d'abord et avant tout », par. 807), mais il précise sa pensée au par. 876.

442 Jugement de première instance, par. 4 (reproduit au par. [57] *supra*).

> [876] Dit autrement, même en tenant pour acquis que la Loi 21 comporte des effets qui empêchent les femmes, et surtout les femmes musulmanes, ce que le dossier permet de conclure selon la prépondérance de la preuve, dans le domaine de l'enseignement uniquement, d'exercer leur liberté de religion et viole l'article 15 de la Charte, l'usage de la clause de dérogation empêche tout recours à l'article 28 pour contourner les effets de son application contenu aux paragraphes 33 et 34 de la Loi 21.

[429] La Cour, pour les raisons exposées dans les pages qui suivent, en vient à la même conclusion : l'art. 28 de la *Charte canadienne* est une disposition à vocation interprétative, qui ne peut par ailleurs pas mettre l'art. 33 en échec, que ce soit en conditionnant son utilisation, en neutralisant son effet ou en excluant le par. 15(1) de son champ d'application, dans le seul cas d'une discrimination femmes-hommes.

b. Principes d'interprétation applicables

i. Observations générales sur l'article 28 de la *Charte canadienne*

[430] Destiné à remédier au « sombre bilan »[443] de la jurisprudence pré-1982 en matière de protection des droits des femmes, y compris sous l'empire de la *Déclaration canadienne des droits*, l'art. 28 de la *Charte canadienne*, 42 ans (ou presque) après son entrée en vigueur, demeure une disposition à laquelle on recourt peu (si l'on s'en remet à une jurisprudence qui, elle-même, n'en traite guère, sinon en à-côté) et qui est largement sous-théorisée, comme le notent certains textes[444], voire « *astonishingly underdeveloped* »[445]. La doctrine s'y est intéressée, hésitant ou se divisant sur la nature, le sens, la portée et l'utilité de l'art. 28[446] : édicte-t-il un principe prépondérant

---

443 William F. Pentney, « Les principes généraux d'interprétation de la *Charte* », dans Gérald A. Beaudoin et Edward Ratushny (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 29, p. 57.

444 Voir par ex. : Cee Strauss, « Section 28's Potential to Guarantee Substantive Gender Equality in *Hak c Procureur général du Québec* », (2021) 33:1 *C.J.W.L.* 84, p. 88; Kerri Anne Froc, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thèse de doctorat, Kingston, Queen's University (Faculty of Law), 2015, p. 326.

445 Cee Strauss, « Section 28's Potential to Guarantee Substantive Gender Equality in *Hak c Procureur général du Québec* », (2021) 33:1 *C.J.W.L.* 84, p. 86.

446 Driedger lui-même écrivait ceci à propos de l'art. 28 :

> Section 28 is a queer provision. It provides that the rights and freedoms referred to in the Charter "are guaranteed equally to male and female persons". Whatever the word "guarantee" may mean, it is obvious that the provisions of the Charter are directed equally to male and female persons. The expressions "everyone", "every citizen", "any person", "every individual", and "any member of the public" as a mere matter of language include male and female persons. This section means and accomplishes nothing. No doubt its origin and the euphoria with which its re-insertion in the Charter was greeted are due to the constant distortion and misrepresentation of the Privy Council's decision in *Edwards v. Attorney General of Canada*, sometimes known as the "Persons" case.
>
> [Renvoi omis]

(« *overriding principle* »[447]) ou une règle d'interprétation[448]? Confère-t-il un droit substantif autonome ou s'arrime-t-il aux autres droits et libertés reconnus par la *Charte canadienne*? Est-il assujetti ou non à l'article premier de celle-ci ou peut-il en influencer l'interprétation et l'application? Comment le concilier avec l'art. 33?

[431] Le contexte de son adoption ne permet pas de répondre avec assurance à ces questions. L'insertion de l'art. 28 dans la *Charte canadienne* résulte des demandes et propositions répétées de groupes féministes[449], mais il n'est pas certain que les objectifs de ceux-ci aient coïncidé parfaitement avec la volonté ultime du constituant (un constituant fédéral-provincial[450]), dont les travaux et débats préparatoires ne sont pas nécessairement très probants[451]. On peut certes en tirer une impression générale : les parlementaires souhaitaient assurer l'égalité femmes-hommes et remédier à la faiblesse du droit antérieur à cet égard[452]. Il est cependant peu probable qu'ils aient envisagé tous

---

(Elmer A. Driedger, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1982) 14 *Ottawa L. Rev.* 366, p. 373).

447 Prenons-en pour exemple le texte suivant : Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 493.

448 Selon l'avis exprimé dans le texte suivant, parmi d'autres : William F. Pentney, « Les principes généraux d'interprétation de la *Charte* », dans Gérald A. Beaudoin et Edward Ratushny (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 29, p. 48.

449 On peut lire à ce propos les récits qu'en font les textes suivants : Kerri Anne Froc, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thèse de doctorat, Kingston, Queen's University (Faculty of Law), 2015, chap. 3 (p. 103 et s.); Beverley Baines, « Section 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: A Purposive Interpretation », (2005) 17:1 *C.J.W.L.* 45, p. 47-52; Gwen Brodsky et Shelagh Day, *La Charte canadienne et les droits des femmes : Progrès ou recul?*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989, p. 15-18; Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 499-512.

450 Ce qu'il faut souligner, la *Charte canadienne* n'étant pas un outil fédéral et les travaux des instances parlementaires fédérales ne reflétant pas à eux seuls l'intention du constituant.

451 On sait le peu de poids qu'accorde ainsi la Cour suprême aux témoignages entendus par le Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes et aux procès-verbaux de ses séances de l'époque, tout comme aux discours ministériels qui y ont été tenus : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 507 à 509 (motifs majoritaires du j. Lamer, plus tard j. en chef). Les travaux de la Chambre des Communes ou du Sénat ne sont pas davantage probants, pour des raisons analogues, mais aussi parce que le constituant, comme le rappelle la note 450 ci-dessus, n'est pas que fédéral. Plus généralement, voir aussi : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 369 (motifs unanimes du j. en chef Dickson).
Par ailleurs, sans nier qu'on puisse y recourir utilement, la Cour suprême, dans *MédiaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, invite les tribunaux à la prudence dans le recours aux débats parlementaires entourant l'adoption d'une loi.

452 Les arrêts *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, et *Bliss c. Procureur Général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183 (ce dernier prononcé peu de temps avant l'adoption de la *Charte canadienne*) sont à l'époque souvent donnés en exemple de cette faiblesse. Leur approche de la discrimination n'a d'ailleurs pas survécu à l'entrée en vigueur de la *Charte* et à la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême en la matière.

les effets juridiques potentiels du texte finalement adopté, et encore moins les problèmes interprétatifs susceptibles d'en naître.

[432] L'historique rédactionnel de l'art. 28 est peut-être plus révélateur et nous en reparlerons plus loin. Disons tout de suite, cependant, qu'il ne permet pas d'apporter une réponse à toutes les questions que soulèvent ici les prétentions respectives des parties au sujet de cette disposition.

ii. Règles d'interprétation de la *Charte canadienne*

[433] La *Charte canadienne*, instrument constitutionnel, doit être interprétée dans une perspective téléologique, « en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* »[453].

[434] Cette approche large et contextuelle est cependant ancrée avant tout dans le texte de la disposition constitutionnelle, texte dont on ne doit pas « minimiser l'importance primordiale [...] dans l'interprétation téléologique »[454]. Dans *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, les juges Brown et Rowe précisent en effet que :

> [8] La Cour a toujours insisté sur le fait que, suivant une interprétation téléologique, l'analyse *doit commencer* par l'examen du texte de la disposition. Comme elle l'a clairement indiqué dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41 (« *Chemin de fer de l'Île de Vancouver* »), « [b]ien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d'évoluer, l'interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l'examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » : p. 88. Ce principe a été réitéré dans l'arrêt *Grant*, où la Cour a déclaré que, « [c]omme chaque fois qu'il s'agit d'analyser une disposition constitutionnelle, il faut tout d'abord se pencher sur son libellé » : par. 15 (nous soulignons). Récemment, dans l'arrêt *Poulin*, la Cour a une fois de plus confirmé que la première étape de l'interprétation d'un droit garanti par la *Charte* consiste à analyser le texte de la disposition : par. 64.
>
> [9] Il en est ainsi parce que l'interprétation constitutionnelle, c'est-à-dire l'interprétation *du texte de la Constitution*, doit être réalisée d'abord et avant tout par référence à ce texte, et être circonscrite par celui-ci. En fait, bien que les normes constitutionnelles soient délibérément exprimées en termes généraux, les

---

453 *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, passage repris dans *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 7.

454 *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 4.

> mots utilisés demeurent [TRADUCTION] « la principale contrainte en cas d'examen judiciaire » et constituent « les limites externes de l'analyse téléologique » : B. J. Oliphant, « Taking purposes seriously: The purposive scope and textual bounds of interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2015), 65 *U.T.L.J.* 239, p. 243. La Constitution « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner » : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, (« *Re PSERA* »), p. 394; *Caron*, par. 36. Fait important, dans *Caron*, la Cour a repris ce dernier passage et réaffirmé la « préséance [du] texte écrit de la Constitution » : par. 36; voir aussi le par. 37.
>
> [10] Qui plus est, bien que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés selon la méthode téléologique, pareille interprétation ne doit pas aller au-delà (ni, d'ailleurs, rester en deçà) de l'objet véritable du droit : *Poulin*, par. 53 et 55; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 21 et 126; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 17-18 et 40; *Big M Drug Mart*, p. 344. Le fait de donner préséance au texte — c'est-à-dire respecter l'importance qui lui est reconnue comme premier facteur à prendre en compte dans une interprétation téléologique — permet d'éviter d'aller au-delà de l'objet du droit.[455]

[435] Enfin, selon les juges Brown et Rowe, la préséance accordée au texte constitutionnel, premier outil de l'interprète, ne signifie pas un textualisme ou un littéralisme rigide, l'analyse devant « aussi être réalisée en tenant compte du contexte historique, des vastes objectifs de la *Charte* et, s'il y a lieu, du sens et de l'objet des droits connexes garantis par la *Charte* »[456].

[436] À la lumière de ces principes, quel sens donner à l'art. 28 de la *Charte canadienne*?

c. Sens et portée de l'article 28 de la *Charte canadienne*

[437] L'analyse devant commencer par l'examen du texte de l'art. 28, il n'est pas inutile de reproduire celui-ci de nouveau :

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.	**28.** Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

---

455 *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32.
456 *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 13.

[438] Comme on le constate, cette disposition est divisée en deux segments : une proposition principale, syntaxiquement parlant, et une proposition introductive, qui la précise. La proposition principale est la suivante : « les droits et libertés [mentionnés dans la *Charte canadienne*] sont garantis également aux personnes des deux sexes / *the rights and freedoms referred to in* [*the* Canadian Charter] *are guaranteed equally to male and female persons* ». Le sens de cette proposition paraît clair, du moins à première vue : le constituant veut s'assurer ici (et assurer aux justiciables) que les droits et libertés qu'énumère la *Charte canadienne* soient accordés et reconnus de la même façon aux femmes et aux hommes et leur procurent une même protection. C'est donc dire que, conformément à cette règle, les dispositions de la *Charte* reconnaissant un droit ou une liberté doivent être interprétées et appliquées *sans* distinction entre femmes et hommes. Bien entendu, l'existence d'une telle distinction doit être jaugée à l'aune du principe de l'égalité réelle – et non pas formelle. Il peut aussi exister des distinctions qui participent au rétablissement de l'égalité des sexes. De son côté, la proposition introductive « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte / [*n*]*otwithstanding anything in this Charter* » assoit la suprématie de la règle d'interprétation structurante posée par la proposition principale.

[439] Mais examinons plus avant les différents éléments menant à cette conclusion.

2. Article 28 : texte, contexte et jurisprudence

[440] Tout d'abord, constatons que l'art. 28 n'énonce pas comme tel le principe de l'égalité femmes-hommes, lui-même établi par l'art. 15, sous le triple rapport de l'égalité devant la loi, de l'égalité du bénéfice de la loi et de la protection égale de la loi[457], le tout sans discrimination fondée sur une liste de motifs prohibés (ou analogues), dont le sexe. Plutôt, l'art. 28 affirme que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte canadienne* (« *referred to in it* ») sont « garantis également / *guaranteed equally* » aux personnes des deux sexes (« *male and female persons* »), c'est-à-dire sans distinction entre femmes et hommes. L'art. 28 se greffe ainsi aux *autres* dispositions de la *Charte* reconnaissant des droits et des libertés. Comme l'écrit de Jong, l'art. 28 « *is not a general anti-discrimination provision* » et son effet est limité « *to the rights and freedoms set out in the document in which the provisions are contained* »[458], ajoutant que « *section 28 is limited to the rights referred to in the* Charter »[459].

---

457 En anglais : « *Equality before and under law and equal protection and benefit of law* ».

458 Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 521.

459 Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 528. Dans le même sens, voir également : Peter W. Hogg et Wade K. Wright,

[441] Sous ce rapport, on soulignera la parenté de l'art. 28 avec l'art. 3 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et l'art. 3 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, qui visent eux aussi à assurer que les femmes jouissent au même titre que les hommes de tous les droits qu'énumère chacun de ces instruments :

> ***Pacte international relatif aux droits civils et politiques***
>
> Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte.
>
> ***Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels***
>
> Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte.

[442] Cela dit, de quoi, exactement, parle la proposition principale de l'art. 28 lorsqu'elle renvoie aux *droits et libertés mentionnés* (« *rights and freedoms referred to* ») dans la *Charte canadienne*?

[443] De prime abord, le texte paraît clairement référer aux droits et libertés qu'énumèrent les art. 2 à 23 de la *Charte*. À vrai dire, la chose relève de l'évidence. En effet, à l'exception des art. 4, 5 et 18, ces dispositions usent toutes soit du terme « liberté / *freedom* », soit du terme « droit / *right* », sous les rubriques « LIBERTÉS FONDAMENTALES / *FUNDAMENTAL FREEDOMS* » (art. 2), « DROITS DÉMOCRATIQUES / *DEMOCRATIC RIGHTS* » (art. 3), « LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT / *MOBILITY RIGHTS* » (art. 6), « GARANTIES JURIDIQUES / *LEGAL RIGHTS* » (art. 7 à 14), « DROITS À L'ÉGALITÉ / *EQUALITY RIGHTS* » (art. 15), « LANGUES OFFICIELLES DU CANADA / *OFFICIAL LANGUAGES OF CANADA* » (art. 16 à 22[460]) et « DROITS À L'INSTRUCTION DANS LA LANGUE DE LA MINORITÉ / *MINORITY LANGUAGE EDUCATIONAL RIGHTS* » (art. 23). Leur texte, qu'il n'est pas utile de reproduire ici, procède expressément à la reconnaissance et à l'affirmation de chacun de ces droits et de chacune de ces libertés et, au besoin, en circonscrit la nature et les conditions.

Constitutional Law of Canada, 5e éd. suppl., vol. 2, Toronto, Thomson Reuters, 2007 (feuilles mobiles, mise à jour nº 1, juillet 2023), §55:43, p. 55-117 *in fine* et 55-118.

460 Les art. 21 et 22 circonscrivent l'application des art. 16 à 20 en protégeant 1° les droits linguistiques existant en vertu d'autres dispositions de la Constitution (pensons ainsi à l'art. 133 de la *LC 1867* quant à l'usage du français ou de l'anglais devant les tribunaux du Québec) ou encore 2° les droits existant en vertu d'une loi ou de la coutume en ce qui concerne les langues autres que le français ou l'anglais.

[444] Quant aux art. 4 et 5, il s'agit de dispositions qui ne confèrent pas à strictement parler un droit individuel, mais qui protègent plutôt un droit en quelque sorte collectif, rattaché à l'organisation même de l'État, que tout justiciable pourrait faire valoir en cas de violation alléguée. Ils préservent le régime démocratique du Canada en limitant la durée des mandats de la Chambre des Communes et des législatures et en obligeant ces dernières, tout comme le Parlement, à tenir au moins une séance par année. L'art. 18, de son côté, s'ajoute aux dispositions relatives aux langues officielles en prévoyant que les documents parlementaires du Canada et du Nouveau-Brunswick doivent être imprimés et publiés en français et en anglais. On voit mal, *a priori*, comment ces trois dispositions pourraient être interprétées ou appliquées d'une manière qui distinguerait les femmes des hommes, mais, quoi qu'il en soit, s'agissant d'obligations dont l'État est redevable envers l'électorat dans le cas des art. 4 et 5 et envers tous et toutes dans celui de l'art. 18, la règle énoncée par l'art. 28 doit s'y appliquer.

[445] Selon toute logique, les « droits et libertés / *rights and freedoms* » dont il est question dans l'art. 28 sont donc ceux des art. 2 à 23. Cela coïncide par ailleurs avec le sens des autres dispositions dans lesquelles le constituant use d'expressions similaires référant aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*.

[446] Ainsi, l'art. 1 énonce que « [l]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés / [*t*]*he* Canadian Charter of Rights and Freedoms *guarantees the rights and freedoms set out in it* », ce qui renvoie certainement aux droits et libertés des art. 2 à 23 – et c'est bien à ceux-ci que l'art. 1 a été appliqué depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, toute restriction à l'un ou à l'autre devant être justifiée par une règle de droit raisonnable dans une société libre et démocratique.

[447] De même, l'art. 24 parle du recours donné à toute personne « victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente charte / *whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied* », ce qui renvoie, là aussi, aux protections offertes par les art. 2 à 23.

[448] Les art. 25 et 26 usent de l'expression « certains droits et libertés / *certain rights and freedoms* », ce qui, dans le contexte, renvoie manifestement, là encore, à l'un ou l'autre des droits et libertés garantis par les art. 2 à 23. Ainsi, comme le déclare l'art. 25, le fait que « certains droits et libertés » – c'est-à-dire ceux des art. 2 à 23 – soient protégés par la *Charte* ne porte pas atteinte aux droits et libertés « ancestraux, issus de traités ou autres » des peuples autochtones (« *any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada* »). Pareillement, selon l'art. 26, le fait que « certains droits et libertés » – ceux des art. 2 à 23, nécessairement – soient protégés ne raye pas de la carte les *autres* droits et libertés (« *any* other *rights or freedoms* ») existant au Canada : ces autres droits et libertés survivent, qu'ils émanent de la common law, du droit civil ou d'une loi (on peut d'ailleurs penser ici à la *Charte québécoise*, qui garantit plusieurs droits ne figurant pas dans la *Charte canadienne*).

[449] Bref, dans ce contexte, et considérant les autres dispositions de la *Charte canadienne* usant d'un langage semblable, l'on doit conclure que l'art. 28, lorsqu'il renvoie aux « droits et libertés qui y sont mentionnés », réfère clairement aux droits et libertés protégés par les art. 2 à 23. Ce sont ces droits et ces libertés qui sont « garantis également aux personnes des deux sexes / *guaranteed equally to male and female persons* » et les dispositions qui les reconnaissent et les protègent doivent être lues et appliquées en tenant compte de la règle qu'énonce la proposition principale de l'art. 28.

[450] En somme, la proposition principale de l'art. 28 a pour objectif d'assurer l'égalité femmes-hommes dans l'interprétation et l'application des droits et libertés protégés par les art. 2 à 23 de la *Charte canadienne*, comme si chacune de ces dispositions comportait, en appendice, une mention de cette garantie de parité[461]. Plutôt que d'user d'une telle technique rédactionnelle, cependant, le constituant a préféré une disposition générale – l'art. 28 – qui a le même effet que si elle avait été incorporée à chacun des art. 2 à 23. Il en découle que ces dispositions doivent en principe être interprétées sans distinction entre femmes et hommes, les droits et libertés qu'elles garantissent devant être qualitativement les mêmes, avoir la même teneur et la même portée, peu importe le sexe de la personne, dans un souci constant d'égalité réelle.

[451] En ce sens, l'art. 28 n'a donc pas d'autonomie normative et n'ajoute pas un droit distinct à ceux que reconnaissent les art. 2 à 23 de la *Charte*. Plutôt, il conditionne l'interprétation – et, partant, l'application – de ces articles. Conclure autrement serait du reste faire double emploi avec l'art. 15 de la *Charte*, qui consacre déjà, sous divers rapports, l'égalité des individus sans distinction fondée sur divers motifs, dont le sexe.

[452] Cette vocation interprétative de l'art. 28 est d'ailleurs confirmée par son positionnement dans la *Charte canadienne*, sous la rubrique « DISPOSITIONS GÉNÉRALES / *GENERAL* », qui inclut les art. 25 à 31. Or, toutes ces dispositions prescrivent des règles servant à dégager – ou parfois à limiter – le sens et la portée des art. 2 à 23, comme si elles étaient incorporées à ces dispositions, et elles font office de directives à l'interprète. Il en va ainsi des art. 25, 26, 27 et 29 :

> - **Art. 25 et 29.** Les art. 25 et 29 permettent de concilier la protection accordée aux droits et libertés prévus par la *Charte canadienne* avec celle des droits et libertés prévus par d'autres dispositions constitutionnelles

---

[461] Un peu à l'image du par. 35(4) de la *LC 1982*. Le par. 35 (1) confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones, et le par. 35(4) précise ce qui suit :

> **(4)** Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.
>
> **(4)** Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

visant elles-mêmes la sauvegarde des intérêts de certains groupes. L'art. 25 confirme que les garanties offertes par la *Charte* « ne porte[nt] pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones / *shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples* »[462]. Il s'agit d'une « disposition interprétative, qui vise à prévenir les attaques aux droits aborigènes fondées sur d'autres motifs de la *Charte* »[463]. Quant à lui, l'art. 29 prévoit que les dispositions de la *Charte* ne portent pas atteinte aux droits et privilèges relatifs aux écoles séparées et confessionnelles, renvoyant ainsi à l'art. 93 de la *LC 1867*.

- **Art. 26.** Cette disposition fait en sorte que la *Charte*, par la protection qu'elle offre à certains droits et libertés (ceux des art. 2 à 23), ne soit pas interprétée comme niant ou excluant les *autres* droits et libertés dont les justiciables peuvent jouir en vertu de règles de droit. Ces *autres* droits et libertés subsistent donc.

- **Art. 27.** Selon les termes exprès de cette disposition, l'interprétation de la *Charte*, et donc des droits et libertés qui y sont consacrés, doit tenir compte du « patrimoine multiculturel des Canadiens / *multicultural heritage of Canadians* ».

[453] L'art. 30 étend au territoire du Yukon ainsi qu'aux territoires du Nord-Ouest et à leurs autorités législatives les dispositions de la *Charte canadienne* qui visent respectivement les « provinces », les « législatures » ou les « assemblées législatives ». Cette disposition a aussi une fonction interprétative à saveur définitionnelle : partout où la *Charte* use des mots « province », « législature » ou « assemblée législative », on doit entendre aussi le Yukon, les territoires du Nord-Ouest et leurs institutions législatives.

[454] Enfin, pour le cas où l'on aurait pu croire autrement, l'art. 31 précise que la *Charte* n'élargit pas les compétences du Parlement ou des législatures, compétences définies par la *LC 1867*, et il s'ensuit qu'elle ne peut pas être interprétée ou appliquée d'une manière qui aurait cet effet[464].

[455] Bref, l'ensemble des dispositions qui entourent immédiatement l'art. 28 et sont regroupées sous la même rubrique énoncent, à un titre ou à un autre, des instructions

---

462 L'art. 25 fait écho à l'art. 35 de la *LC 1982*, mais, outre les droits ancestraux ou issus de traités, vise également les « autres droits » des peuples autochtones.

463 *Rice c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCA 666, par. 50 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 22 décembre 2016, n° 37077), renvoyant à : Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, édition sur feuilles mobiles, vol. 1, Toronto, Carswell, 2015, p. 28-64.

464 Au sujet de l'art. 31 de la *Charte canadienne*, voir *supra*, par. [202] à [212].

interprétatives. Il est logique de conclure que tel est également le cas de l'art. 28, ce qui confirme le sens qu'annonce déjà son libellé, dans sa proposition principale.

[456] Cela ne signifie cependant pas que l'art. 28 soit une disposition mineure ou sans substance : elle impose en effet aux interprètes de la *Charte canadienne* l'obligation de tenir compte de l'égalité (réelle) des sexes dans la détermination du sens et de la portée des art. 2 à 23 et dans leur application à une situation donnée. Sa proposition introductive (« Indépendamment des autres dispositions de la présente charte / *Notwithstanding anything in this Charter* »), tout aussi importante, donne même un caractère impératif à cette règle d'interprétation et assure sa primauté sur les autres règles interprétatives que contient la *Charte* et qui ne peuvent elles-mêmes légitimer l'introduction de distinctions femmes-hommes dans les droits et libertés garantis par les art. 2 à 23. Ainsi, les art. 25, 27 et 29, pour ne parler que d'eux, ne peuvent être employés afin de donner aux droits et libertés que protège la *Charte canadienne* une interprétation contraire au principe de l'égalité des sexes[465]. Le recours à ces autres règles, qu'il s'agisse de la protection des droits des peuples autochtones (art. 25) ou du respect du multiculturalisme (art. 27), par exemple, ne saurait donc justifier une dérobade au principe de l'égalité femmes-hommes. L'art. 28 enchâsse ainsi dans les art. 2 à 23 une valeur fondamentale de la société canadienne et vient en renfort de la garantie des droits et libertés énoncés par la *Charte canadienne*. Autrement dit, en raison de l'art. 28, l'interprète des art. 2 à 23 doit normalement reconnaître à ces dispositions une acception et une portée conformes au principe de l'égalité réelle entre femmes et hommes[466] et il ne pourrait justifier de s'en écarter en invoquant les autres règles que contient la rubrique « DISPOSITIONS GÉNÉRALES / *GENERAL* » de la *Charte*.

[457] Mais si l'on peut tirer ces diverses conclusions du texte et du contexte de l'art. 28, qu'en est-il de la jurisprudence relative à cette disposition?

* * * * * *

[458] Comme mentionné précédemment[467], la jurisprudence en la matière est fort peu abondante. La Cour suprême a rarement eu l'occasion de se pencher sur l'art. 28, auquel elle paraît toutefois avoir attribué une fonction interprétative (qu'a également reconnue la

---

[465] Il n'est pas certain que l'art. 26 soit pertinent ici, dans la mesure où il renvoie à des droits et libertés qui ne sont pas garantis par la *Charte canadienne*, mais qui existent hors celle-ci (encore que ces droits pourraient n'être pas reconnus également aux femmes et aux hommes, ce qui enfreindrait *a priori* l'art. 15 de la *Charte canadienne*). Par ailleurs, il y a peu à dire des art. 30 et 31, qui ne sont guère susceptibles de donner prise à une interprétation non paritaire des autres dispositions de la *Charte canadienne*.

[466] De ce point de vue, le par. 15(2), en permettant les programmes d'accès à l'égalité destinés, entre autres, aux femmes, cherche à favoriser l'égalité de ces dernières et ne contrevient donc pas à l'art. 28. Cela dit, l'interprétation du par. 15(2) ne pourrait pas elle-même se faire d'une manière qui établirait des distinctions indues entre femmes et hommes, ce qui pourrait enfreindre l'art. 28.

[467] *Supra*, par. [430].

Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*[468]).

[459] C'est dans l'arrêt *Hess; Nguyen*[469] (affaire portant sur l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*) que la Cour suprême en dit le plus long, comme en fait foi l'extrait suivant des motifs de la juge Wilson, au nom des juges majoritaires :

> Les appelants prétendent que l'art. 28 de la *Charte* est pertinent dans ces pourvois. L'article prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte* « sont garantis également aux personnes des deux sexes ». À mon avis, cette disposition n'empêche pas le législateur de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par l'un des deux sexes. Mais cela ne signifie pas que le législateur peut priver une personne accusée de cette infraction des droits et libertés garantis à toutes les personnes en vertu de la *Charte*.
>
> Dans le contexte de ces pourvois, je pense qu'il est clair qu'un homme a autant le droit à la protection de l'art. 7 qu'une femme. Il n'est pas loisible au gouvernement de prétendre qu'une personne ne devrait pas bénéficier de la même protection complète de la *Charte* en raison de son sexe. En outre, le gouvernement ne pourra justifier une violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier de la *Charte* en prétendant qu'en raison de son sexe une personne ne peut bénéficier du même degré de protection que la *Charte* confère aux personnes de l'autre sexe, ou qu'en raison de son sexe la violation de la *Charte* est moins grave. La justification d'une violation d'un droit reconnu par la *Charte* devra se rapporter à des considérations autres que le sexe de la partie qui a établi qu'il y avait violation de l'un de ses droits reconnus par la *Charte*. Par exemple, dans ces pourvois, on ne pourrait chercher à justifier la violation de l'art. 7 en mentionnant le sexe de l'accusé et en affirmant que parce qu'il est un homme il n'a pas droit à la pleine protection de l'art. 7. Le gouvernement ne peut invoquer cet argument pas plus qu'il ne peut prétendre qu'une femme qui se fait avorter n'a pas droit à la pleine protection de l'art. 7 parce qu'elle est une femme.
>
> Évidemment, il y aura des facteurs liés au sexe dont on pourra légitimement tenir compte dans l'examen de la proportionnalité en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mais ces facteurs devront se rapporter au sexe des personnes autres que l'accusé, comme le fait que la victime puisse devenir enceinte. Dans le cadre d'un tel examen, on ne pourrait tenter de justifier la violation d'un droit reconnu par la *Charte* en invoquant simplement que l'accusé était d'un sexe donné. Il faudrait

---

[468] 2009 BCCA 153, par. 64, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 5 novembre 2009, n° 33201.

[469] *R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906.

> plutôt tenir compte de considérations indépendantes du sexe de l'accusé qui pourraient être pertinentes dans une évaluation de la justification de restreindre les droits de l'accusé.[470]
>
> [Soulignement original]

[460] De son côté, dans sa dissidence[471], discutant du caractère discriminatoire de la disposition législative litigieuse, la juge McLachlin (elle n'était pas encore juge en chef) souligne que les hommes n'ont pas droit moins que les femmes à la protection prévue par l'art. 15 de la *Charte canadienne*, ajoutant qu'« [i]l faut tenir pour acquis que la Cour [dans l'arrêt *Turpin*[472]] avait à l'esprit l'art. 28 de la *Charte*, selon lequel, indépendamment des autres dispositions de la *Charte*, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes »[473].

[461] Dans *Seaboyer*, tant la juge McLachlin, telle qu'alors, que la juge L'Heureux-Dubé notent l'apport de l'art. 28 à l'interprétation du droit à une défense pleine, entière et équitable au sens de l'art. 7 ou de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*[474]. Dans *R. c. Osolin*, qui traite du droit à un procès équitable, incluant le droit au contre-interrogatoire, le juge Cory souligne que les art. 15 et 28 « devraient être pri[s] en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant »[475] (et donc aux droits que garantissent l'art. 7 et l'al. 11*d*)). Dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*[476], affaire où l'on s'interroge sur la portée de l'al. 2*b*) de la *Charte*, le juge Sopinka, au nom des juges majoritaires, ne retient pas l'argument fondé sur l'art. 28, sans écarter toutefois l'idée que cette disposition puisse servir d'appoint à l'interprétation de la liberté d'expression. Il estime cependant que le débat (qui portait sur la question de savoir si le gouvernement fédéral avait agi d'une manière conforme à la *Charte canadienne* en finançant directement certains organismes autochtones principalement masculins, mais non l'association appelante, aux fins d'une consultation constitutionnelle[477]) « tie[nt] davantage d'un argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte* »[478].

---

470 *R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 932-933.
471 Le juge Gonthier souscrit aux motifs dissidents de sa collègue McLachlin.
472 *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 (arrêt sur lequel s'appuyait certaines parties dans *Hess; Nguyen*, pour soutenir que la disposition litigieuse n'était pas discriminatoire).
473 *R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 944.
474 *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577 [« *Seaboyer* »], p. 603-604 (motifs majoritaires de la j. McLachlin, telle qu'alors) et 698-699 (motifs partiellement dissidents de la j. L'Heureux-Dubé).
475 *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 669 (motifs concourants du j. Cory, auxquels souscrit le j. Major).
476 [1994] 3 R.C.S. 627.
477 Consultation tenue aux fins de discuter des propositions fédérales liées aux négociations (« Canada Round ») qui mèneront à l'Accord de Charlottetown (1991).
478 *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 664 (voir aussi p. 657).

[462] En 1999, dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des services communautaires) c. G. (J.)*[479], revenant sur l'art. 7 de la *Charte*, la juge L'Heureux-Dubé (appuyée par ses collègues Gonthier et McLachlin, telle qu'alors), écrit que :

> 112 [...] Tous les droits garantis par la *Charte* se renforcent et s'appuient mutuellement (voir, par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la p. 976), et l'art. 15 joue un rôle particulièrement important dans ce processus. Le prisme interprétatif que constitue la garantie d'égalité doit donc guider l'interprétation des autres droits garantis par la Constitution, s'il y a lieu, et j'estime que les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent l'interprétation de la portée de la protection offerte par l'art. 7.
>
> [...]
>
> 115 [...] Les droits garantis par l'art. 7 doivent être interprétés à travers le prisme des art. 15 et 28 afin que l'importance d'une interprétation de la Constitution qui tienne compte des réalités et des besoins de tous les membres de la société soit reconnue.

[463] Enfin, dans *R. c. Kapp*[480], le juge Bastarache, dans des motifs concourants, mentionne l'art. 28, mais d'une manière qui n'ajoute rien au débat dont nous sommes saisis.

[464] On notera que dans aucun de ces arrêts l'art. 28 n'est présenté comme le fer de lance de l'argumentation ni ne fait l'objet d'un développement poussé, et ce, même dans l'arrêt *Hess; Nguyen*, où la juge Wilson en dit davantage. Il se dégage néanmoins de cet ensemble que le rôle de la disposition est celui d'une consigne interprétative.

* * * * * *

[465] Au terme de cet examen textuel, contextuel et jurisprudentiel de l'art. 28, on doit se rallier à l'idée que cette disposition « vient donner à l'égalité des sexes une sorte d'omniprésence, en ce sens que l'interprétation des autres droits de la Charte doit en tenir compte »[481]. L'art. 28 ne paraît donc pas une disposition garantissant un droit

---

479 [1999] 3 R.C.S. 46.

480 2008 CSC 41 (voir le par. 97).

481 Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 1006, nº XII.3.33. Voir *infra*, cependant, sur la question des rapports entre les art. 28 et 33 de la *Charte canadienne*.

autonome qui s'*ajouterait* aux autres droits que consacre la *Charte* : il s'agit plutôt d'une disposition complémentaire, s'arrimant aux art. 2 à 23 de la *Charte canadienne*[482].

[466] Parler de l'art. 28 comme d'une disposition complémentaire n'est pas nier ou minimiser son importance. *Le Trésor de la langue française* définit le « complément » comme l'« [é]lément nécessaire devant être intégré à un ensemble pour former un tout complet, de manière que rien d'essentiel ou d'utile ne lui manque »[483]. Reconnaître que le principe d'égalité entre femmes et hommes encadre l'interprétation des art. 2 à 23 de la *Charte canadienne*, donnant à l'art. 28 la force d'une « injonction interprétative », est une affirmation qui fait en sorte que rien d'essentiel ne manque aux droits et aux libertés qui y sont consacrés.

[467] Cela étant, s'il peut servir d'outil interprétatif aux fins des art. 2 à 23 de la *Charte canadienne*, l'art. 28 est-il susceptible d'avoir un impact semblable sur l'art. 1 de celle-ci et sur la manière dont on doit entendre et appliquer cette disposition? La réponse à cette question est affirmative, mais non sans nuance. Voyons ce qu'il en est.

i. Articles 28 et 1 de la *Charte canadienne*

[468] Même si la Cour n'a pas à trancher la question de l'application de l'art. 28 à l'art. 1 de la *Charte canadienne*, puisqu'elle n'est pas en litige dans le présent dossier, quelques observations sur le sujet ne sont pas superflues dans la mesure où elles confirment la vocation interprétative de l'art. 28 et sont utiles aux fins de déterminer comment concilier cette disposition et l'art. 33 de la *Charte*.

[469] L'art. 1, on le sait, peut, à certaines conditions, justifier la restriction de l'un ou l'autre des droits et libertés consacrés par la *Charte canadienne*, y compris en matière d'égalité (c.-à-d. lorsque sont en cause les droits protégés par l'art. 15)[484]. Cette

---

[482] Nous n'avons pas discuté ici de la question de savoir si l'art. 28 de la *Charte canadienne* s'applique également à l'interprétation et à l'application de l'art. 24, et notamment au par. 1 de celui-ci. L'art. 24, qui s'inscrit dans la *Charte canadienne* sous la rubrique « RECOURS / *ENFORCEMENT* » ne paraît pas *a priori* compter au nombre des droits et libertés que mentionne le texte de l'art. 28 (pas plus du reste qu'il ne serait visé par les art. 25 ou 27). D'un autre côté, dans une perspective interprétative plus généreuse peut-être, on pourrait penser que, en permettant aux justiciables de s'adresser aux tribunaux pour obtenir la réparation judiciaire de la violation de leurs droits (c.-à-d. ceux des art. 2 à 23), l'art. 24 leur confère lui-même un droit. Ce droit à la réparation prévu par l'art. 24 devrait respecter le principe de l'art. 28. Cela dit, on ne conçoit guère qu'un tribunal, même si l'art. 28 ne s'appliquait pas, ordonne en vertu du par. 24(1) une réparation qui serait contraire au principe d'égalité femmes-hommes (étant entendu que l'on parle ici d'égalité réelle et que certains remèdes peuvent ne viser que les femmes, par exemple, afin de rétablir l'égalité dont elles auraient été privées), et encore moins qu'il refuse une demande fondée sur le par. 24(2) au motif que le justiciable serait homme ou femme.

[483] *Trésor de la langue française informatisé*, « complément » (A), en ligne : TLFi (atilf.fr).

[484] Voir par ex. : *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23 (traitement préférentiel accordé aux personnes ayant la citoyenneté canadienne aux fins de l'emploi dans la fonction publique fédérale); *Weatherall c. Canada*

affirmation générale n'est pas moins vraie en matière d'égalité femmes-hommes, comme l'illustrent les arrêts *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*[485], *Québec (Procureur général) c. A*[486] et *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*[487].

[470] Dans ces trois affaires, qui ne mentionnent pas l'art. 28 (ce n'est pas anodin), l'on conclut en effet que des dispositions législatives contrevenant de prime abord au par. 15(1) de la *Charte canadienne* par l'établissement d'une distinction fondée sur le sexe et préjudiciable aux femmes sont néanmoins raisonnables et justifiées dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier. On peut en inférer qu'à lui seul, l'art. 28 ne peut empêcher un tribunal, appliquant le test de l'arrêt *Oakes*, de statuer qu'une telle restriction est raisonnable dans une société libre et démocratique. Ainsi, lorsqu'une disposition législative enfreignant *a priori* le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* est sauvegardée par l'effet de l'article premier, on ne voit pas comment elle pourrait néanmoins être contraire à l'art. 28.

[471] Ce n'est pas dire pour autant que l'art. 28 n'a rien à voir avec l'art. 1 de la *Charte*. L'on pourrait à cet égard lui accorder le traitement que l'arrêt *R. c. Keegstra* réserve à l'art. 27 de la *Charte*, celui d'un élément qui doit, « autant que possible »[488], faire partie de l'analyse à laquelle procèdent les tribunaux en vertu de l'art. 1. Ainsi que l'écrit en effet le juge en chef Dickson dans cet arrêt :

> Notre Cour a, autant que possible, tenu compte de l'art. 27 et de sa reconnaissance que le Canada est une société multiculturelle où la diversité et la richesse de divers groupes culturels sont à protéger et à valoriser. L'article 27 a donc été invoqué dans plusieurs arrêts de notre Cour pour faciliter soit l'interprétation de la définition de droits et libertés garantis par la *Charte* (voir, par exemple, *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson, aux pp. 337 et 338; *Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 758; et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, le juge McIntyre, à la p. 171) soit l'analyse fondée sur l'article premier (voir, par exemple, *Edwards Books*, le juge La Forest, à la p. 804, et le juge Wilson, à la p. 809).[489]
>
> [Soulignements ajoutés]

(Procureur général), [1993] 2 R.C.S. 872 (traitement des détenus masculins ou féminins); *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (retraite obligatoire à 65 ans).

485 2018 CSC 18.

486 2013 CSC 5.

487 2004 CSC 66.

488 *R. c. Keegstra,* [1990] 3 R.C.S. 697 [« *Keegstra* »], p. 757 (motifs majoritaires du j. en chef Dickson).

489 *R. c. Keegstra,* [1990] 3 R.C.S. 697, p. 757.

[472] L'on peut vraisemblablement transposer le propos à l'art. 28[490] et dire de celui-ci qu'il « facilit[e] soit l'interprétation de la définition de droits et libertés garantis par la *Charte* [...] soit l'analyse fondée sur l'article premier »[491] et qu'il sert donc, dans ce dernier cas comme dans le premier, d'outil interprétatif.

[473] Bref, l'on a affaire en l'art. 28 à une directive d'interprétation qui devrait imprégner la manière dont les tribunaux appliquent l'art. 1, et ce, « autant que possible »[492].

[474] Vu le libellé de l'art. 28 (et tout particulièrement celui de sa proposition introductive), on aurait pu penser, par ailleurs, que le niveau de justification requis aux fins de l'art. 1, lorsqu'il est question d'une restriction à l'égalité réelle femmes-hommes, doit être élevé, comme il l'est, par exemple, dans le cas d'une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Ce n'est toutefois pas ce qui ressort des quelques arrêts mentionnés plus haut, qui valident en vertu de l'art. 1 des règles législatives restreignant l'égalité femmes-hommes, et ce, sans apparemment élever le standard habituel[493].

ii. Articles 28 et 33 de la *Charte canadienne*

[475] Qu'en est-il maintenant des effets, s'il en est, de l'art. 28 sur l'art. 33 de la *Charte canadienne*, ou inversement? Les parties opposées à la *Loi*, on l'a vu[494], sont d'avis que, l'art. 28 opérant « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte / [*n*]*otwithstanding anything in this Charter* », l'art. 33 lui serait subordonné et ne pourrait autoriser une dérogation au principe de l'égalité femmes-hommes. Selon elles, pas plus qu'on ne peut interpréter les droits que consacrent les art. 2, 7, 10 ou 23, pour ne prendre que ces exemples, d'une manière distinguant les femmes et les hommes, on ne pourrait interpréter ou appliquer l'art. 33 de cette façon. L'art. 28 aurait ainsi deux retombées sur l'art. 33 : (1) il mettrait le principe de l'égalité des sexes à l'abri de toute dérogation, même si (comme c'est en l'espèce le cas), la loi en cause était généralement soustraite à l'application de l'art. 15, ou encore (2) il empêcherait que le législateur emploie l'art. 33 d'une manière qui, par son objet ou son effet, n'est elle-même pas conforme au principe de l'égalité femmes-hommes.

---

490 Que *Keegstra* mentionne d'ailleurs au passage, à d'autres fins : *R. c. Keegstra,* [1990] 3 R.C.S. 697, p. 757 *in fine*.

491 L'idée que l'art. 28 doit être considéré dans le cadre de l'analyse prescrite par l'art. 1 de la *Charte canadienne* est retenue par le juge Anderson, en *obiter*, dans l'affaire *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 1 (C.A. B.C.), à la p. 23 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 31 juillet 1985, nº 19396). Le j. en chef Nemetz, aux motifs duquel souscrit le j. Hinkson, n'examine pas l'art. 28.

492 Expression empruntée à *R. c. Keegstra,* [1990] 3 R.C.S. 697, p. 757.

493 Voir les arrêts que mentionne le par. [469] *supra* : *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66.

494 Voir *supra*, par. [420], [421] et [423].

[476] On se rappellera que la proposition n'a pas été retenue par le juge de première instance, qui a donné raison au PGQ sur ce point et conclu de la façon suivante :

> [875] Avec égard, dans la mesure où le législateur québécois décide de se prévaloir de la clause dérogatoire, prévue à l'article 33 de la Charte, il se trouve ainsi à suspendre le recours aux droits et libertés qu'il vise par cette utilisation. Ainsi, il ne subsiste plus de droits ou de libertés à garantir également aux personnes des deux sexes comme le prévoit l'article 28. Le fait que celui-ci ne se voit pas soumis à la clause dérogatoire ne change rien à cette réalité juridique.[495]

[477] La Cour partage ce point de vue : l'art. 28 ne restreint pas l'art. 33, qui peut être employé pour soustraire une loi à l'art. 15 de la *Charte canadienne*, y compris en matière d'égalité femmes-hommes.

[478] Le texte de l'art. 28 se prête difficilement à une autre lecture. Peut-on, en effet, inclure l'art. 33 dans la liste des droits et libertés que vise l'art. 28 de la *Charte*, c'est-à-dire les « droits et libertés qui y sont mentionnés / *the rights and freedoms referred to in it* »? Sauf à lire dans le texte de l'art. 28 des mots qui n'y figurent pas, il n'est pas possible d'étendre la portée de ces termes à l'art. 33, disposition qui ne confère ni ne consacre de droit ou de liberté. Au contraire, elle permet au législateur de déroger (quoique temporairement) à certains des droits et libertés autrement reconnus par la *Charte*, avec les effets que l'on a examinés précédemment. Il n'est donc pas possible de trouver dans le texte de l'art. 33 la garantie d'un droit ou d'une liberté (si ce n'est la garantie que les conditions d'utilisation de cette disposition seront respectées, ce que le justiciable peut exiger). L'art. 33 est destiné à permettre une dérogation à certains droits et libertés, c'est-à-dire ceux des art. 2 et 7 à 15, qui ne pourront plus être invoqués par les personnes visées ou affectées par cette dérogation.

[479] La proposition introductive de l'art. 28 n'y change rien, puisqu'elle ne saurait garantir une primauté à une garantie – celle de l'égalité femmes-hommes – intimement associée à des dispositions de la *Charte* – les art. 2 ou 7 à 15 – qui, en raison de l'usage de l'art. 33, sont privées d'effet.

[480] Sans doute les circonstances de l'introduction des art. 28 et 33 dans la *Charte canadienne* et leur historique rédactionnel peuvent-ils donner l'impression d'une certaine plausibilité à l'hypothèse d'une suprématie de l'art. 28 sur l'art. 33, ainsi que l'a noté le juge de première instance[496] et que le plaident encore les parties opposées à la *Loi*. Pour les raisons qui suivent, l'impression se dissipe toutefois à l'analyse et l'argument, en définitive, ne convainc pas.

---

[495] Ce paragraphe a déjà été reproduit au par. [428] *supra*. Il l'est de nouveau, par commodité.
[496] Jugement de première instance, par. 859.

[481] On sait ainsi que l'art. 28, qui ne faisait pas partie du projet de *Charte* initial, y fut ajouté en avril 1981, à la suite d'une proposition d'amendement du Nouveau Parti démocratique, relayant lui-même la demande de plusieurs groupes de femmes. Le texte de cette proposition était identique à celui de l'actuel art. 28. Parallèlement, on sait aussi que, à l'automne 1981, le projet de réforme constitutionnelle est en péril, ou du moins fragile : la Cour suprême du Canada, le 28 septembre 1981, prononce son arrêt dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*[497], à la suite duquel le gouvernement fédéral convoque une conférence constitutionnelle fédérale-provinciale afin de promouvoir la réforme, y compris au chapitre de la *Charte canadienne*. Ce sont ces discussions qui donnent lieu à l'introduction de l'art. 33 dans cette dernière, fruit d'un compromis politique important et décisif[498].

[482] La question de savoir comment conjuguer les art. 28 (qui pose le principe de l'égalité femmes-hommes) et 33 (qui permet de déroger notamment à l'art. 15, lequel prohibe la discrimination fondée sur le sexe) trouve une première réponse dans la résolution qui sera présentée à la Chambre des communes le 30 novembre 1981 (« *Resolution Respecting Constitution Act, 1981* »), qui propose les textes suivants :

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, exception faite de l'article 33, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.	**28.** Notwithstanding anything in this Charter except section 33, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.
33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte, ou de l'article 28 de cette charte dans son application à la discrimination fondée sur le sexe et mentionnée à l'article 15.	**33. (1)** Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter, or section 28 of this Charter in its application to discrimination based on sex referred to in section 15.
[...]	[...]

[Soulignements ajoutés]

---

497 [1981] 1 R.C.S. 753.
498 Voir *supra*, par. [228].

[483] Le jour même, le chef du Parti progressiste-conservateur, M. Joe Clark, propose d'amender ces dispositions de manière à ce qu'elles énoncent plutôt ce qui suit (et qui correspond à leur texte actuel) :

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.	**28.** Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.
33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.	**33. (1)** Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.
[...]	[...]

[484] Il s'explique ainsi de cette motion :

> I want to deal with the substance of what we are proposing. The substance of our amendment guarantees that men and women will have equal access to the rights and freedoms set out in the Charter of Rights and Freedoms proposed in this resolution. Some of those rights and freedoms will already be limited by the application of Section 33. However, where they exist they will exist absolutely equally for women and for men. That is the purpose of the amendment I am introducing, seconded by my colleague, the hon. member for Kingston and the Islands. That is an amendment which I hope will commend itself to this whole House, so that this whole House can go on record as supporting the guarantee of equal treatment of male and female persons in Canada.
>
> [...]
>
> What that does is remove the *non obstante* clause from Section 28. It restores the guarantee of equality of male and female persons to the position enjoyed when the accord was tabled in this House of Commons by the Prime Minister of Canada after his meeting with the first ministers.[499]
>
> [Soulignement ajouté]

---

[499] Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, 32e lég., 1re sess., vol. 12, 20 novembre 1981, p. 13 049 et 13 050 (J. Clark).

[485] On trouve là un vigoureux plaidoyer en faveur de l'égalité femmes-hommes, mais qui semble néanmoins reconnaître que l'art. 28 s'appliquera seulement là où le législateur n'aura pas limité certains droits et libertés, c'est-à-dire n'y aura pas dérogé. À tout le moins une ambiguïté plane-t-elle sur le propos, que les débats ultérieurs ne permettent pas de dissiper, chacun paraissant comprendre la modification proposée à sa manière. Certes, personne ne remet en cause l'importance du principe de l'égalité femmes-hommes, mais il ne paraît pas que l'on ait été conscient de la difficulté interprétative engendrée par la coexistence et la nécessaire conjugaison des art. 15 et 28 (au chapitre de la discrimination fondée sur le sexe) et de l'art. 33 de la *Charte*.

[486] Quoi qu'il en soit des perceptions et opinions des parlementaires (ou de celles des premiers ministres provinciaux ayant participé à l'entente de novembre 1981 ou des députés de leurs législatures respectives), il appert qu'une partie de la doctrine, apparemment sur la foi de cet historique rédactionnel, s'est ralliée au point de vue selon lequel l'art. 33 ne permettrait pas de déroger au principe de l'égalité des sexes et donc, de déroger à cet égard au par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

[487] Ainsi, Brun, Tremblay et Brouillet écrivent que, grâce à l'art. 28, « l'article 33, qui prévoit la possibilité de déroger expressément aux droits, ne pourrait s'appliquer à la discrimination en raison du sexe que prohibe le paragraphe 15(1) [...] »[500]. Est-ce à dire que l'art. 33, quoiqu'il permette de déroger généralement à l'art. 15, ne pourrait être validement employé dans le cas d'une loi imposant un traitement discriminatoire aux femmes? Il semble bien que ce soit là leur avis.

[488] Hogg et Wright soutiennent pour leur part, assez laconiquement d'ailleurs, que « *the power of legislative override (under s. 33) applies to s. 15, but not to s. 28* »[501]. Ils fondent expressément cette affirmation sur l'historique rédactionnel de l'art. 28[502].

[489] Froc, dans un texte particulièrement fouillé, conclut elle aussi que l'art. 28 est à l'abri de l'art. 33, notamment par l'effet de sa proposition introductive : lorsque l'art. 28 énonce qu'il s'applique « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte », les autres dispositions auxquelles il renvoie incluent nécessairement l'art. 33[503].

---

500 Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 1006, nº XII-3.33.

501 Peter W. Hogg et Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd. suppl., vol. 2, Toronto, Thomson Reuters, 2007 (feuilles mobiles, mise à jour nº 1, juillet 2023), §55:43, p. 55-118.

502 Peter W. Hogg et Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd. suppl., vol. 2, Toronto, Thomson Reuters, 2007 (feuilles mobiles, mise à jour nº 1, juillet 2023), §55:43, p. 55-118, note infrap. 5.

503 Kerri Anne Froc, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thèse de doctorat, Kingston, Queen's University (Faculty of Law), 2015, chap. 1 et 3, ainsi que p. 380-381.

[490] De Jong est d'opinion que le législateur peut déroger à l'une ou l'autre des dispositions que mentionne l'art. 33 et « *deny their benefit to specified classes of people, but those classes cannot be gender-based. Whatever rights exist under the override must be guaranteed equally to men and women, because section 28 is not subject to the override power* »[504]. Elle ajoute que :

> The interaction between section 28 and section 33 is most confusing when the only right overridden is the right under section 15(1) to equality without discrimination on the basis of sex. The right to equality without discrimination based on sex must be guaranteed equally to both male and female persons. What does this mean? It may mean that the section 15(1) guarantees cannot be overridden insofar as they relate to discrimination based on sex.[505]
>
> [Soulignement ajouté]

[491] Elle donne l'exemple d'une loi (fictive) contenant une disposition comme celle-ci, en violation, à première vue, des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne* :

> The police have the power to detain and search all members of the female sex who, unaccompanied by a member of the male sex, are present on a public sidewalk, street, or thoroughfare between 12 a.m. and 5. a.m.[506]

[492] Même si le législateur, conformément à l'art. 33, dotait sa loi d'une disposition dérogeant aux art. 8 et 9, cette dérogation, selon de Jong, serait neutralisée par l'art. 28 :

> In the above example, only females are subject to the unreasonable searches and arbitrary detentions. This clearly infringes the rights contained in sections 8 and 9 *as guaranteed by section 28*. Under section 24(1) "anyone whose rights... as guaranteed by this Charter have been infringed... may apply to a court... to obtain such remedy as the court considers just and appropriate..." Individuals can therefore challenge a law even when it is enacted under the override provision, if the principle contained in section 28 is violated. In such cases, the override cannot preclude judicial review.

---

504 Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493 p. 525 (voir généralement les p. 525-526).

505 Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 527.

506 Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 525.

> The result should be the same *whether or not* the courts find this law to be in violation of section 15(1). [...] Section 28 can still apply with the same results as were described above, regardless of whether the guarantees in section 15(1) have been violated. The point is that no matter what standard of equality the court wants to use under section 15, when *another* right guaranteed by the *Charter* is implicated, the court has no choice but to apply the prohibition standard of section 28.[507]

[493] On peut cependant rétorquer à cet argument que, en présence d'une disposition dérogatoire conforme à l'art. 33 dans cette loi hypothétique, il n'y aurait plus de « *rights contained in sections 8 and 9 as guaranteed by section 28* ». Plus exactement, ces droits, tels que garantis par l'art. 28, seraient sans effet. Tous les droits et libertés mentionnés dans les art. 2 à 23 de la *Charte canadienne* sont sujets à la garantie d'égalité prescrite par l'art. 28, garantie qui s'attache à chacun d'eux et qui en fait partie intégrante. Toutefois, lorsque, par l'usage de l'art. 33, certaines de ces dispositions (les art. 8 et 9 dans la situation évoquée par de Jong) sont neutralisées, les droits et libertés en cause le sont également, y compris sous le rapport de la garantie d'égalité qui y est inhérente.

[494] De son côté, la jurisprudence sur la question de savoir si l'art. 33 permet au législateur de déroger à l'art. 28 (ou au par. 15(1), s'il s'agit d'une inégalité fondée sur le sexe) est mince et consiste principalement en deux jugements : celui de la Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, en 1984, dans *Re Boudreau and Lynch*[508], et l'autre de la Cour supérieure du Québec, en 2004, dans *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Procureur général du Québec*[509].

[495] L'affaire *Boudreau* porte sur une disposition législative instaurant une distinction entre hommes et femmes et limitant aux seuls pères affectés d'un handicap le droit d'obtenir une assistance financière gouvernementale, alors que toutes les mères, sans égard à l'existence d'un handicap, peuvent la recevoir. L'art. 15 de la *Charte canadienne* n'étant cependant pas encore en vigueur, l'appelant s'appuie sur l'art. 28 pour alléguer le caractère discriminatoire de la disposition contestée. Rejetant l'argument de l'appelant, le juge Hart, au nom de la Cour, écrit accessoirement que :

> In my opinion Mr. Justice Burchell and Chief Justice Glube were correct in their interpretation of the Charter, and it is therefore unnecessary to consider these other issues at the present time. Section 28 of the Charter was not intended to eliminate the probationary period of three years during which Parliament and the

---

507 Katherine J. de Jong, « Sexual Equality: Interpreting Section 28 » dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 525-526.

508 (1984), 16 D.L.R. (4th) 610 (C.A. N.S.) [« *Boudreau* »].

509 [2004] R.J.Q. 524 (C.S.) [« *Syndicat de la fonction publique du Québec* »].

> provincial legislatures could determine their course of action under the new Constitution. It was simply intended to prevent any continuation of sexual discrimination by affirmative legislative action once the full Charter had come into force. By doing so the legislators have treated sexual discrimination as the most odious form of discrimination and taken away from legislative bodies the right to perpetrate it in the future. Other types of discrimination may without reasons being given be carried on under the legislative override provisions of s. 33.
>
> As authority for this conclusion I would suggest that s. 28 is a general provision of the legislation whereas s. 32(2) specifically deals with the postponement of the coming into effect of s. 15. The provisions of this specific provision of the Charter must govern and it is only after the three-year period expires in April of 1985, that restriction of s. 28 will apply to render unconstitutional the type of sexual discrimination contemplated by s. 15 of the Charter.[510]
>
> [Soulignements ajoutés]

[496] En toute déférence, la remarque soulignée ci-dessus, qui relève de l'affirmation plutôt que de la démonstration, est fort sommaire et elle constitue un *obiter*, puisque le législateur n'avait pas recouru à l'art. 33 de la *Charte canadienne* dans cette affaire. On croit en comprendre que, grâce à l'art. 28, l'art. 33 ne pourrait être employé afin de déroger au par. 15(1) de la *Charte* et de sauvegarder ainsi une disposition législative discriminatoire sur la base du sexe. Le législateur pourrait donc déroger au droit à l'égalité s'il s'agit d'une distinction fondée sur l'origine ethnique, la couleur ou le handicap, pour ne renvoyer qu'à ces exemples, mais pas dans le cas du sexe. L'affirmation – nous y reviendrons – peut surprendre (et d'autant que, du même souffle, le juge Hart reconnaît que l'art. 28 ne peut être invoqué ou avoir d'effet avant l'entrée en vigueur de l'art. 15, ce qui montre bien que l'art. 28 n'a aucune portée autonome et ne garantit pas un droit à l'égalité en tant que tel).

[497] Dans *Syndicat de la fonction publique du Québec inc.*[511], la Cour supérieure, sous la plume de la juge Carole Julien, s'intéresse également à l'art. 28. Se soulève dans cette affaire la question de savoir si le chapitre IX de la *Loi sur l'équité salariale*[512] est invalide parce qu'il enfreint (notamment) l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Les parties demanderesses soutenaient en effet que ce chapitre IX établissait un régime discriminatoire à l'endroit des femmes visées par les programmes d'équité salariale mis en place ou complétés par les employeurs avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'équité salariale*, le 21 novembre 1996. La juge se penche dans ce cadre sur le sens et l'effet de l'art. 28 de la *Charte canadienne*. Après avoir examiné la disposition elle-même, les

---

[510] *Re Boudreau and Lynch*, (1984), 16 D.L.R. (4th) 610, p. 615.
[511] *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Procureur général du Québec*, [2004] R.J.Q. 524 (C.S.).
[512] L.Q. 1996, c. 43, devenue RLRQ, c. E-12.001.

circonstances de son insertion dans la *Charte*, la doctrine ainsi que l'arrêt *Boudreau* mentionné ci-dessus, la juge conclut que « l'opinion dominante est favorable à la primauté de l'article 28 sur l'article 33 » (par. 1429), ajoutant que :

> [1430] Cet aspect est intéressant. Si le législateur ne peut, même expressément par le recours à l'article 33, écarter par une loi le principe du droit à l'égalité entre les sexes, encore moins peut-il le faire indirectement et implicitement par l'effet d'une loi. Ce sera particulièrement le cas lorsque cette loi vise expressément le contraire, c'est-à-dire la mise en œuvre du droit à l'égalité entre les sexes.
>
> [Soulignement ajouté]

[498] Là encore, cependant, cette conclusion relève de l'*obiter*, puisque le législateur n'avait pas, en l'occurrence, usé de l'art. 33 (pas plus d'ailleurs qu'il n'invoquait l'art. 1[513]). Le reste de l'analyse de la validité des dispositions législatives en cause repose essentiellement sur l'art. 15, encore que la juge souligne que, vu l'art. 28, « [l]e Tribunal doit être particulièrement exigeant lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité d'une loi qui, par ses effets, porte atteinte à l'égalité entre les sexes »[514] (affirmation qui d'ailleurs, soulignons-le, est tout à fait compatible avec l'idée que l'art. 28 énonce une règle d'interprétation).

[499] La préséance de l'art. 28 sur l'art. 33 ou l'impossibilité pour le législateur d'user de ce dernier pour mettre une loi discriminatoire sur la base du sexe à l'abri des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* (en particulier du par. 15(1)) et à l'abri du contrôle judiciaire qui s'ensuivrait autrement ne fait cependant pas l'unanimité. Elle soulève en effet une difficulté logique importante, à laquelle nous avons déjà fait allusion, et qu'invoque d'ailleurs le PGQ en l'espèce. Si un législateur, se fondant sur le par. 33(1) de la *Charte*, soustrait une loi aux art. 2 ou 7 à 15, la loi s'appliquant alors « sauf / *but for* » ces dispositions, c'est-à-dire sans elles, comme si elles n'existaient pas, conformément au par. 33(2), à quoi rattacher alors l'art. 28 qui, autrement, régirait l'application de ces dispositions? Voici comment Strauss décrit le problème :

> Yet it can be argued that, if section 28 guarantees "the rights and freedoms referred to in [the *Charter*]," there can be equal exercise of those rights as between genders only to the extent that they are capable of being exercised. If section 2 and sections 7-15 are overridden by legislation, do the rights and freedoms contained therein continue to exist for the purposes of section 28's application? If not, then it may be the case that section 28 no longer has any rights or freedoms to guarantee. As a result, section 28 is subordinated to section 33(1), despite the clear efforts

---

513 *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Procureur général du Québec*, [2004] R.J.Q. 524 (C.S.), par. 1381 et 1397.

514 *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Procureur général du Québec*, [2004] R.J.Q. 524 (C.S.), par. 1532.

> made during its drafting to prevent section 33(1)'s primacy. This argument was considered and articulated by William Pentney, but he did not take a position on the issue himself. However, he did state that there does not appear to be any allowance in section 33(1) for limits on its application. It is the position adopted by the trial judge in *Hak* QCCS and the reason why the section 28 argument failed in that case.[515]
>
> [Renvois omis]

[500] Il est vrai que Strauss ne s'arrête pas là et qu'elle suggère de résoudre de la manière suivante ce qu'elle qualifie de « *vexing logical problem* » :

> [...] Section 33(1) may not be amenable to the limitation of its application, but section 28 is even less so. Both provisions use the same word – "notwithstanding" – but it is only section 28 that states: "Notwithstanding *anything in this Charter.*" This leads to the primacy of section 28 over section 33(1).
>
> [...]
>
> In order to address the logical difficulties with how the two intersect, I would suggest the following: section 33(1) can be invoked to limit the rights and freedoms in section 2 and in sections 7-15. The application of section 28, however, operates to retroactively neutralize section 33(1)'s application to section 2 and sections 7-15 to the extent that the impugned government action, or the methods and concepts employed in the analysis, has a disproportionately gendered effect.[516]
>
> [Renvoi omis]

[501] Quant à William Pentney, il formule le problème dans les termes suivants, sans toutefois proposer de réponse ferme :

> Les relations entre l'article 28 et les articles premier et 33 constituent une question plus difficile. L'article 28 s'ouvre sur les mots « indépendamment des autres dispositions de la présente Charte ». Plusieurs auteurs se sont appuyés sur ces mots pour soutenir que l'article 28 ne peut être restreint dans les limites prévues à l'article premier, ni écarté conformément à l'article 33. L'histoire législative de l'article 28 conforte cette analyse à l'égard de l'article 33, puisqu'au cours des négociations politiques qui ont précédé son adoption, une référence expresse à l'article 33 qui aurait soumis l'article 28 à la clause dérogatoire a été insérée, puis

---

[515] Cee Strauss, « Section 28's Potential to Guarantee Substantive Gender Equality in *Hak c Procureur général du Québec* », (2021) 33:1 *C.J.W.L.* 84, p. 106.

[516] Cee Strauss, « Section 28's Potential to Guarantee Substantive Gender Equality in *Hak c Procureur général du Québec* », (2021) 33:1 *C.J.W.L.* 84, p. 106 et 107.

> retirée à la suite d'une tempête de protestations. Cette histoire, jointe au fait que l'article 33 autorise une négation temporaire des garanties de la *Charte* plutôt qu'une simple restriction apportée à leur jouissance, accrédite la thèse selon laquelle l'article 33 n'a pas préséance sur l'article 28.
>
> Le contraire pourrait être soutenu en se fondant sur l'idée que la référence de l'article 28 aux « droits et libertés garantis par la *Charte* » indique qu'il ne doit y avoir jouissance égale de ces droits que dans la mesure où il est possible d'en jouir. Certains de ces droits (articles 2 et 7 à 15) peuvent être écartés par voie législative et sont donc « garantis » d'une façon précaire en permanence et c'est à quoi se réfère l'article 28. De ce point de vue, l'article 28 serait subordonné à l'article 33, malgré les efforts faits, pendant sa rédaction, pour empêcher cette possibilité. La phrase introductive n'aurait ainsi d'importance qu'à l'égard de l'article premier.
>
> Quelle serait la conséquence pratique de la subordination de l'article 28 à l'article 33? Puisque l'article 28 n'est qu'une disposition interprétative, l'article 33 ne pourrait être invoqué pour en suspendre directement l'opération. L'article 33 serait plutôt utilisé pour écarter une autre disposition de la *Charte* (par exemple l'article 15) et l'article 28 n'aurait alors aucun rôle interprétatif à jouer à l'égard du droit écarté dans les circonstances. Si l'article 28 n'est pas subordonné à l'article 33, il pourrait présumément être appliqué pour interpréter le droit ou la liberté en cause, mais pour que cette application ait une signification, il faudrait qu'elle aboutisse à suspendre ou empêcher la dérogation à l'égard de l'égalité des sexes. Le texte de l'article 33 ne semble pas admettre une telle limitation, mais comme l'indiquent les arguments examinés la question n'est pas tranchée.[517]
>
> [Renvois omis; soulignements ajoutés]

[502] De l'avis de la Cour, l'argument logique doit l'emporter et ne permet pas de conclure que l'art. 28 limite l'art. 33 et empêche son utilisation lorsqu'il s'agit de déroger aux art. 2 ou 7 à 15 dans leur composante « égalité des sexes ». En effet, on ne peut pas en même temps reconnaître que l'art. 33 permet de déroger aux art. 2 et 7 à 15 et affirmer que l'art. 28 neutralise cette dérogation lorsqu'elle a pour effet d'établir une distinction femmes-hommes ou lorsqu'elle a un effet préjudiciable disproportionné sur les femmes (par rapport aux hommes) ou sur les hommes (par rapport aux femmes). Ce ne serait pas là résoudre le « *vexing logical problem* » signalé par Strauss, mais le perpétuer. Conclure ainsi serait de toute façon incompatible avec le texte de l'art. 33, qui permet une dérogation sans réserve.

---

[517] William F. Pentney, « Les principes généraux d'interprétation de la *Charte* », dans Gérald A. Beaudoin et Edward Ratushny (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 29, p. 58-59.

[503] Par ailleurs, une telle conclusion créerait une incohérence entre l'effet accordé à l'art. 28 lorsque l'art. 33 est en cause et l'effet qu'on lui reconnaît dans le cadre de l'application de l'art. 1. Comme on l'a vu plus tôt, même lorsqu'elle est fondée sur le sexe, une atteinte apparente au principe d'égalité consacré par le par. 15(1) de la *Charte* peut être validée au terme d'une démonstration conforme à l'article premier[518]. L'art. 28 doit sans doute être considéré dans le cours de cette démonstration, s'agissant d'un principe d'interprétation général, mais il ne peut constituer un obstacle à la reconnaissance de la validité d'une limite à l'égalité femmes-hommes lorsque cette limite répond aux conditions de l'art. 1 de la *Charte*, telles qu'élaborées par la jurisprudence. Or, l'art. 33 permet une mesure plus draconienne encore que celle de l'art. 1, c'est-à-dire une dérogation dont la déclaration et la mise en œuvre ne requièrent aucune justification particulière et qui n'obéit qu'à des exigences de forme assez légères. Que l'art. 28 puisse, dans le cas de l'égalité des femmes et des hommes, supplanter une dérogation prise en vertu de l'art. 33 alors qu'il ne peut pas empêcher la validation d'une restriction en vertu de l'art. 1 entraîne une insoluble contradiction. Affirmer que l'art. 28 prime sur l'art. 33, soit en privant le législateur de la possibilité de déroger au principe de l'égalité femmes-hommes, soit en neutralisant une telle dérogation, n'est pas conforme à la lettre ni à l'esprit, d'ailleurs, de ces dispositions ni, plus généralement, à l'architecture de la *Charte*.

[504] Finalement, la lecture que les parties opposées à la *Loi* font de l'art. 28 a l'effet d'octroyer une primauté, une supériorité de valeur au principe de l'égalité entre femmes et hommes : l'art. 33 ne permettrait d'aucune façon de déroger de manière discriminatoire aux art. 2 et 7 à 15 ou de soustraire à ces dispositions une loi traitant femmes et hommes de manière différente, mais ne l'empêcherait pas d'agir ainsi lorsque sont en cause d'autres motifs de distinction prohibés, à savoir la race, l'origine ethnique ou nationale, la couleur ou les déficiences physiques ou mentales (ou autres motifs analogues). Or, rien dans la *Charte canadienne* elle-même, son texte, son contexte ou son historique ne justifie une telle lecture, et pas même l'art. 28.

iii. Récapitulatif

[505] En somme, et pour conclure, l'art. 28 a une vocation interprétative et fait partie des éléments qui doivent être considérés lorsque les tribunaux se penchent sur le sens, la portée et l'application des art. 2 à 23. L'art. 28 se trouve ainsi intégré implicitement dans chacun des art. 2 à 23, comme s'il constituait un alinéa ou un paragraphe s'ajoutant à toutes ces dispositions. Or, dans la mesure où l'art. 33 permet expressément au législateur de déroger aux art. 2 et 7 à 15, il se trouve à permettre d'y déroger également sous ce rapport. Le par. 33(1) ne comporte en effet aucune limite à cet égard. Autrement dit, une fois que les droits garantis par les art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* ne le

---

[518] Voir les arrêts que mentionne le par. [469] *supra* : *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66.

sont plus en raison de la dérogation prise en vertu de l'art. 33, l'art. 28, privé d'assise, ne peut y suppléer en ce qui concerne l'égalité des sexes.

[506] En l'occurrence, l'art. 28 ne peut donc faire obstacle à la pleine application de l'art. 34 de la *Loi*, disposition qui, conformément à l'art. 33 de la *Charte canadienne*, déroge validement, comme on l'a vu plus haut, aux art. 2 et 7 à 15.

3. Article 50.1 de la *Charte québécoise*

[507] L'art. 50.1 de la *Charte québécoise*, dont le texte a été reproduit plus haut[519], prévoit lui aussi que les droits et libertés sont garantis également aux femmes et aux hommes. Quel effet cette disposition a-t-elle, le cas échéant, sur l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise* (pendant de l'art. 33 de la *Charte canadienne*) et sur l'art. 33 de la *Loi* (disposition dérogeant aux art. 1 à 38 de la *Charte québécoise*)?

[508] L'art. 50.1 est situé dans le chapitre V (« DISPOSITIONS SPÉCIALES ET INTERPRÉTATIVES / *SPECIAL AND INTERPRETATIVE PROVISIONS* ») de la Partie I (« LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE / *HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS* ») de la *Charte québécoise*, à laquelle il fut intégré en 2008[520]. Comme l'indique son placement dans ce chapitre, l'art. 50.1, à l'instar de l'art. 28 de la *Charte canadienne*, a une vocation interprétative. On l'y retrouve en effet entre deux dispositions, les art. 50 et 51, qui ont clairement (et textuellement) cette fonction :

50. La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit.	**50.** The Charter shall not be so interpreted as to suppress or limit the enjoyment or exercise of any human right or freedom not enumerated herein.
Elle doit également être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit visant à protéger la langue française conféré par la Charte de la langue française (chapitre C-11).	Moreover, the Charter shall not be so interpreted as to suppress or limit the enjoyment or exercise of any right intended to protect the French language conferred by the Charter of the French language (chapter C-11).

---

519 Voir *supra*, par. [417].

520 L'art. 50.1 a été ajouté à la *Charte québécoise* par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15, art. 2. Parallèlement, le préambule de la *Charte québécoise* est modifié pour y ajouter l'attendu suivant : « Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix; / *Whereas respect for the dignity of human beings, equality of women and men, and recognition of their rights and freedoms constitute the foundation of justice, liberty and peace*; » (*id.*, art. 1).

51. La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.	**51.** The Charter shall not be so interpreted as to extend, limit or amend the scope of a provision of law except to the extent provided in section 52.

[509] Les art. 53 à 55 énoncent pareillement des directives interprétatives : le doute dans l'interprétation d'une loi doit être tranché dans les sens indiqué par la *Charte québécoise* (art. 53), charte qui lie l'État (art. 54) et qui vise toute matière relevant de la compétence législative du Québec (art. 55). Pour sa part, l'art. 56, qui clôt cette section de la *Charte québécoise*, prescrit quelques définitions encadrant l'interprétation de divers articles et permettant d'en fixer le sens et la portée.

[510] Bref, tout indique que, dans cette section de la *Charte québécoise* où l'on retrouve aussi ces dispositions « spéciales » que sont les art. 49 (recours), 49.1 (recours en matière d'équité salariale) et 52 (suprématie des art. 1 à 38 et disposition de dérogation), l'art. 50.1 fait partie des dispositions interprétatives. En affirmant que « [l]es droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes / [*t*]*he rights and freedoms set forth in this Charter are guaranteed equally to women and men* », il énonce une règle qui lie l'interprète des dispositions consacrant ces droits et libertés.

[511] Et quels sont les droits et libertés ainsi garantis?

[512] Il s'agit de ceux que l'on trouve dans la partie I de la *Charte québécoise*, intitulée « LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE / *HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS* », à savoir les art. 1 à 48, qui énoncent et protègent respectivement les libertés et droits fondamentaux (art. 1 à 9.1), le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés (art. 10 à 20.1), les droits politiques (art. 21 et 22), les droits judiciaires (art. 23 à 38) et les droits économiques et sociaux (art. 39 à 48). Les autres dispositions interprétatives de la partie I (art. 50, 51, 53-56) ne peuvent elles-mêmes s'imposer sans que l'on tienne compte de l'égalité femmes-hommes, règle interprétative prédominante (encore qu'on voit mal comment elles pourraient y attenter).

[513] Quant aux art. 49 (recours) et 49.1 (qui renvoie les recours relatifs à l'équité salariale[521] à *Loi sur l'équité salariale*[522]), quelle qu'en soit la nature, ils ne peuvent mettre en péril le principe interprétatif de l'art. 50.1[523].

---

[521] L'équité salariale entre femmes et hommes est par ailleurs un droit protégé par l'art. 19 de la *Charte québécoise*.

[522] RLRQ, c. E-12.001.

[523] À moins, peut-être, qu'on veuille soutenir que l'art. 49.1 est discriminatoire en ce qu'il réserve un traitement différent aux personnes qui sont l'objet d'iniquité salariale au sens de l'art. 19 de la *Charte québécoise*, affirmation qui semble douteuse.

[514] Enfin, le rapport entre l'art. 50.1 et l'art. 52 *in fine* de la *Charte québécoise* est le même que celui qui existe entre les art. 28 et 33 de la *Charte canadienne* : l'art. 50.1 ne restreint pas l'art. 52 *in fine*, n'y apporte pas d'exception et ne le neutralise pas non plus en ce qui concerne l'établissement d'une distinction entre les sexes. Nous ne reprendrons pas ici le raisonnement relatif à l'art. 28, raisonnement transposable à l'art. 50.1 et porteur d'une semblable conclusion, c'est-à-dire :

- par sa vocation interprétative, l'art. 50.1 a le même effet que s'il était intégré à chacun des art. 1 à 48 de la *Charte québécoise*;

- à partir du moment où le législateur soustrait une loi ou une disposition législative à l'un ou l'autre des art. 1 à 38 de la *Charte québécoise*, les droits et libertés auxquels il déroge ne sont plus effectifs et n'offrent plus de protection aux personnes qui s'en prévaudraient autrement;

- l'art. 50.1, privé ainsi de son substrat, n'a alors plus d'application, du moins tant que la disposition dérogatoire est en vigueur, et il ne saurait empêcher une distinction fondée sur le sexe, directement ou indirectement.

D. Droits linguistiques constitutionnellement protégés

1. Article 23 de la *Charte canadienne*

[515] La contestation s'organise ici autour de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, un texte qu'il convient de reproduire en entier avant d'aborder l'étude qu'en fait le juge de première instance et les arguments qu'en tirent les parties qui l'invoquent.

23. (1) Les citoyens canadiens :	**23. (1)** Citizens of Canada
a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,	**(a)** whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or
b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,	**(b)** who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.	have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.
(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.	**(2)** Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.
(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :	**(3)** The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province
a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;	**(a)** applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and
b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.	**(b)** includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

Il suffit de lire une seule fois le texte de l'art. 23 de la *Charte canadienne* pour qu'un constat s'impose immédiatement à l'esprit : par la spécificité de ses clauses, cet article se distingue avec netteté de presque tous ceux qui, dans cette charte, sont énonciateurs de droits fondamentaux.

[516] Par ailleurs, on sait aussi que l'al. 23(1)*a*) est inapplicable au Québec[524].

---

[524] L'art. 59 de la *LC 1982* prévoit que l'al. 23(1)*a*) de la *Charte canadienne* entre en vigueur à la date fixée par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, après autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec. Or, aucune telle proclamation n'a été prise en vertu de cet article. L'al. 23(1)*a*) n'est donc jamais entré en vigueur au Québec.

2. Dispositif du jugement de première instance

[517] Allons d'abord à l'essentiel, soit l'impact sur la *Loi* que le juge, par le dispositif de son jugement, prête à l'art. 23.

[518] Selon son analyse, plusieurs dispositions de la *Loi* doivent être déclarées inopérantes envers les détenteurs de droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Rappelons pour fins de commodité une partie du dispositif, déjà reproduit en entier au début de ces motifs[525]. On voit de cet extrait comment le juge statue précisément sur la question en ciblant les dispositions qu'il estime déficientes :

> **Dans le dossier 500-17-109983-190 (Le dossier English Montreal School Board)**
>
> [1137] **ACCUEILLE** en partie la demande;
>
> [1138] **DÉCLARE** que le premier alinéa de l'article 4, les articles 6, 7, 8, 10, le premier et le deuxième alinéa de l'article 12, les articles 13, 14 et 16, lus en conjonction avec le paragraphe 7 de l'annexe I, le paragraphe 10 de l'annexe II et le paragraphe 4 de l'annexe III de la *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ c. L-0.3, violent l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
>
> [1139] **DÉCLARE** que ces violations ne peuvent se justifier aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
>
> [1140] **DÉCLARE** inopérants le premier alinéa de l'article 4, les articles 6, 7, 8, 10, le premier et le deuxième alinéa de l'article 12, les articles 13, 14 et 16, lus en conjonction avec le paragraphe 7 de l'annexe I, le paragraphe 10 de l'annexe II et le paragraphe 4 de l'annexe III de la *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ c. L-0.3, en vertu de l'article 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour toute personne, tant physique que morale, qui peut bénéficier des garanties prévues à l'article 23 de cette même Charte;

[519] Exception faite de la partie du jugement qui porte sur l'art. 3 de la *Charte canadienne* dans le dossier nº 500-17-108353-197, le volet du jugement qui porte sur l'art. 23 de la *Charte canadienne* est le seul où le juge donne raison à des parties qui avaient pris position contre la *Loi*. Il a suscité les réactions suivantes. Par leurs pourvois, le PGQ, PDF Québec et le MLQ ont attaqué les trois déclarations qui précèdent. Le QCGN s'est pourvu à son tour par appel incident. L'ACSAQ a demandé et obtenu l'autorisation d'intervenir à titre amical dans les pourvois du PGQ, de PDF Québec et du MLQ. La CSEM a pour sa part défendu les conclusions du jugement à cet égard. D'autres

---

525 *Supra*, par. [1].

parties étaient conviées aux débats à titre de mises en cause mais elles n'ont pas pris part aux plaidoiries orales devant la Cour.

3. Bref retour sur les motifs livrés en première instance

[520] Le juge de première instance analyse d'abord la portée de l'art. 23. Il accepte en premier lieu la proposition de la CSEM qui soutenait que l'art. 23 de la *Charte canadienne* doit recevoir une interprétation généreuse et libérale. Il souligne le rôle primordial de l'instruction dans le maintien et le développement des minorités linguistiques. En découle notamment le droit des minorités d'exercer une mesure de gestion et de contrôle sur les établissements d'instruction publique et sur leur programme éducatif. Une composante de ce droit est le pouvoir exclusif de prendre des décisions pour tout ce qui concerne l'instruction dispensée dans la langue de la minorité et les établissements qui offrent cet enseignement.

[521] Cela s'étend aux décisions relatives au recrutement et à l'affectation du personnel enseignant. Pour le juge de première instance, un tel pouvoir est vital pour l'épanouissement de la langue et de la culture de la minorité linguistique. Or, ce sont là deux éléments, la langue et la culture, que l'art. 23 sert à préserver. Et en l'espèce, une composante de cette culture provient de ce que « les commissions scolaires anglophones et leurs enseignant.es ou directeur.trices accordent une importance particulière à la reconnaissance et célébration de la diversité ethnique et religieuse » — du moins est-ce en ces termes que le juge résume au par. 983 de ses motifs ce qui, selon lui, a fait l'objet au procès d'une preuve non contredite. Et, de l'avis du juge, les contraintes que la *Loi* instaure en matière de recrutement de personnel entravent ce pouvoir de gestion et de contrôle des établissements d'enseignement de la minorité.

[522] En axant son analyse de cette manière, le juge de première instance se trouve à écarter d'emblée l'argument central du PGQ au sujet de l'art. 23. Le PGQ soutenait, en effet, que « la culture que l'article 23 cherche à promouvoir demeure intrinsèquement liée à la langue de la minorité, sans plus »[526].

[523] S'appuyant sur une expertise, le juge poursuit son analyse et note que l'absence de diversité au sein des enseignants, et particulièrement l'absence de référent visuel marqueur d'une certaine identité ethnique ou religieuse, aura des effets nocifs puisque la diversité en milieu scolaire contribue positivement et de diverses façons au développement des élèves. Ce raisonnement l'amène à conclure dans le sens des trois déclarations déjà reproduites ci-dessus[527] et qui figurent, rappelons-le, aux par. 1138, 1139 et 1140 du jugement de première instance.

---

526 Jugement de première instance, par. 960.
527 *Supra*, par. [518].

[524] L'atteinte étant à son avis démontrée, le juge de première instance s'attarde à la question de savoir si cette atteinte aux droits garantis par l'art. 23 constitue une limite raisonnable au sens de l'art. 1 de la *Charte canadienne*. Se pencher sur cette question n'était pas sans risque car, comme on l'a vu, le PGQ s'est abstenu en première instance d'offrir quelque preuve que ce soit sur cet aspect des choses et de plaider sur cette disposition de la *Charte canadienne*. Les motifs du juge qui traitent de l'art. 1 sont cependant fort étoffés et systématiques dans l'examen des critères apparus avec l'arrêt *Oakes*[528], d'autant que, comme l'observe le juge, les droits qui découlent de l'art. 23 sont soustraits à la disposition de dérogation de l'art. 33.

[525] Pour le juge, la conclusion s'impose d'emblée qu'en adoptant la *Loi*, le législateur s'attaquait à un objectif urgent et réel. Toutefois, le juge estime que les effets préjudiciables de l'atteinte sont disproportionnés par rapport à leurs effets bénéfiques et que, de ce fait, la justification de la mesure ne peut être démontrée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

[526] Cette conclusion sur l'art. 1 de la *Charte canadienne*, et celle antérieure selon laquelle la *Loi* enfreint l'art. 23 de la même charte, fournissent ensemble l'assise des conclusions déclaratoires reproduites ci-dessus et qui ont pour effet de rendre inopérantes plusieurs dispositions de la *Loi*.

4. Cadre d'application de l'article 23 de la *Charte canadienne*

[527] Doit-on confirmer que les dispositions de la *Loi* visées par les déclarations en question sont incompatibles avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*? Avant de considérer cette question, il y a lieu de rappeler succinctement ce que les parties ont plaidé à ce sujet, pour et contre la *Loi.* On s'arrêtera ensuite sur les principes d'interprétation qui ont été dégagés en marge de l'art. 23 et sur la jurisprudence pertinente, pour répondre à la question ainsi formulée.

a. Prétentions des parties

[528] De part et d'autre du débat, les parties reprennent en substance les arguments qu'elles ont fait valoir en première instance.

[529] Deux des parties qui se portent à la défense de la *Loi* ont longuement pris position sur l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

[530] Le PGQ réitère que l'art. 23 ne confère pas de protection autonome à la *culture* (par opposition à la *langue*) de la minorité anglophone du Québec. Une telle protection, qui serait indépendante de toute considération relative à la langue, n'existe pas. En

---

[528] *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-140.

interprétant l'art. 23, il importe de bien tenir compte de son contexte d'adoption. Sa finalité était et demeure de créer un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité linguistique officielle. Aussi, l'appartenance à une telle minorité est la condition *sine qua non* pour que l'art. 23 produise ses effets. Est sans pertinence l'appartenance à l'une quelconque des communautés culturelles qui se regroupent au sein de cette minorité. Le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité (et plus spécifiquement, le droit à des services éducatifs dans la langue de la minorité d'une qualité équivalente à ceux offerts dans la langue de la majorité) est le vecteur par lequel les caractéristiques culturelles de la minorité linguistique peuvent s'épanouir.

[531] Or, en l'espèce, les recours des opposants à la *Loi* ne sont pas fondés sur une insuffisance des ressources consacrées aux services éducatifs dispensés en langue anglaise. Rien dans la *Loi* ne prive les ayants droit de l'art. 23 d'un accès à des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité et rien non plus ne les empêche de contrôler et de gérer de tels établissements. En outre, il ne fait aucun doute que les établissements d'enseignement de la minorité anglophone du Québec sont de qualité équivalente à ceux de la majorité francophone. L'interprétation que fait le juge de première instance de l'art. 23 est inédite, elle est sans précédent. En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême pour soutenir cette interprétation, le juge omet de distinguer là où il devait le faire le contexte factuel des arrêts ainsi invoqués de celui, tout autre, de l'affaire en cours. À la seule exception du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*[529], tous les arrêts de la Cour suprême que cite le juge portent sur des demandes de communautés francophones hors Québec relatives à des besoins fondamentaux en matière de services éducatifs, tels que l'existence d'écoles, les moyens de transport scolaire, le financement pour y subvenir, ou encore l'admissibilité à l'instruction dans la langue minoritaire.

[532] À une seule exception près, qui n'est pas pertinente ici[530], la Cour suprême n'a jamais invalidé une disposition législative en ne s'appuyant que sur le pouvoir de gestion et de contrôle de la minorité linguistique. Aussi le PGQ reproche-t-il au juge de première instance d'avoir erré en omettant de distinguer entre ce que peut comprendre le pouvoir de gestion et de contrôle de la minorité et ce que l'art. 23 protège des interventions de l'État. Le juge, selon le PGQ, n'avait pas à déterminer si ce pouvoir de gestion et de contrôle s'entend aussi au Québec d'un droit des commissions scolaires anglophones de prendre des décisions relatives aux dimensions proprement culturelles ou religieuses de leurs activités. Il devait plutôt déterminer si la *Loi* entrave ou gêne celles de leurs prérogatives qui bénéficient véritablement de la protection de l'art. 23. Mais en subsumant sous les droits conférés par cette disposition un aspect culturel (et plus spécifiquement religieux), le juge a introduit dans l'art. 23 un élément de confessionnalité là où le Québec

---

529 [1985] 1 R.C.S. 721.

530 Il s'agit de l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, abordé plus loin.

s'est soustrait à l'art. 93 de la *LC 1867*. Par ailleurs, de tels éléments sont protégés par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*, auquel la *Loi* déroge expressément.

[533] Toujours selon le PGQ, l'art. 23 protège la langue et la culture qui lui est intrinsèquement liée; il n'a pas pour objet d'attribuer des droits à des sous-groupes culturels ou confessionnels qui appartiennent à la minorité linguistique. Dans cette optique, la preuve visant à démontrer au procès que les commissions scolaires anglophones accordent une importance particulière à la reconnaissance et à la célébration de la diversité n'était tout simplement pas pertinente. L'art. 23 ne garantit pas un prétendu droit des parents d'enfants de la minorité anglophone « à du personnel de leurs établissements d'enseignement portant des signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions ». Il existe ici un parallèle évident avec l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*[531], selon lequel les droits d'une minorité confessionnelle constitutionnellement protégés par l'art. 93 de la *LC 1867* ne s'étendent pas en matière d'éducation à une philosophie protestante fondée sur le pluralisme; de même, les droits d'une minorité linguistique constitutionnellement protégés par l'art. 23 de la *Charte canadienne* ne s'étendent pas à une aspiration culturelle comprenant le port de signes religieux.

[534] Pour le MLQ, l'interprétation de l'art. 23 retenue par le juge de première instance contrevient au principe de neutralité religieuse de l'État que consacre l'arrêt *Saguenay*[532] et qu'incorpore l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*. Elle se heurte également au *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire* entré en vigueur en 2008 et qui impose aux enseignants un devoir de réserve en matière religieuse. La Cour suprême avait reconnu en 1989, dans l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes*, précité, le droit du Québec de rendre obligatoire un régime pédagogique uniforme dans les écoles publiques. La *Loi* ne fait que compléter le régime déjà en place puisqu'elle précise ce en quoi consiste ce devoir de réserve en matière religieuse.

[535] Face au PGQ et au MLQ se trouvent la CSEM, l'ACSAQ et le QCGN, qui soutiennent le jugement de première instance dans son raisonnement et dans son résultat quant à l'application de l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

[536] La CSEM partage l'interprétation du juge de première instance : la *Loi* empêche les représentants de la minorité anglophone du Québec d'exercer leur droit de gestion et de contrôle sur son réseau scolaire, plus précisément en ce qu'elle ne leur permet pas de prendre des décisions en fonction des besoins et des préoccupations culturelles et religieuses de la minorité. La portée du droit de gestion et de contrôle à cet égard est d'ailleurs la seule question en cause ici, la CSEM ne niant pas que soit actuellement

---

531 [1989] 1 R.C.S. 377.

532 *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16.

respecté le droit des parents de la minorité anglophone de faire instruire leurs enfants dans des établissements de qualité équivalente à ceux que fréquentent les enfants de la majorité francophone. Cela dit, les prétentions du PGQ font abstraction de ce droit de contrôle et de gestion ou en présentent une lecture indûment restrictive.

[537] Pour la CSEM, le PGQ exclut à tort la culture du champ d'application de ce droit, composante de l'art. 23. La jurisprudence sur cet article insiste sur l'importance d'assurer le maintien et le développement de la communauté linguistique minoritaire. Et veiller à la situation d'une telle communauté implique nécessairement que l'on se soucie de deux éléments centraux de son identité et de son bien-être : sa culture et sa langue. Toujours selon la jurisprudence, l'art. 23 doit favoriser activement les cultures des minorités linguistiques et prévenir leur érosion. L'accent mis par la Cour suprême sur la préservation de la culture minoritaire contredit la thèse du PGQ selon laquelle l'art. 23 ne protège la culture que lorsque la langue minoritaire est atteinte par la mesure contestée.

[538] Cette compréhension des enjeux de l'art. 23 serait corroborée par les travaux de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme – la Commission Laurendeau-Dunton. Il est vrai que la commission recommandait que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité soit dissocié de toute considération confessionnelle dans les écoles de la minorité. Mais cela est sans réelle pertinence ici car la culture à l'égard de laquelle la CSEM invoque l'art. 23 est sans réelle connotation religieuse : il s'agit d'une attitude et d'une approche face à la diversité et non d'une adhésion aux préceptes d'une religion.

[539] En outre, toujours selon la CSEM, il faut garder à l'esprit la distinction entre l'art. 93 de la *LC 1867* et l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Langue et religion demeuraient étroitement liées à l'époque où l'art. 93 fut adopté. À la longue, le régime ainsi mis en place se révéla insuffisant pour protéger efficacement les minorités linguistiques officielles, et tout particulièrement la minorité francophone hors Québec, circonstance dont les auteurs de l'art. 23 avaient pleinement conscience. Aussi est-il paradoxal que le PGQ propose une interprétation étroite de l'art. 23. Celle-ci minimise l'importance de la culture en en faisant un simple attribut de la langue, un accessoire dépourvu d'autonomie et entièrement tributaire de la langue minoritaire. Or, rappelle la CSEM, lorsqu'en 1997 les par. (1) à (4) de l'art. 93 de la *LC 1867* furent rendus inapplicables au Québec, il y avait consensus que cette modification ne diminuerait en rien les droits de la minorité anglophone au Québec, et cela en raison de l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

[540] L'ACSAQ soutient à son tour que le juge de première instance a correctement interprété l'art. 23, soit de façon large et libérale, comme le demande la jurisprudence. Les droits que garantit cet article, incluant le droit de gestion et de contrôle des représentants de la minorité sur les institutions d'enseignement, sont une manifestation d'un principe constitutionnel désormais bien accepté, la protection des minorités. Il s'agit de prévenir l'assimilation des minorités linguistiques officielles, de promouvoir leur

épanouissement et, là où cela a lieu d'être, de remédier aux injustices historiques qu'elles ont pu subir.

[541] L'ACSAQ se range donc du côté de la CSEM quand celle-ci insiste sur l'importance de la culture parmi les objets que vise à protéger l'art. 23. Elle ajoute que, selon l'arrêt *Mahe*[533], toute question qui se rattache aux matières tombant sous le contrôle exclusif des représentants de la minorité doit être présumée en être une qui concerne la langue et la culture de la minorité. Cela signifie que toute mesure législative qui touche à l'une ou l'autre de ces questions doit être présumée affecter les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité. L'application d'une telle présomption confère une protection robuste aux préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité, tout en permettant à l'État de légiférer en matière d'éducation là où il détient le pouvoir de le faire.

[542] Comme la CSEM et l'ACSAQ, le QCGN considère qu'en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, la Cour n'a aucune raison d'intervenir pour infirmer le jugement de première instance.

b. Principes d'interprétation applicables

[543] Il est possible d'avancer quelques propositions synthétiques sur la façon aujourd'hui consacrée d'interpréter l'art. 23. Pour ce faire, il faut privilégier une méthode téléologique axée sur l'objet du droit garanti[534]. La disposition a un caractère à la fois préventif, réparateur et unificateur[535]. L'interprétation doit être sensible au contexte d'adoption de l'art. 23[536]. Elle doit être large et libérale[537], compatible avec le maintien et

---

533 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

534 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13 [« *CSFCB* »], par. 4; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47 [« *Nguyen* »], par. 26; Michel Doucet, Michel Bastarache et Martin Rioux, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel Bastarache et Michel Doucet (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, 1, p. 74.

535 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31 [« *CSFTNO* »], par. 1 et 79; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 15.

536 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14 [« *Solski* »], par. 5, où la Cour écrivait : « [...] le contexte social, démographique et historique de notre pays constitue nécessairement la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques. Celle-ci ne saurait s'effectuer dans l'abstrait, sans égard au contexte qui a conduit à la reconnaissance de ces droits ou aux préoccupations auxquelles leurs modalités d'application actuelles sont censées répondre ».

537 *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 23-24.

l'épanouissement des deux communautés linguistiques officielles du Canada[538], tout en demeurant fidèle au texte de la disposition[539].

[544] En ce qui concerne l'objet du droit garanti, les précisions suivantes sont utiles. Présentant un caractère à la fois préventif et réparateur, l'art. 23 a « non seulement pour objet de prévenir l'érosion des communautés linguistiques officielles, mais aussi de remédier aux injustices passées et de favoriser leur épanouissement »[540]. Il vise « à assurer la pérennité des communautés linguistiques au pays » tout en permettant à ces communautés « de s'épanouir dans leur propre langue et leur propre culture »[541]. Plusieurs années avant l'affaire de Colombie-Britannique d'où sont tirées ces trois dernières citations, le juge en chef Dickson, étudiant l'art. 23 dans l'important arrêt *Mahe*, avait également tenu le propos suivant sur le rapport entre la langue et la culture : « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question »[542]. En outre, comme on l'a mentionné au paragraphe précédent, la disposition a aussi pour attribut son caractère unificateur « dans la mesure où [elle] favorise la liberté de circulation et d'établissement en permettant aux citoyens de se déplacer partout au pays, sans crainte de devoir abandonner leur langue et leur culture »[543].

c. Genèse des droits garantis par l'article 23 de la *Charte canadienne*

i. Origine

[545] On peut affirmer sans crainte que l'art. 93 de la *LC 1867* est en quelque sorte l'ancêtre de l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Mais précisons en tout premier lieu que cet art. 93 tel qu'il est rédigé reflète la réalité qui prévalait au moment de son entrée en vigueur, lorsque « l'enseignement religieux et l'enseignement dans la langue minoritaire allaient de pair »[544]. Et l'on peut ajouter qu'à l'époque, la religion se voyait donner priorité sur la langue.

---

538 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 20.

539 *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, par. 36-37. Voir aussi : *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 8 et 139.

540 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 15. Voir aussi : *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 79.

541 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 157. Voir aussi : *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 7.

542 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362.

543 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 15.

544 Michel Bastarache, « Le rôle des tribunaux dans la mise en œuvre des droits linguistiques au Canada », (2010) 40:1 *R.G.D.* 221, p. 221. Il faudrait cependant compléter et nuancer cette observation en tenant compte du fait qu'en Ontario, par exemple, les anglo-catholiques irlandais au sein des effectifs scolaires ont longuement bénéficié de l'art. 93. Voir aussi : Jean-François

[546] Cela transparaît du fait que, dans ce contexte d'origine, il demeurait constitutionnellement possible d'interdire l'enseignement dans la langue d'une minorité linguistique, comme le démontre la jurisprudence sur le *Regulation 17* du ministère de l'Éducation ontarien[545]. En concluant à l'instar des tribunaux ontariens que ce texte réglementaire était *intra vires*, le Conseil privé se trouvait à confirmer que l'art. 93 de la *LC 1867* ne protégeait pas l'enseignement en français en Ontario.

[547] Diverses autres mesures législatives ou réglementaires eurent ailleurs au Canada des effets comparables au règlement ontarien. L'érosion du français, langue minoritaire à l'extérieur du Québec, s'ensuivit[546], de même que le déclin de plusieurs communautés francophones[547]. Cette situation, qui a changé avec l'adoption de l'art. 23 de la *Charte canadienne*[548], générait d'évidentes tensions. Elles menèrent à la création en 1963 de la Commission Laurendeau-Dunton, dont les rapports parurent entre 1967 et 1970. L'un d'eux, publié en 1968, porte sur l'éducation et sur l'instruction dans la langue de la minorité linguistique. Cette dernière question acquerrait ainsi avec le temps une importance de premier plan, l'enseignement d'une langue minoritaire devenant une préoccupation plus pressante que l'enseignement religieux.

[548] Aussi les auteurs de la *Charte* estimèrent-ils nécessaire quelques années plus tard de traiter explicitement de la question dans leur projet. Ils cherchaient, cela est certain, « 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 »[549]. Mais, de façon plus spécifique, ils souhaitaient corriger la situation antérieure qu'avait consolidée la jurisprudence du début du XXème siècle, situation qui prévalait encore à la fin des années 1970. C'est ce qu'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Solski* :

> 21 Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité consacrés à l'art. 23 ont une portée nationale et un caractère réparateur. Au moment où cette disposition a été adoptée, ses rédacteurs connaissaient et considéraient

---

Gaudreault-DesBiens et Danielle Pinard, « Les minorités en droit public canadien », (2003-04) 34 *R.D.U.S.* 197, p. 211-212.

545 *Mackell v. Ottawa Separate School Trustees* (1915), 24 D.L.R. 475, voir notamment p. 489-492 (motifs du j. Garrow) (C.A. Ont.), conf. par *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell* (1916), [1917] A.C 62, p. 70-72 (C.P.).

546 L'auteur Nicolas M. Rouleau décrit cette évolution dans « Section 23 of the Charter: Minority-Language Education Rights », (2008) 39 *S.C.L.R.* (2d) 261, p. 268-270.

547 Vanessa Gruben, « Language Rights in Canada: A Theoretical Approach », (2008) 39 *S.C.L.R.* (2d) 91, p. 112.

548 Ainsi, dans l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25 [« *CSFY* »], la juge Abella, qui signe les motifs unanimes de la Cour, décrit aux par. 70 à 73 une évolution qui pourrait être de nature à stabiliser, sinon à inverser, la situation qui existait avant l'entrée en vigueur de l'art. 23.

549 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 74.

> inadéquats les divers régimes applicables aux minorités linguistiques anglophones et francophones du Canada. L'article 23 était destiné à offrir une solution uniforme qui permettrait de combler les lacunes de ces régimes. [...][550]

ii. Portée

[549] En termes généraux et abstraits, la jurisprudence de la Cour suprême enseigne que l'art. 23 est une composante essentielle de la protection constitutionnelle des langues officielles au Canada. La disposition revêt de ce fait « une importance capitale »[551]. Cela tient au « rôle primordial que joue l'instruction dans le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle »[552] des communautés linguistiques minoritaires, car celles-ci constituent des « composantes essentielles à l'épanouissement du Canada comme pays bilingue »[553].

[550] Quelque chose de distinctif caractérise d'ailleurs l'art. 23 : c'est une garantie juridique unique, propre au Canada[554], qui possède une portée collective mais qui confère aussi des droits individuels[555] et qui impose des obligations positives à l'État[556]. Comme le notait la Cour suprême il y a presque vingt ans :

> 23 [...] L'article 23 vise clairement à protéger et à préserver, partout au Canada, les deux langues officielles et les cultures qui s'y rattachent; son application touche forcément l'avenir des communautés linguistiques minoritaires. Les droits garantis par l'article 23 sont, dans ce sens, des droits collectifs, ce que reflètent d'ailleurs les conditions assortissant leur exercice. [...] Néanmoins, bien qu'ils présupposent l'existence d'une communauté linguistique susceptible d'en bénéficier, ces droits ne se définissent pas avant tout comme des droits collectifs. Un examen attentif de la formulation de l'art. 23 révèle qu'il s'agit de droits

---

550 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14. En ce sens, le juge en chef Wagner mentionne que l'un des objets de l'art. 23 était de « modifier le statu quo » : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 3.

551 *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, par. 28.

552 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 350.

553 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 2.

554 *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21 [« *Rose-des-vents* »], par. 25; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66 [« *Quebec Association of Protestant School Boards* »], p. 79. Voir aussi : *Procureur général du Québec c. Quebec English School Board Association*, 2020 QCCA 1171, par. 18.

555 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 3; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 23; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 23; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 28.

556 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 2.

> individuels en faveur de personnes appartenant à des catégories particulières de titulaires de droits.[557]

Commentant cet aspect des choses, l'auteur Mark C. Power ajoutait ce qui suit :

> [...] l'article 23 ne trouve pas sa place au sein des catégories dans lesquelles les juristes spécialisés dans les droits de la personne ont traditionnellement rangé les droits fondamentaux. En raison de son objet, c'est un droit social et collectif, alors que son statut constitutionnel, sa justiciabilité évidente et sa portée en font également un droit individuel et civil. [...]
>
> [...]
>
> Ces diverses considérations contribuent à faire de l'article 23 une garantie constitutionnelle originale et même sans précédent, une disposition qui pourrait être considérée, selon la Cour suprême, comme authentiquement canadienne.[558]
>
> [Renvois omis]

[551] Si maintenant l'on s'éloigne des considérations générales et abstraites pour se rapprocher de la lettre de l'art. 23, on remarque d'abord, comme on l'avait déjà noté ci-dessus[559], la spécificité de la disposition. La portée des droits des minorités linguistiques en matière d'éducation est donc assujettie à diverses conditions précises[560] : ainsi, ce peut être pour les parents titulaires de tels droits, d'avoir reçu au Canada une instruction primaire dans une langue minoritaire, de résider dans une province où cette langue demeure celle de la minorité linguistique, et d'exercer les droits visés par l'art. 23 au bénéfice de leurs enfants, là où le nombre d'enfants à instruire dans cette langue minoritaire est suffisant pour justifier et dicter les diverses mesures à prendre en application des droits en question. Il y a évidemment place à des interprétations judiciaires en présence d'expressions telles que « lorsque le nombre de ces enfants le justifie », mais il reste que les termes mêmes de la disposition expriment plusieurs conditions *a priori* dénuées d'ambiguïté et susceptibles de s'avérer très contraignantes pour quiconque souhaiterait revendiquer les droits garantis par l'art. 23.

[552] Or, il est acquis, et ce depuis l'arrêt *Mahe*, que l'art. 23 énonce une « exigence "variable" »[561], ou plutôt, selon la terminologie qui a désormais cours, une « échelle

---

557 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.

558 Marc C. Power, « Les droits linguistiques en matière d'éducation », dans Michel Bastarache et Michel Doucet (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, 657, p. 675-676.

559 *Supra*, par. [515].

560 Pour la raison déjà évoquée, *supra*, note 524, la description qui suit ne tient pas compte de l'al. 23(1)*a*).

561 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 366.

variable » donnant ouverture à une « gamme de services éducatifs »[562]. Ces services visent à donner plein effet au droit reconnu à certains citoyens canadiens, et selon les termes précis du par. 23(3), « de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité / *to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the* [...] *linguistic minority population* ». La limite inférieure de l'échelle variable correspond à ce seul droit à l'instruction (al. 23(3)*a*)). La limite supérieure comprend aussi le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité / *minority language educational facilities* » (al. 23(3)*b*)), ce qui se traduit par un « niveau supérieur de gestion et de contrôle » sur ces établissements et sur l'instruction qui y est dispensée[563]. Revenant sur ces éléments en 2020, la Cour suprême a formulé les observations suivantes :

> [24] [...] à la limite inférieure, les bénéficiaires de l'art. 23 ont le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité linguistique officielle. Toutefois, le niveau de contrôle qu'exerce la minorité sur la prestation de l'instruction augmente en fonction du nombre d'enfants d'ayants droit. À la limite inférieure de l'échelle, la minorité n'a droit qu'à l'instruction dans sa langue. Au milieu, elle pourrait contrôler une ou plusieurs salles de classe dans une école de la majorité ou encore une portion d'une école partagée avec la majorité. Elle pourrait également contrôler l'embauche du personnel enseignant ainsi que certaines dépenses. À la limite supérieure, la minorité contrôle un établissement d'enseignement distinct, c'est-à-dire une école homogène. Le nombre d'enfants d'ayants droit peut en outre donner droit à la gestion et au contrôle d'un conseil scolaire distinct. Bref, une fois que le seuil minimal de l'al. (3)*a)* a été franchi, l'échelle variable permet de déterminer le niveau de services qui correspond au degré de contrôle qu'exercera la minorité sur la prestation des services éducatifs.[564]

Dans le dossier en cours, personne ne conteste que le nombre d'enfants anglophones au Québec les situe à la limite supérieure de l'échelle.

[553] La question de la portée de l'art. 23 s'apprécie également en fonction de considérations qualitatives. C'est encore la Cour suprême qui, par sa jurisprudence, est venue expliciter cet aspect des choses. Cette jurisprudence établit que les minorités linguistiques ont le droit d'obtenir une « expérience éducative réellement équivalente à

---

562 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 24.

563 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 24; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 370. Voir aussi: *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 29.

564 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13.

celle de la majorité »[565]. Une expérience éducative n'est pas « réellement équivalente » lorsqu'un parent raisonnable, titulaire de droits en vertu de l'art. 23, est dissuadé d'exercer ses droits linguistiques parce que l'école de la minorité offre des services éducatifs de qualité véritablement inférieure à ceux dispensés par l'école de la majorité[566]. Pour mesurer la qualité de l'instruction offerte à la minorité, les tribunaux doivent donc « se livrer à un processus de comparaison entre l'école de la minorité et les écoles de la majorité qui constituent une solution de rechange réaliste »[567].

[554] Nous indiquions quelques lignes plus haut qu'il est constant pour les parties que l'effectif des enfants anglophones au Québec place leur cas au sommet de l'échelle identifiée dans les arrêts *Mahe* et *CSFCB*[568]. Il est constant aussi que la qualité de l'expérience éducative offerte au Québec aux enfants anglophones est « réellement équivalente » à celle dont bénéficient les enfants francophones. De ce constat découle une chose : l'analyse qui reste à faire doit avoir pour objet essentiel le « droit de gestion et de contrôle » que la Cour suprême rattache à l'al. 23(3)*b*). Il faut donc se tourner vers cette notion pour tirer de la jurisprudence les derniers éclaircissements utiles qu'elle fournit sur la portée de cette notion et de l'art. 23.

[555] L'arrêt *Mahe* est unanime. Il reconnaît qu'une mesure appréciable de gestion et de contrôle est d'importance vitale pour assurer l'épanouissement de la langue et de la culture de la minorité linguistique[569] et qu'elle est donc indispensable à l'objet de l'art. 23[570]. Il en est ainsi parce que « plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel »[571]. La Cour reconnaît ainsi que les décisions prises à l'égard de ces questions peuvent avoir des impacts, « de façons subtiles mais importantes » [572], sur la vigueur et la survie de la langue et de la culture de la minorité. En outre, le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté montre bien que les minorités linguistiques « ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles »[573]. Il s'ensuit qu'aux termes de l'al. 23(3)*b*), le groupe linguistique minoritaire

---

565 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 26 et 104 et s.; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 3 et 35; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1 [« *Arsenault-Cameron* »], par. 31; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 378.

566 *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 35.

567 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 26.

568 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13.

569 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 372.

570 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 371-373.

571 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 372.

572 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 372.

573 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 372.

doit avoir un contrôle exclusif « sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture »[574]. Il convient ici de citer au texte les observations du juge en chef Dickson, là où il résume sa pensée :

> À mon avis, le degré de gestion et de contrôle exigé par l'art. 23 de la *Charte* peut, selon le nombre d'élèves en cause, justifier l'existence d'un conseil scolaire indépendant. Toutefois lorsque les chiffres ne justifient pas ce niveau maximum de gestion et de contrôle, ils peuvent néanmoins être assez élevés pour exiger la représentation de la minorité linguistique au sein d'un conseil scolaire existant. Dans ce dernier cas :
>
> (1) La représentation de la minorité linguistique au sein des conseils locaux ou des autres pouvoirs publics qui administrent l'instruction dans la langue de la minorité ou les établissements où elle est dispensée, devrait être garantie;
>
> (2) Le nombre de représentants de la minorité linguistique au sein du conseil devrait être au moins proportionnel au nombre d'élèves de la minorité linguistique dans le district scolaire, c.-à-d. au nombre d'élèves de la minorité linguistique qui relèvent du conseil;
>
> (3) Les représentants de la minorité linguistique devraient avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment :
>
> a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements;
>
> b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements;
>
> c) l'établissement de programmes scolaires;
>
> d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs; et
>
> e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique.[575]

---

[574] *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 375.
[575] *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 377.

Ce passage est repris tel quel dans la conclusion qui précède immédiatement le dispositif de l'arrêt. Le règlement 490/82, que visait aussi la contestation des appelants[576], est déclaré incompatible avec l'art. 23. Le passage illustre bien l'effet de curseur, ou « l'échelle variable », qui doit caractériser l'interprétation de l'art. 23 par les tribunaux. L'impact structurant de cet arrêt sur le système scolaire ne pouvait être que considérable[577].

[556] Notons toutefois que l'attribution d'un pouvoir de gestion et de contrôle aux parents visés par l'art. 23, ou à leurs représentants, n'exclut pas par principe la « réglementation provinciale »[578]. En effet, ce sont les législatures provinciales qui, aux termes de l'art. 93 de la *LC 1867*, ont le pouvoir exclusif de légiférer en matière d'éducation. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que les provinces ont « un intérêt dans le contenu et les normes de qualité des programmes scolaires » sur leur territoire[579]. Les mesures législatives qu'elles adoptent et les régimes d'enseignement qu'elles mettent en place dans la langue de la minorité doivent cependant demeurer conformes aux exigences de l'art. 23 de la *Charte canadienne*[580]. Chaque province peut donc imposer des programmes scolaires dans les établissements d'enseignement de la minorité (comme dans ceux de la majorité), à la condition que ces programmes ne soient pas incompatibles avec les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité[581]. Il s'ensuit que le gouvernement « ne peut pas se servir des exigences pédagogiques établies pour répondre aux besoins des élèves de la majorité linguistique pour mettre en échec les considérations culturelles et linguistiques applicables aux élèves de la minorité linguistique »[582].

5. Analyse et décision

a. État actuel de la jurisprudence relative à l'article 23

[557] L'art. 23 instaure en matière d'éducation primaire et secondaire un régime de protection des deux langues officielles du Canada là où, au pays, ces langues sont

---

576 Les appelants souhaitaient que 100% de l'instruction reçue par leurs enfants soit en langue française, tandis que ce règlement exigeait qu'environ 20% de l'enseignement soit en langue anglaise : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 393.

577 C'est ainsi que, dans un texte de doctrine postérieur à la décision, un auteur, qui était aussi l'avocat mandaté pour plaider au nom du procureur général de la Saskatchewan devant la Cour suprême dans l'affaire *Mahe*, a pu écrire : « [...] Mahe *must also be seen as a remarkable example of judicial activism. It clearly illustrates the willingness of the Supreme Court to tailor its legal reasoning in order to advance constitutional policy objectives* » : Robert G. Richards, « *Mahe v. Alberta*: Management and Control of Minority Language Education », (1991) 36:1 *R. D. McGill* 216, p. 217.

578 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 380.

579 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 380.

580 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 10. L'al. 23(1)*a*) ne s'appliquant pas au Québec, ce facteur distingue le législateur québécois des autres législatures provinciales.

581 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 380.

582 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, par. 38.

minoritaires. Il constitue « la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme »[583]. Si l'art. 23 vise à préserver et à promouvoir les cultures anglophone et francophone minoritaires, ce ne peut être que par le vecteur de la langue elle-même, et aux conditions fixées dans cette disposition. Autrement dit, l'art. 23 protège la culture dans sa dimension linguistique, mais pas toutes les manifestations culturelles de la minorité linguistique. Aussi aurait-on tort d'y voir une garantie constitutionnelle de la survie et de l'avancement de la culture anglophone et de la culture francophone, là où l'une et l'autre sont minoritaires, lorsqu'on les considère isolément et en tant que telles. Dans un cas où les conditions d'application de l'art. 23 seraient satisfaites et où le gouvernement concerné respecterait intégralement les obligations que lui impose cette disposition, le déclin local de la culture véhiculée par une langue minoritaire, aussi regrettable qu'il puisse être, pourrait survenir malgré tout et en dépit des garanties de l'art. 23. Cela, en soi, ne donnerait lieu à aucune réparation aux termes de la *Charte canadienne*.

[558] Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême remarque que « [l]e texte actuel de l'art. 23 témoigne indubitablement des difficultés éprouvées au cours des discussions et des négociations qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne en 1982 »[584]. Et l'on savait depuis l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards* que, tel que formulé, l'art. 23 vise notamment à réformer un certain archétype de législations provinciales considérées indûment défavorables aux langues minoritaires[585]. C'était un aspect des choses, écrivait la Cour suprême, qui « saute aux yeux »[586]. La rédaction méticuleuse de la disposition, car c'est bien de cela qu'il s'agit, s'explique en partie par des données et des considérations historiques de cet ordre.

[559] Il faut donc concilier la lettre de l'art. 23 avec la nécessité de lui donner une interprétation large, libérale et téléologique, axée sur l'objet du droit garanti et respectueuse du caractère « préventif, réparateur et unificateur » de la disposition[587]. Il est certain que ces finalités ne sont pas mutuellement exclusives, elles convergent et se complètent. Pour mener à bien cet exercice d'interprétation, on peut trouver appui dans la jurisprudence de la Cour suprême, en tenant compte à la fois des motifs livrés par ses juges et de ce qu'accomplissent réellement, dans l'ordre du fait, les arrêts de la Cour prononcés en application de l'art. 23 depuis son entrée en vigueur.

---

583 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 350.

584 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 9.

585 *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 79-80.

586 *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 79.

587 Voir : *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 1 et 79; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 15.

[560] Il n'y a rien d'inexact dans les propos tenus par le juge de première instance aux par. 939 à 952 de ses motifs, lorsqu'il relate l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'art. 23. Le juge s'emploie ensuite à reprendre dans leurs grandes lignes les prétentions des parties sur ce qu'il faut tirer de cette jurisprudence et il est clair que rien ne lui a échappé dans ce qu'elles plaidaient. Cela l'amène à citer au par. 975 un extrait du rapport de la Commission Laurendeau-Dunton où celle-ci offre une définition du terme « culture ». Puis, le juge poursuit en ces termes :

> [976] Point besoin de disserter longuement pour comprendre que la langue et la culture constituent deux concepts différents, la seconde englobant assurément la première, alors que la langue participe à l'élaboration partielle de ce qui englobe les caractéristiques culturelles d'un groupe en particulier.
>
> [977] Dans *Mahe*, la Cour suprême enseigne :
>
> > [...] Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de leur langue et de leur culture. Ils sont nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel. Je tiens pour incontestable que la vigueur et la survie de la langue et de la culture de la minorité peuvent être touchées de façons subtiles, mais importantes par les décisions prises sur ces questions. [...]
>
> [978] Dans le contexte actuel, il ne fait aucun doute que la religion participe à l'identité culturelle d'une communauté. À titre d'exemple, personne ne saurait raisonnablement soutenir qu'à tout le moins jusqu'au milieu des années soixante la religion catholique ne participait pas de façon significative à définir un des traits culturels de la population francophone québécoise, tout comme, de façon générale, le protestantisme pouvait le faire pour la communauté anglophone.[588]

[561] Une question à résoudre avant toute autre, ici, est celle de savoir si, s'autorisant de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'art. 23, le juge de première instance a eu raison de prêter à la notion de culture l'extension qu'il lui a donnée dans ses motifs. Partant de cette prémisse, il a conclu que la *Loi* entravait une orientation culturelle propre aux institutions d'enseignement publiques de langue anglaise, à savoir la promotion et la célébration de la diversité religieuse. C'est cette lecture de la jurisprudence qui lui permet au par. 1140 de son jugement de déclarer inopérantes plusieurs dispositions de la *Loi*. Il conclut ainsi parce que, selon lui, elles contreviennent aux droits de « toute personne, tant physique que morale, qui peut bénéficier des garanties prévues à l'article 23 [de la *Charte canadienne*] ». Pour répondre en pleine connaissance de cause à cette première

---

588 L'extrait que reproduit le juge est tiré de l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 372.

question, il est nécessaire de passer en revue toute la jurisprudence pertinente et de la scruter sur le plan du droit mais aussi sur celui des faits.

[562] Avant toutefois d'étudier cette jurisprudence et de la commenter, notons que rien dans la *Loi* ne concerne de quelque façon que ce soit la langue d'enseignement, minoritaire ou non, dans les établissements primaires et secondaires. Certes, des parties comme la CSEM subissent l'effet de cette loi, et cela alors même que, par ailleurs, elles bénéficient en toute légitimité des garanties de l'art. 23, comme le confirme le juge au par. 953 de ses motifs dans le cas précis de cette commission scolaire. Mais il reste qu'au Québec, aucun des ayants droit explicitement visés par l'art. 23 (c.-à-d. les citoyens canadiens, parents d'enfants d'âge scolaire, qui satisfont aux conditions de l'al. 23(1)*b*) et des par. 23(2) et (3)) ne se voit privé d'un droit reconnu par cette disposition. C'est par interprétation de la disposition, enrichie d'accrétions jurisprudentielles successives sur lesquelles elle s'appuie, que la CSEM a pu développer son argument central. Elle l'a d'ailleurs reconnu en toute transparence dès le début de sa plaidoirie, lorsque son avocate a déclaré que : « *This is a management and control case, nothing else* ». Il y a donc lieu en entamant l'étude de la jurisprudence de revenir sur l'arrêt *Mahe*[589], celui d'où provient l'idée de contrôle et de gestion.

[563] Cet important jugement, dont le long extrait précité[590] laissait présager la conclusion, est en un sens l'arrêt fondateur dans la jurisprudence sur l'art. 23. Il opposait le gouvernement de l'Alberta et des parents francophones de la région d'Edmonton qui se qualifiaient comme ayants droit en vertu de l'art. 23. La Cour suprême y expose pour la première fois la théorie de l'« échelle variable »[591], en formulant une série de lignes directrices de nature prétorienne rendues nécessaires pour la mise en œuvre harmonieuse des al. 23(3)*a*) et *b*) de la *Charte canadienne.* Arrêt unanime, rédigé par le juge en chef Dickson, il fait autorité depuis plus de 33 ans.

[564] Il n'est pas hors de propos de rappeler qu'à l'époque, selon les données relevées par la Cour suprême[592], on recensait dans la ville d'Edmonton environ 2 948 ayants droit francophones, parents de quelque 4 127 enfants, dont 3 750 étaient d'âge scolaire. En outre, une école francophone y accueillait 242 élèves de la maternelle à la sixième année et 73 autres dans un programme d'immersion en 7e et 8e années. C'est dans ce contexte que M. Mahe et les autres appelants avaient exprimé leur demande initiale. Le juge en chef la décrit en ces termes :

---

589 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.
590 *Supra*, par. [555].
591 Cela semble désormais être une expression consacrée, comme on l'a déjà mentionné. On trouve aussi dans l'arrêt *Mahe* de la Cour suprême les expressions « exigence variable » et « critère variable ».
592 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 386-387.

> [...] ils ont fait tenir au ministre de l'Éducation de l'Alberta une proposition prévoyant la création à Edmonton d'une nouvelle école primaire publique de langue française qui : (1) instruirait les enfants francophones exclusivement en français et dans une ambiance totalement « française », (2) serait administrée par un comité de parents sous l'égide d'un conseil scolaire français autonome, et (3) aurait un programme reflétant la culture linguistique française.[593]

S'étant heurtés à un refus du ministère, qui les informa que la province avait pour politique de ne pas créer de district scolaire français, les appelants s'adressèrent aux tribunaux. Ils eurent en partie gain de cause en première instance et devant la Cour d'appel de l'Alberta, avant de poursuivre la contestation en Cour suprême.

[565] La notion « de contrôle et de gestion » que consacre la Cour suprême dans l'arrêt *Mahe* était déjà apparue en jurisprudence avant cet arrêt[594], mais on ne lui avait jamais rattaché les nombreux attributs dont la Cour la pourvoit ici[595]. Nul doute que l'arrêt *Mahe* aura beaucoup fait pour autonomiser l'enseignement en langue française au sein de la minorité francophone d'Alberta. On peut observer, cependant, qu'en 1990, année de l'arrêt *Mahe,* donc longtemps avant qu'on abolisse au Québec les commissions scolaires confessionnelles pour les remplacer par des commissions scolaires linguistiques, les institutions scolaires anglophones financées par des fonds publics y jouissaient déjà d'une autonomie encore bien plus grande que ce que cet arrêt dépeint de la situation alors en existence en Alberta. Il en était d'ailleurs ainsi depuis de nombreuses années, remontant jusque bien avant l'entrée en vigueur de l'art. 23.

[566] Dans le sillage de l'arrêt *Mahe*, plusieurs autres arrêts ont été rendus par la Cour suprême où il est question de l'art. 23. Si certains sont sans réelle pertinence ici parce que la disposition en question n'y tient qu'un rôle secondaire ou y est abordée sous un angle qui ne concerne pas le litige en cours[596], d'autres ont illustré ou consolidé les notions développées dans l'arrêt *Mahe*. Ce sont ces arrêts sur lesquels il convient maintenant de revenir plus longuement.

[567] L'avis déposé en réponse au *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*[597], fait suite à une décision de la Cour d'appel du Manitoba rendue avant l'arrêt *Mahe*. Cela explique que les juges manitobains n'étaient pas unanimes sur l'existence ou non d'un pouvoir de gestion et de contrôle découlant du par. 23(3). La Cour suprême convient toutefois que le *Renvoi* est une suite logique de l'arrêt *Mahe*, où l'on

---

593 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 351-352.

594 En particulier dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491.

595 Le juge en chef Dickson y consacre les p. 369-380 de l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

596 Par exemple, *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 ou *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15.

597 [1993] 1 R.C.S. 839 [« *Renvoi sur les écoles publiques du Manitoba* »].

présentait la « démarche générale » à suivre lorsque l'interprétation de l'art. 23 est en cause; l'occasion lui est donc maintenant donnée de « préciser davantage le contenu [des] droits »[598] conférés par l'art. 23.

[568] Le juge en chef Lamer, qui tient la plume au nom de la Cour, réitère « la reconnaissance du fait que les écoles de la minorité jouent un rôle utile à la fois comme centres culturels et comme établissements d'enseignement »[599]. Il revient sur l'appariement entre les points distincts dans l'échelle variable et les droits différents qui en découlent : si le nombre d'élèves de la minorité est très faible, il n'est pas nécessaire de créer un programme d'instruction dans la langue minoritaire, mais un nombre plus élevé peut justifier la mise sur pied du genre d'établissement d'enseignement que décrit l'art. 23, alors qu'au haut de l'échelle le nombre d'enfants commande la création d'un conseil scolaire pour la minorité linguistique[600]. La suffisance du nombre d'élèves, selon le cas, demeure une question de contexte.

[569] Par ailleurs, rappelle le juge en chef, les droits prévus par l'art. 23

> sont conférés individuellement aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire. La jouissance de ces droits n'est pas liée à la volonté du groupe minoritaire auquel ils appartiennent, fût-elle celle de la majorité de ce groupe, mais seulement au « nombre d'enfants » suffisant.[601]

[570] Enfin, l'accent est mis sur l'importance de laisser au gouvernement une discrétion suffisante dans le choix des moyens pour se conformer à l'art. 23 – dans l'arrêt *Mahe*, le juge en chef Dickson avait écrit à ce propos que le gouvernement « devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23 »[602].

[571] Le *Renvoi sur les écoles publiques du Manitoba* apporte bien quelques précisions sur la portée de l'arrêt *Mahe*, mais en dernière analyse sa principale contribution aura été d'étendre à la minorité francophone du Manitoba le bénéfice que la minorité francophone de l'Alberta avait reçu trois ans auparavant avec le dépôt de l'arrêt *Mahe*.

[572] Une illustration peut-être plus frappante encore de la portée concrète, dans les faits, de l'art. 23 nous est donnée avec l'arrêt *Arsenault-Cameron*[603]. Parce que le nombre anticipé d'élèves satisfaisait au critère applicable, des parents francophones s'étaient vu

---

598 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849.
599 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 855.
600 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 857-858.
601 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 862.
602 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 393.
603 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1.

offrir par la commission scolaire française compétente que, lors d'une prochaine année scolaire, l'enseignement en français langue première serait dispensé de la première à la sixième années dans la localité S et qu'une école française serait ouverte à cette fin. Le ministre de l'Éducation reconnaissait que le nombre d'élèves justifiait la prestation de cet enseignement à même les fonds publics mais il ne donna pas suite à l'offre de la commission, estimant plutôt que le transport scolaire vers la localité A et vers l'école française qui s'y trouvait déjà représentait une solution plus avantageuse. La demande de jugement déclaratoire des parents confirmant qu'ils avaient droit à l'enseignement en français dans la localité S fut accueillie, décision qui fut cassée en appel, d'où le pourvoi en Cour suprême.

[573] D'emblée, les juges Major et Bastarache, qui rédigent conjointement les motifs unanimes d'une formation des neuf juges de la Cour, identifient la principale question à trancher. Elle diffère quelque peu de celles formulées par les parties. Il s'agit en l'occurrence de décider si le droit de gestion et de contrôle exercé par la commission scolaire de langue française sur l'emplacement d'une école doit prévaloir sur le pouvoir discrétionnaire du ministre d'approuver ou de rejeter la décision de la commission[604]. La Cour répond à cette question par l'affirmative.

[574] Outre des commentaires utiles sur le caractère réparateur de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, sur la notion d'égalité entre communautés linguistiques qui sous-tend cette disposition et sur l'expression « nombre suffisant » qui y figure, la Cour se penche assez longuement sur la question du transport scolaire[605]. Elle reproche au ministre de ne pas avoir tenu compte de l'âge des élèves concernés et d'avoir appliqué dans l'évaluation de la durée des déplacements une norme provinciale indifférente au contexte. Or, on voit en consultant le jugement prononcé par la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel, que le temps passé à bord des autobus pour se rendre de la localité de S à celle de A, et pour en revenir, était fort long, soit environ deux heures[606]. Les parents avaient plusieurs raisons de refuser cette solution : une durée de déplacement quotidienne de cette importance empêchait les enfants, dont beaucoup étaient très jeunes, de participer aux activités parascolaires, elle créait des difficultés pour rencontrer les enseignants ou pour aller chercher un enfant en raison d'un rendez-vous, d'une urgence ou d'un malaise. Comme le notent les auteurs des motifs de la Cour suprême : « La décision du ministre créait une situation qui avait pour effet de dissuader de nombreux enfants visés par l'art. 23 de fréquenter l'école de la minorité linguistique en raison de la durée du transport »[607]. Ce facteur aurait une incidence sur l'assimilation des enfants de la minorité

---

604 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, par. 6.

605 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, en particulier aux par. 49-51.

606 Au par. 26 de ce jugement, rendu dans le dossier *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1998), 160 D.L.R. (4th) 89 (C.A. P.E.I.), on peut lire : « *For the students from* [la localité S] *area registered at L'École Évangéline* [de la localité A] *in grades one to six for the 1995 school year the average time between their departure from home and arrival at school was 57 minutes.* »

607 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, par. 50.

linguistique, alors que pour les raisons expliquées par les juges Major et Bastarache, la question du transport scolaire n'entraînait aucune répercussion culturelle sur les enfants de la majorité linguistique. On voit qu'il importe de particulariser ou de contextualiser l'analyse, sans se limiter à une égalité formelle qui assimilerait le résultat souhaitable pour la minorité à ce dont se satisfait la majorité linguistique. La jurisprudence parle alors d'égalité « réelle » plutôt que « formelle »[608].

[575] Un autre arrêt pertinent est celui qui fut prononcé dans *Solski*[609]. Il s'appuie sur les motifs unanimes de la Cour suprême siégeant en formation de sept juges. En l'espèce, ce sont moins les faits de l'affaire, passablement éloignés de ce qui est en cause ici, que le raisonnement de la Cour qui attire l'attention.

[576] L'arrêt *Solski* traite de l'interaction entre l'art. 23 de la *Charte canadienne* et certaines dispositions de la *Charte de la langue française*. On sait que, depuis le 31 décembre 1977, le premier alinéa de l'art. 72 de cette dernière charte disposait que « [l]'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires, sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre / *[i]nstruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise* »[610]. Le litige de 2005 portait sur une version aujourd'hui abrogée de l'art. 73 de la *Charte de la langue française*, version qui, dans la gestion des exceptions à la règle qu'énonce le premier alinéa de l'art. 72, avait établi en 2002 le critère de « la majeure partie de l'enseignement / *major part of the* [...] *instruction* ». Ainsi, à titre d'exemple, le premier paragraphe de la version alors en vigueur de l'art. 73 prévoyait ce qui suit :

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :	**73.** The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:
1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;	(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

[577] Il ressort de l'arrêt *Solski* que la notion de « majeure partie de l'enseignement » recevait de la part du ministère de l'Éducation et du Tribunal administratif du Québec une

---

608 Voir : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 3.

609 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.

610 En 2022, les mots « à la présente section » (« *this division* ») ont remplacé les mots « au présent chapitre » (« *this chapter* »).

interprétation mettant l'accent sur une analyse quantitative : ainsi, dans le cas du par. 1°, précité, pendant combien d'années ou de mois le parent intéressé avait-il été inscrit ailleurs au Canada dans une école de langue anglaise? C'est ce à quoi s'attaquait la partie appelante en Cour suprême, Mme Casimir, qui avait été autorisée à se substituer à M. Solski. Sans remettre en question la validité constitutionnelle de l'art. 73, la Cour suprême intervient pour substituer à l'analyse quantitative une analyse qualitative plus conforme selon elle à l'art. 23. Elle note :

> 35 La question pertinente consiste donc à se demander si le critère de la « majeure partie » est compatible avec l'objet du par. 23(2) et s'il peut garantir que les enfants qu'il est censé protéger seront admis dans des écoles de la minorité linguistique. À notre avis, selon l'interprétation qu'en donne le TAQ, ce critère a une portée trop limitée; il ne permet pas de réaliser l'objet du par. 23(2) et on ne saurait donc dire qu'il le complète ou qu'il lui sert de substitut valable. Par conséquent, le critère de la « majeure partie » ne peut être sauvegardé que si on donne à l'adjectif « majeure » un sens qualitatif plutôt que quantitatif.
>
> [...]
>
> 37 L'interprétation mathématique restrictive manque de souplesse et peut même avoir pour effet d'empêcher un enfant de recevoir un enseignement essentiel au maintien de son lien avec la communauté et la culture minoritaires. [...][611]

[578] Pour expliquer l'approche qu'impose l'art. 23 dans l'évaluation de la « majeure partie de l'enseignement », la Cour suprême précise dans la suite de ses motifs quels sont certains facteurs à considérer : (i) combien de temps a été passé dans chaque programme?; (ii) à quelle étape des études le choix de la langue d'instruction a-t-il été fait?; (iii) quels programmes sont offerts ou l'étaient?; (iv) existe-t-il des problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés[612]? Mais il y a plus que cela à l'arrêt *Solski* car, en poussant plus à fond l'analyse, la Cour suprême illustre en quoi l'évaluation respectera véritablement la finalité de l'art. 23, soit « assurer la pérennité des communautés linguistiques au pays » tout en permettant à ces communautés « de s'épanouir dans leur propre langue et leur propre culture »[613].

[579] Il est même souhaitable que, dans cette analyse, l'on soit sensible aux dimensions proprement socioculturelles de l'appartenance à un groupe linguistique minoritaire. La Cour en donne quelques exemples :

---

611 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.
612 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 39-45.
613 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 157.

> 44 [...] En examinant la situation qui existe dans une province autre que le Québec, il faut se rappeler qu'il se pourrait que des parents assimilés aient envoyé leur enfant à l'école de la majorité linguistique et que, dans la dernière portion du cheminement scolaire de l'enfant, ils se soient ravisés et l'aient inscrit à l'école de la minorité linguistique pour l'aider à réintégrer la communauté linguistique minoritaire et à en adopter la culture. Il se peut que l'enfant ait disposé d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité pendant tout son cheminement scolaire, mais que le choix de l'y inscrire ne soit devenu viable que lorsque les parents assimilés ont décidé de l'aider à rétablir des liens avec la communauté linguistique minoritaire et sa culture. [...][614]

[580] Se penchant plus loin sur le cas d'un enfant inscrit en immersion française à l'extérieur du Québec, et qui, de retour au Québec, se voyait refuser l'accès à l'école anglaise par des décisions administratives et du TAQ, la Cour suprême apporte les nuances suivantes dans l'examen de cette situation :

> 50 [...] Cette décision ne tient pas compte des différences importantes qui existent entre les programmes d'immersion et les programmes d'enseignement dans la langue de la minorité. À l'extérieur du Québec, les programmes d'immersion sont conçus pour donner une formation dans la langue seconde aux enfants qui fréquentent les écoles destinées à ceux et celles qui adoptent la langue de la majorité. Ces programmes sont offerts dans un environnement où il existe une majorité linguistique et où la langue de la majorité est parlée en dehors des classes et pendant les activités parascolaires. Ils sont offerts dans des écoles de la majorité linguistique faisant partie du système scolaire de cette majorité. Il leur manque donc l'élément culturel essentiel à l'instruction dans la langue de la minorité, qui a été analysé dans l'arrêt *Mahe*. [...][615]

[581] Dans *Nguyen*[616], la Cour suprême reviendra sur son analyse tirée de l'arrêt *Solski* et elle élaborera sur le concept de « parcours scolaire authentique », en insistant ici encore sur l'importance de tenir compte des dimensions socioculturelles des décisions prises par les ayants droit de l'art. 23 au sujet de la scolarisation de leurs enfants. Cet arrêt se soldera par une nouvelle modification de l'art. 73 de la *Charte de la langue française*, apportée par la *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*[617]. Il n'y a pas lieu de s'arrêter plus longuement ici sur cet arrêt.

---

614 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.
615 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.
616 *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47.
617 L.Q. 2010, c. 23.

[582] Vient ensuite l'arrêt *Rose-des-vents*[618]. Premier d'une deuxième génération d'arrêts[619], *Rose-des-vents* soulevait une nouvelle problématique. En effet, l'arrêt *Mahe* et le *Renvoi sur les écoles publiques du Manitoba* étaient des décisions programmatiques, elles mettaient en place un cadre général et abstrait pour assurer la mise en œuvre de l'art. 23 et elles en fixaient les modalités d'utilisation. L'arrêt *Arseneault-Cameron* fut l'occasion d'un débat sur ce que l'on pourrait qualifier de derniers préparatifs pour donner effet à l'arrêt *Mahe* : devait-on opter pour une école autonome et homogène de langue française, et la construire là où elle n'existait pas, ou devait-on plutôt se satisfaire d'un plan de transport scolaire vers une école qui présentait déjà des caractéristiques satisfaisantes mais dans une localité différente et éloignée? Et à qui revenait-il de trancher la question? L'arrêt *Rose-des-vents* survient une fois l'étape initiale de la mise en œuvre terminée, alors qu'une l'école française autonome et homogène existe déjà, qu'elle est gérée depuis plus de dix ans par un conseil scolaire francophone et que se pose la question de la suffisance des services qui y sont dispensés : sont-ils équivalents à ceux offerts dans les écoles de la majorité linguistique, ce que les titulaires de droits en vertu de l'art. 23 sont en droit d'obtenir?

[583] L'association des parents de l'école estimait que non et elle entreprit une procédure contre le ministère de l'Éducation et le conseil scolaire francophone compétent pour faire constater par jugement déclaratoire l'état de la situation. Le juge de première instance lui a donné raison sur le principe, tout en scindant l'instance pour la suite. La Cour d'appel, entre autres choses pour des raisons techniques, soit le fait pour le juge de première instance d'avoir ordonné la radiation de certaines allégations en défense, a infirmé le jugement et renvoyé l'affaire en Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[584] Sur un plan normatif, la Cour suprême du Canada saisit l'occasion pour clarifier plusieurs points, dont l'un, important, relatif à la nature de cette comparaison majorité-minorité. Celle-ci doit être de nature contextuelle et holistique, et porter notamment sur les installations matérielles de même que sur la qualité de l'instruction, les résultats obtenus par les élèves, les activités parascolaires et la durée des déplacements en transport scolaire ou autre. Comme l'écrit la juge Karakatsanis : « Une telle approche s'apparente à la façon dont les parents prennent des décisions relatives à l'instruction de leurs enfants »[620].

---

618 *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21. Dans les jugements rendus par les tribunaux de Colombie-Britannique, l'école est identifiée par le nom Rose-des-Vents.

619 C'est d'ailleurs ce qui explique la remarque de la juge Karakatsanis dès les premières lignes des motifs qu'elle rédige au nom de la Cour : elle parle d'une « nouvelle génération de questions liées aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité » : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 1.

620 *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 39.

[585] Mais, on l'a vu plus haut[621], il s'agit ici d'accrétions jurisprudentielles ou prétoriennes. Aussi importe-t-il, pour en bien saisir le sens, de ne pas perdre de vue les circonstances particulières de l'affaire. Ce sont elles, ici, qui inspirent la Cour suprême. En découle la valeur ajoutée par l'arrêt aux principes d'interprétation de l'art. 23. Quelles étaient ces circonstances[622]?

[586] Les résultats scolaires des élèves de l'école Rose-des-vents étaient satisfaisants dans l'ensemble, mais le juge de première instance refusait de privilégier ce seul aspect des choses en se contentant de le comparer avec l'état des résultats scolaires dans les écoles anglaises[623]. Et de fait, le tableau était moins encourageant lorsqu'on l'envisageait sous plusieurs autres angles. À l'époque, l'école partage ses locaux avec une école secondaire française et on peut qualifier Rose-des-vents de petite école primaire surpeuplée. Sa capacité, selon les mesures admises (soit la capacité opérationnelle ou nominale), est de 199 à 215 élèves. Elle en compte 344. Le conseil scolaire et le ministère concèdent qu'il en est ainsi – et de fait, depuis 2008, le ministère considère que la construction d'une nouvelle école de langue française est « une grande priorité ». Pourtant, tout cela reste encore à faire en 2015. À cet état de choses s'ajoutent plusieurs autres faits révélateurs : les locaux en général sont exigus; la bibliothèque dont dispose l'école est « très petite »; il n'y a aucun local adaptable dans l'école; plusieurs classes sont dépourvues de fenêtres, et seules trois d'entre elles ont la superficie minimale recommandée par le ministère ou le conseil scolaire; les toilettes sont inadéquates; et, selon ce qui s'est dit à l'école, la configuration des lieux et l'insuffisance des espaces de rangement auraient contribué à la propagation de vermine (en clair, des poux) dans la population étudiante. Le terrain de jeux est lui aussi à l'étroit. La comparaison avec les écoles de langue anglaise confirme qu'il n'existe pas d'égalité réelle entre Rose-des-vents et ces écoles. Cette inégalité se répercute aussi sur le plan du transport scolaire, nettement plus contraignant pour les élèves de l'école Rose-des-vents. Ces constats ne manquent pas de laisser songeur[624] et de telles situations mettent souvent beaucoup de temps à se corriger[625].

---

621 *Supra*, par. [562].

622 Voir : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 5 à 13.

623 *L'Association des parents de l'école Rose-des-Vents v. Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, 2012 BCSC 1614, par. 134-135.

624 D'aucuns pourraient être tentés d'évoquer ici l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), 347 U.S. 483. L'analogie serait bien imparfaite. Ce sont les membres de la minorité linguistique, ici, qui tiennent à leurs écoles homogènes, autonomes et distinctes de celles de la majorité. Rien ne leur est imposé par la majorité, sauf peut-être une certaine pénurie de moyens dans la réalisation de leurs objectifs, sans nécessairement que ce soit de propos délibéré.

625 L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans ce dossier date du 24 avril 2015. Le 26 septembre 2016, la Cour suprême de la Colombie-Britannique rendait un jugement dans lequel elle dressait le constat suivant : « *The school facility presently housing École Élémentaire Rose-des-Vents does not allow the CSF to offer a global educational experience that is equivalent to that in comparator elementary*

[587] La Cour suprême du Canada infirme la Cour d'appel, rétablit le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, entérine ses conclusions de droit et de fait[626], et approuve la façon dont le juge avait géré l'instance – il avait estimé, dans un jugement interlocutoire rendu quelques mois avant le procès, qu'il fallait « éviter les risques d'assimilation dus aux atermoiements » des autorités scolaires[627].

[588] À peine trois semaines après le dépôt de l'arrêt *Rose-des-vents*, la Cour suprême se prononçait de nouveau sur l'art. 23 dans l'arrêt *CSFY*[628]. L'affaire concernait les conditions d'admission à l'école Émilie-Tremblay, seule école française au Yukon, administrée par la commission scolaire appelante (« la Commission »).

[589] La majeure partie de cet arrêt porte sur une question étrangère au débat en cours ici, soit celle de savoir si le comportement du juge de première instance avait fait naître une crainte raisonnable de partialité pour la procureure générale du Yukon. À l'instar de la Cour d'appel du Yukon, la Cour suprême répond par l'affirmative à cette question. Le dossier est donc retourné en première instance pour être instruit de nouveau.

[590] Cela dit, une question de droit s'était posée en Cour suprême et qui est d'intérêt pour nos fins actuelles. Il s'agissait de savoir si la Commission était habilitée à décider unilatéralement qui étaient les élèves admissibles à l'école Émilie-Tremblay. Quelques précisions sur le contexte de l'affaire aident à comprendre quel en était l'enjeu. Le litige avait pour origine une procédure entreprise par la Commission contre le gouvernement du Yukon au motif que, selon elle, ce dernier manquait à ses obligations dans la prestation des services d'enseignement en français. Depuis 1996, année de la création de la Commission, un règlement adopté en vertu d'une loi du Yukon définissait l'expression « élève admissible », prescrivant ainsi qui se qualifiait pour fréquenter une école française. Il suffit de dire ici que cette définition reprenait presque exactement les termes de l'art. 23. Or, depuis sa création, et à la connaissance des autorités provinciales, la Commission avait admis à l'école Émilie-Tremblay des élèves qui n'étaient pas les enfants de titulaires de droits en vertu de l'art. 23. Au début du procès sur la demande

---

schools. » : *Conseil-scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia (Education)*, 2016 BCSC 1764, par. 6834 j).

626 La juge Karakatsanis prend toutefois soin de préciser qu'on ne pourrait affirmer que « le jugement déclaratoire rendu par le juge constitue une conclusion complète selon laquelle il y a violation de la *Charte* ». Il en est ainsi parce que, dans la suite de l'instance, l'hypothèse d'une justification en vertu de l'art. 1 de la *Charte canadienne* demeurait à explorer : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 61.

627 Voir : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 14, un facteur que mentionnait le juge de première instance dans ses motifs : *L'Association des parents de l'école Rose-des-Vents v. Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, 2011 BCSC 89, par. 68, et *L'Association des parents de l'école Rose-des-Vents v. Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, 2012 BCSC 1614, par. 7.

628 *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25.

instituée par la Commission, le gouvernement lui fit savoir que, désormais, il entendait appliquer selon sa teneur le règlement susmentionné. La juge Abella, qui rédige les motifs unanimes des sept juges de la formation, présente la question en ces termes :

> [66] Il s'agit donc de savoir si l'art. 23 confère à la Commission le pouvoir unilatéral d'admettre d'autres élèves que ceux « admissibles » au sens du *Règlement*. Cela soulève des questions concernant le partage des pouvoirs constitutionnels.[629]

[591] L'éducation, on le sait, est un chef de compétence provinciale. En 2013, la Cour avait noté que, « même si elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces »[630]. La juge Abella ajoute à ce sujet, dans ses motifs de l'arrêt *CSFY*, que « [l]e fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques »[631]. Et, poursuivant son analyse, elle souligne qu'une province peut validement déléguer à une commission scolaire de la minorité linguistique le pouvoir de déterminer les conditions d'admission de ce qu'elle appelle les « enfants de non-ayants droit ». Cela, note-t-elle, s'est effectivement produit dans différentes parties du pays, ce qu'elle illustre avec des renvois à quelques lois provinciales.

[592] Néanmoins, tel n'est pas le cas dans cette affaire, ce qui force la conclusion que la question identifiée ci-dessus au par. [590] et tirée du par. 66 de l'arrêt *CSFY* doit recevoir une réponse négative :

> [74] En l'espèce, [...] le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le *Règlement*. La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23 : voir *Mahe*, p. 362-365. Mais il s'agit là d'une autre question que celle de savoir si la Commission a, en l'absence d'une délégation de la part du Yukon, le droit unilatéral de décider d'admettre d'autres enfants que ceux visés par l'art. 23 ou le *Règlement*.[632]

---

629 *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25.

630 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, par. 56.

631 *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, par. 68.

632 *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25.

[593] Ce qui précède démontre que la lettre de l'art. 23 conserve toute son importance. Il semble plausible, en effet, que permettre dans une école de la minorité linguistique l'addition d'enfants de non-ayants droit aux effectifs de ceux des titulaires de droits en vertu de l'art. 23 ne pourrait que soutenir et renforcer la promotion de la langue et de la culture minoritaires. Bien que ce dernier objectif soit indéniablement une finalité de l'art. 23, il ne l'emporte pas sur son sens là où ce dernier ne prête pas à interprétation.

[594] L'arrêt *CSFY* fait également ressortir que les droits découlant de l'art. 23 peuvent recevoir une modulation différente en différents endroits du pays. C'était clairement le cas ici puisque, à la différence de certaines écoles de la minorité linguistique ailleurs au pays, et même après l'arrêt *CSFY*, l'école Émilie-Tremblay au Yukon ne pouvait bénéficier de l'apport d'effectifs plus importants que ceux explicitement et limitativement visés par l'art. 23. Dans le *Renvoi sur les écoles publiques du Manitoba*, le juge en chef Lamer avait d'ailleurs déjà écrit :

> [...] l'accent mis sur le contexte historique de la langue et de la culture indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province.[633]

[595] Qu'en est-il? La réalité de cette dynamique linguistique et la puissance d'attraction respective des langues et cultures associées aux deux langues officielles du pays démontrent qu'il doit en être tenu compte dans l'interprétation de l'art. 23. Ainsi, mentionnons le problème des « écoles passerelles », sur lequel s'est penchée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nguyen*[634]. À l'époque, ce problème se posait de manière tangible au Québec. Or, personne n'a jamais entendu dire, ni à plus forte raison n'a constaté, que le même problème se posait avec la même acuité, quoique de manière inversée, c'est-à-dire sous la forme d'écoles passerelles vers des écoles homogènes françaises, dans des provinces du Canada autres que le Québec. Au Canada, la puissance d'attraction du français et celle de l'anglais diffèrent, comme celle des cultures qui s'y rattachent étroitement. Il est permis d'en tenir compte.

[596] Certains croiront peut-être déceler dans le récent arrêt *CSFTNO*[635] un infléchissement partiel des conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *CSFY*. Néanmoins, cet arrêt paraît dénué d'impact sur l'arrêt *CSFY* là où ce dernier a quelque pertinence dans le débat ici en cours.

---

633 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 851. Voir aussi : *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 85.

634 *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, voir notamment le par. 7.

635 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31.

[597] L'arrêt *CSFTNO* concernait les enfants de parents dont il était constant qu'aucun d'entre eux n'avait qualité d'ayant droit aux termes de l'art. 23[636]. Même s'ils ne détenaient aucun droit en vertu de cette disposition, ces parents souhaitaient inscrire leurs enfants dans une école française minoritaire des Territoires du Nord-Ouest. La commission scolaire francophone du lieu leur avait donné son accord, contrairement à la ministre responsable du réseau scolaire qui avait fait obstacle à leur volonté dans des décisions administratives relevant de sa compétence. D'où le recours en contrôle judiciaire que la commission scolaire exerça afin de faire casser ces décisions.

[598] On voit donc que cet arrêt portait spécifiquement sur la faculté des parents en cause d'inscrire leurs enfants comme élèves dans une école de la minorité linguistique. Aucune démarche de ce genre n'est ici remise en question. Et l'on voit aussi que, dans le cadre de cet arrêt *CSFTNO*, on ne contestait pas la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement pris en vertu d'une loi; on attaquait plutôt la légalité de décisions administratives discrétionnaires qui limitaient l'accès à l'école française. La Cour suprême met d'ailleurs l'accent sur les conditions d'exercice d'un tel pouvoir là où les valeurs de la *Charte canadienne* entrent en jeu[637]. Elle termine son analyse par ce qu'elle qualifie de « précisions importantes »[638] : bien qu'elle rende décision en faveur de la commission scolaire appelante, la Cour mentionne que les arrêt *Solski*[639] et *Nguyen*[640] conservent toute leur portée et que le modèle du libre choix de la langue d'enseignement demeure sans application dans un cas comme celui dont elle est saisie. En somme, rien dans cet arrêt n'appuie la thèse de la CSEM sur les effets de l'art. 23.

[599] Un dernier arrêt mérite lui aussi un examen attentif : *CSFCB*[641]. En 2020, le conseil appelant (« le Conseil »), seul du genre en Colombie-Britannique, administrait 37 écoles à l'échelle de la province. Par sa procédure introductive d'instance, il visait à faire corriger des violations alléguées de l'art. 23, dont certaines touchaient divers aspects du financement des services dispensés par le Conseil, et d'autres concernaient des demandes d'approbation de nouvelles écoles ou d'améliorations à apporter à des écoles existantes. Insatisfait du résultat obtenu en première instance, le Conseil, qui avait eu partiellement gain de cause, porta le jugement en appel. La Cour d'appel rejeta son pourvoi et accueillit le pourvoi incident de la province qui, de son côté, contestait l'octroi de dommages-intérêts au Conseil par la juge de première instance. En Cour suprême,

---

636 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 63 et 84.

637 Aussi la Cour mentionne-t-elle entre autres jugements pertinents les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.

638 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 103.

639 *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.

640 *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47.

641 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13.

les motifs majoritaires de sept juges sont de la plume du juge en chef Wagner. Il y accueille en partie le pourvoi du Conseil. Les juges Brown et Rowe sont dissidents en partie.

[600] L'arrêt *CSFCB* fut l'occasion pour la Cour suprême de procéder à une mise à jour complète du cadre d'analyse établi par l'arrêt *Mahe*. Après avoir constaté que les jugements de première instance et d'appel dans le dossier procédaient à une analyse poussée et rigoureuse de divers enjeux, le juge en chef Wagner ajoute néanmoins, et d'emblée, que ces juridictions « ont adopté une interprétation démesurément restrictive de l'art. 23 »[642]. Aussi l'arrêt *CSFCB* offre-t-il des indications précises et fort éclairantes sur ce qu'il faut tirer de l'arrêt *Mahe*, sans pour autant remettre en question les principales caractéristiques du cadre d'analyse contenu dans cet arrêt. Puis, aux par. 90 à 93 des motifs majoritaires, le juge Wagner fait la synthèse de cette démarche, avant de l'appliquer aux faits que le procès a mis en évidence. On ne commentera pas dans les présents motifs l'ensemble des éclaircissements apportés par la Cour suprême, car de nombreux éléments d'analyse dans l'arrêt *CSFCB* portent sur des considérations tout à fait étrangères à ce qui est en cause dans les pourvois actuellement devant la Cour. Il est cependant opportun de mentionner ses aspects les plus saillants pour nous, ceux qui peuvent se révéler pertinents ici.

[601] La structure mise sur pied par l'arrêt *Mahe* demeure en place, mais ce qu'il faut soupeser dans l'appréciation de chacune de ses composantes évolue et se précise. Au sommet de l'échelle variable en Colombie-Britannique se trouvent les écoles dites « homogènes[643] » de langue française. Ce sont des établissements entièrement distincts, gérés et contrôlés par la minorité linguistique. Une école homogène minoritaire a toujours lieu d'exister là où les enfants de cette minorité se présentent en nombre suffisant pour égaler du côté des enfants de la majorité les effectifs qui justifient pour eux la création d'une école homogène de langue anglaise dans la même région. L'opération de dénombrement doit tenir compte des projections démographiques à long terme. Pour être équitable, il peut arriver qu'elle doive s'effectuer sur une base provinciale plutôt que locale. Un nombre X d'écoles homogènes de la majorité pour des effectifs d'élèves comparables à ceux de la minorité fait présumer que, toute proportion gardée, un nombre X d'écoles homogènes de la minorité serait lui aussi approprié, étant entendu par ailleurs que « comparable » ne signifie pas « identique ». La province peut cependant contrer cette présomption par une preuve prépondérante qui en réfute les éléments constitutifs, en tout ou en partie. À mesure que l'on s'éloigne du sommet et que l'on se rapproche de la base de l'échelle, l'attention se porte vers la gamme des services scolaires dispensés à la minorité et la question centrale devient celle de savoir s'il existe

---

642 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 3.

643 Par opposition aux écoles « hétérogènes », parmi lesquelles se rangent celles qui rassemblent sous un même toit des classes anglaises et françaises.

une équivalence entre ceux offerts à la majorité et ceux offerts à la minorité. Ce faisant, équivalence formelle et équivalence proportionnelle cèdent le pas devant le véritable critère applicable, celui de l'équivalence réelle. Il doit être abordé conformément à l'approche présentée dans l'arrêt *Rose-des-vents*, en gardant toujours à l'esprit le risque d'assimilation et d'érosion culturelle de la minorité.

[602] Ce qui précède doit se comprendre en tenant compte de l'impact réel (c.-à-d. en fait) de l'arrêt de la Cour. La complexité de l'exercice d'appréciation qu'impose le cadre d'analyse fixé par elle ressort de manière frappante du dispositif majoritaire dans l'arrêt *CSFCB*[644]. Il en était déjà de même du dispositif du jugement de première instance[645], alors que la Cour suprême n'avait pas encore apporté les précisions que contient l'arrêt *CSFCB*. La juge de première instance avait conclu que les communautés francophones de Squamish, Sechelt (secteur de l'école élémentaire du Pacifique), Penticton (secteur de l'école élémentaire Entre-Lacs) et Vancouver Ouest[646] avaient droit à des écoles homogènes. Cette interprétation de l'arrêt *Mahe*, on l'a vu, parut « démesurément restrictive » à la majorité de la Cour suprême. Elle ajoute donc plusieurs écoles homogènes (pour Abbotsford, la vallée centrale du Fraser, Burnaby, Chilliwack, Vancouver Nord-Est, Victoria Est, Victoria Nord, Victoria Ouest et Whistler[647]). La capacité d'accueil de ces écoles homogènes, qui se chiffrait à 900 élèves après le jugement de première instance, augmente de 967 places pour passer à 1867 élèves. Le dispositif de l'arrêt *CSFCB*, qui revêt la forme d'une série de conclusions déclaratoires, contient également quatre jugements visant quatre régions distinctes et tous libellés de la même façon, comme le suivant pour la région de Kelowna :

> [183] [...]
>
> e) Les enfants des ayants droit de la région de Kelowna sont en droit de bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à celle offerte dans les écoles avoisinantes de la majorité.[648]

---

644 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 182 à 187.

645 *Conseil-scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia (Education)*, 2016 BCSC 1764, par. 6834 à 6837, à l'issue d'un procès de 238 jours entre décembre 2013 et février 2016.

646 *Conseil-scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia (Education)*, 2016 BCSC 1764, par. 6834 b), e), g) et i). Les par. 6834 b), e) et g) correspondent respectivement dans l'arrêt *CSFCB* aux par. 183 k), j) et i).

647 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 183 a), b), c), d), l), m), n), o) et p).

648 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13. Voir aussi : *id.*, par. 183 f), g), et h).

b. <u>Effet de l'article 23 en l'occurrence</u>

[603] Si l'on rassemble les indications tirées de la jurisprudence qui précède pour tenter d'en faire une courte synthèse, on constate en premier lieu que, parmi les mesures prises par les tribunaux lorsqu'ils estiment que le régime de l'art. 23 les impose, toutes sans exception touchent à l'épicentre des droits linguistiques minoritaires en milieu scolaire. Elles concernent notamment ceci :

i. les conditions matérielles, pédagogiques et administratives de la prestation de l'enseignement dans la langue minoritaire (le droit à l'instruction dans la langue minoritaire, le droit à des classes distinctes où se donne un enseignement dans la langue minoritaire, le droit à une représentation proportionnelle de la minorité dans les conseils ou les commissions scolaires de la majorité linguistique, le droit à des écoles « homogènes » dans la langue minoritaire, le droit à des conseils ou commissions scolaires autonomes pour gérer l'école ou les écoles homogènes, le droit de gestion et de contrôle exclusif sur ces établissements);

ii. les modalités d'accompagnement de l'activité scolaire (tels le transport scolaire ou les activités parascolaires culturelles et sportives);

iii. les effets potentiellement dissuasifs auprès des ayants droit de certaines mesures prises en application de l'art. 23, parfois susceptibles d'accélérer l'assimilation de la minorité ou l'érosion de sa culture en raison des impacts de tel ou tel régime pédagogique (seulement quelques heures d'enseignement dans la langue minoritaire, ou encore l'apprentissage d'une langue minoritaire comme langue seconde dans des classes d'immersion plutôt que l'enseignement de la langue minoritaire comme langue première dans une école de la minorité linguistique).

[604] Pour les minorités linguistiques et culturelles anglaises et françaises du Canada, l'art. 23 sert de rempart contre leur propre déclin. La volonté d'éviter les risques d'assimilation dus aux atermoiements fréquemment constatés dans ce secteur d'activité gouvernementale est donc une considération importante et fréquemment invoquée par les tribunaux. Or, ce facteur précis est totalement absent du dossier en cours.

[605] Dans l'interprétation et l'application de l'art. 23, il faut d'abord se soucier du sort fait aux droits des titulaires ou des ayants droit visés par la disposition, puis de l'impact que l'atteinte à ces droits peut avoir sur la situation des autres bénéficiaires du régime, tels les élèves du primaire et du secondaire ou les « établissements », nous dit l'art. 23, destinés à les accueillir. Après tout, la *Charte canadienne* introduit l'art. 23 sous la rubrique « DROITS À L'INSTRUCTION DANS LA LANGUE DE LA MINORITÉ / *MINORITY LANGUAGE EDUCATIONAL RIGHTS* ». Or, aucun ayant droit n'est préjudicié ici. Rien dans la *Loi* n'affecte de quelque façon que ce soit l'emploi de la langue anglaise dans les programmes

d'enseignement. Rien ne restreint non plus son usage illimité en contexte scolaire, que ce soit par les élèves, dans les bureaux des commissions scolaires de la minorité linguistique ou encore dans les écoles où les membres de la minorité linguistique exercent leurs professions comme enseignants, professionnels de soutien pédagogique, gestionnaires d'école ou autrement. Est plutôt en cause ici une restriction sur le recrutement du personnel, laquelle demeure cependant étrangère à toute considération linguistique.

[606] En outre, aucun des arrêts examinés dans les pages précédentes ne s'approche de près ou de loin de la situation dont le juge de première instance était saisi. Il est certain que les principes que la Cour suprême dégage de l'art. 23 doivent être interprétés avec souplesse, cela va de soi. Néanmoins, le texte même d'une disposition de la Constitution peut imposer des contraintes évidentes, ce à quoi il a déjà été fait allusion. Interpréter la jurisprudence qui traite de la *Charte canadienne* comporte aussi ses propres contraintes. Il faut là aussi être attentif au contexte, ce qui impose de tenir compte des faits pertinents qui ont motivé les avancées de la jurisprudence. L'idée même de précédent dépend de cela – et un précédent, c'est beaucoup plus que de simples mots susceptibles d'être cités hors contexte, c'est aussi le contexte d'où ils émergent. Le contexte éclaire le lecteur sur le sens des mots utilisés, sur leur acception propre dans ce cas-ci ou dans celui-là, et il informe le lecteur sur leur portée intentionnelle.

[607] L'argumentaire des parties opposées à la *Loi*, s'il y était donné suite, constitutionnaliserait artificiellement une pratique, d'ailleurs d'apparition récente, qui n'a strictement rien à voir avec la langue anglaise telle qu'elle est enseignée et utilisée par la minorité linguistique du Québec en milieux scolaires primaire et secondaire. On tente de justifier ce raisonnement, qui tient au mieux de l'extrapolation normative, en invoquant la faculté pour les établissements issus de l'art. 23 de perpétuer et de promouvoir la « culture » particulière qu'on dit véhiculée dans le réseau scolaire de langue anglaise, culture qui favoriserait la diversité, notamment religieuse.

[608] La notion polymorphe de « culture », entendue ici comme une notion d'ordre ethnologique ou sociologique, est certainement plus vaste que celle de « langue de la minorité ». Elle est même potentiellement fort extensible. Cette notion embrasse des quantités de concepts qui ont peu à voir, ou n'ont rien du tout à voir, avec la langue en tant que telle. On parle ainsi de culture générale, ancienne ou moderne, de culture politique, juridique, autochtone, religieuse, littéraire, musicale ou gastronomique, méditerranéenne ou asiatique. Il y a là autant d'entités composites ou syncrétiques qui peuvent évoluer avec profit sans dépendre du support d'une seule et même langue, qu'elle soit minoritaire ou majoritaire. Souvent d'ailleurs, de telles entités existent parallèlement en de nombreuses langues qu'elles parviennent à toutes transcender. Il ne peut faire de doute que langue et culture, en ce sens, ne se confondent pas.

[609] Néanmoins, et plus spécifiquement, ce qui serait valorisé ici, c'est une culture de l'ouverture, de la diversité, de l'héritage multiculturel canadien et du pluralisme, en particulier sur le plan religieux. En ce qui concerne le multiculturalisme et la diversité culturelle, il est vrai que l'art. 27 de la *Charte canadienne* fait explicitement une place dans la Constitution du pays au « patrimoine multiculturel des Canadiens / *multicultural heritage of Canadians* ». Cet art. 27 doit cependant être concilié avec l'art. 23, où il n'est nulle part question de minorités culturelles autres que la minorité linguistique anglophone et la minorité linguistique francophone, seules titulaires de droits en vertu de cette disposition. Quant au pluralisme, une conception ouverte de celui-ci, qui elle aussi a droit de cité, invite à distinguer entre différentes manifestations de la diversité. On pourrait observer ici qu'il est difficile d'associer au pluralisme ou à la tolérance certaines manifestations extrêmes d'orthopraxie (dont quelques-unes sont visées par l'art. 8 de la *Loi*). Or, ce qui fait figure pour certains de dogmes inaltérables, issus d'une révélation divine, peut constituer pour d'autres, qui eux aussi ont droit à la liberté de conscience et à la liberté de pensée, un agrégat de croyances exogènes fondées sur des superstitions et, parfois même, relevant du sectarisme. Bien des clivages dans la société peuvent aussi se manifester sur plusieurs autres plans, par exemple en raison d'une intransigeance idéologique, intégriste ou identitaire. La page, semble-t-il, n'est pas encore entièrement tournée sur les frictions de ce genre, rendues possibles par la diversité et, en un sens, issues d'elle. Et il n'est pas dit non plus qu'il serait souhaitable que cette page soit un jour entièrement tournée, surtout si de tels clivages et de telles frictions sont une contrepartie nécessaire à l'instauration d'une plus grande diversité dans la société. Mais en disant tout cela, on s'éloigne beaucoup de la langue, et rien de cela n'est visé par l'art. 23 de la *Charte canadienne.*

[610] Cela ne veut pas dire qu'on ne peut concevoir un lien rationnel entre la langue d'une minorité linguistique visée par l'art. 23 et, entendue au sens fort, la culture de cette minorité, celle qui est imprégnée de sa langue, celle dont la langue est le support même.

[611] Ainsi, il est assez fréquent que les gouvernements provinciaux modifient le régime pédagogique ou le contenu des programmes dans le système scolaire. Personne d'ailleurs ne doute que, de manière générale, ils ont le pouvoir de le faire. Il arrive même qu'ils dictent avec précision le contenu des cours que doit y dispenser le personnel enseignant. Et de telles interventions suscitent parfois des réactions réservées, ou même vives et hostiles, d'usagers du système scolaire, comme l'illustrent fort bien dans un registre autre que l'enseignement des langues les arrêts *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*[649] et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*[650].

[612] On peut aussi concevoir sans peine qu'un ministère de l'Éducation intervienne sur ce qui est enseigné dans le cadre des programmes en vigueur au moyen d'une initiative,

---

649 2012 CSC 7.
650 2015 CSC 12.

peut-être maladroite, susceptible d'avoir en milieu scolaire un impact direct et sensiblement préjudiciable sur la qualité et l'épanouissement d'une langue minoritaire. Une réforme des programmes, par exemple, qui préconiserait ou, *a fortiori*, qui prétendrait imposer dans l'enseignement de la langue anglaise, là où elle est minoritaire, le seul usage d'une littérature locale, excluant ainsi plusieurs écrivains anglophones de renommée internationale, serait de cette nature. Cela constituerait à n'en pas douter une politique dommageable pour la langue minoritaire et pour la culture qu'elle véhicule, une action gouvernementale dont l'effet – même involontaire – serait de notoirement les appauvrir, de les réduire aux dimensions d'une langue et d'une culture régionales, et donc d'en ternir le rayonnement véritable à leur grand détriment.

[613] En variant l'hypothèse, on peut imaginer un résultat identique parce qu'également dommageable en substituant dans cet exemple la langue de la minorité française et un large éventail de noms célèbres dans la littérature francophone internationale. Il reste qu'une action gouvernementale de ce genre, néfaste pour la diffusion et le plein épanouissement d'une langue et, par voie de conséquence, pour la culture qui en est indissociable, pourrait constituer, si elle était contestée, comme il est probable qu'elle le serait, une atteinte au droit de contrôle et de gestion des établissements d'enseignement de la minorité. Et ne constituerait assurément pas une réponse acceptable le fait de dire que, de toute manière, si l'occasion s'en présente, les élèves francophones pourront étudier les grands auteurs ou autrices francophones en traductions anglaises, pendant leurs cours d'anglais. Mais, encore une fois, il s'agit ici du rapport étroit, voire fusionnel, entre une langue minoritaire protégée par l'art. 23 et la culture qu'elle diffuse là où l'usage de cette langue est suffisamment répandu.

[614] Ce n'est pas le cas en l'occurrence. On tente plutôt d'agglutiner autour de la notion de « culture » des éléments qui n'ont aucun rapport direct ou même de simple proximité avec la langue. Dans le meilleur des cas pour les parties opposées à la *Loi*, lequel n'est pas démontré, de tels éléments se situent à la grande périphérie de la notion de culture. Sont ainsi introduites devant la Cour des demandes qui, à la lumière de la jurisprudence pertinente, n'ont rien de commun avec les revendications qui, au cours des trente-cinq ou quarante dernières années, furent jugées recevables et fondées dans le cadre de l'art. 23 de la *Charte canadienne*. En d'autres termes, le jugement de première instance prête à l'art. 23 une portée qu'il n'a pas. Ce faisant, il conclut erronément que la *Loi* enfreint cette disposition de la *Charte canadienne*. Il y a donc lieu d'intervenir pour le réformer sur ce point et pour casser son dispositif.

[615] Vu ce résultat, il est inutile de s'étendre davantage sur l'art. 1 de la *Charte canadienne*. Il n'est pas non plus nécessaire d'aborder les arguments des parties relatifs au remède accordé par le juge de première instance.

E. Éligibilité aux élections législatives provinciales

[616] La contestation sous ce chapitre met en cause les droits démocratiques consacrés par l'art. 3 de la *Charte canadienne*, lequel, à charge de redite, n'est pas visé par l'art. 33 (disposition de dérogation) et dont voici le libellé :

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.	**3.** Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

[617] Les dispositions de la *Loi* qui sont ici en cause sont l'art. 6, lu en conjonction avec les par. 1° et 6° de l'annexe II, et l'art. 8 al. 1, lu en conjonction avec le par. 1° de l'annexe III. Voici les extraits de ces dispositions qui sont les plus pertinents pour la résolution de ce moyen d'appel (nous reproduisons certains d'entre eux de nouveau par souci de commodité) :

6. Le port d'un signe religieux est interdit dans l'exercice de leurs fonctions aux personnes énumérées à l'annexe II. [...]	**6.** The persons listed in Schedule II are prohibited from wearing religious symbols in the exercise of their functions. [...]
ANNEXE II	**SCHEDULE II**
[...]	[...]
PERSONNES VISÉES PAR L'INTERDICTION DE PORTER UN SIGNE RELIGIEUX DANS L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS	PERSONS SUBJECT TO THE PROHIBITION ON WEARING RELIGIOUS SYMBOLS IN THE EXERCISE OF THEIR FUNCTIONS
1° le président et les vice-présidents de l'Assemblée nationale;	(1) the President and Vice-Presidents of the National Assembly;
[...]	[...]
6° le ministre de la Justice et procureur général [...]	(6) the Minister of Justice and Attorney General [...]

8. Un membre du personnel d'un organisme doit exercer ses fonctions à visage découvert. [...]	**8.** Personnel members of a body must exercise their functions with their face uncovered. [...]
ANNEXE III	**SCHEDULE III**
[...]	[...]
PERSONNES ASSIMILÉES À UN MEMBRE DU PERSONNEL D'UN ORGANISME POUR L'APPLICATION DES MESURES RELATIVES AUX SERVICES À VISAGE DÉCOUVERT	PERSONS CONSIDERED TO BE PERSONNEL MEMBERS OF A BODY FOR THE PURPOSES OF MEASURES RELATING TO SERVICES WITH FACE UNCOVERED
1° un député de l'Assemblée nationale; [...]	(1) Members of the National Assembly; [...]

[618] Le juge de première instance a refusé de reconnaître que les dispositions litigieuses échappaient à un examen fondé sur la *Charte canadienne* en tant que règles constituant l'exercice d'un privilège parlementaire. Il a par ailleurs retenu que l'effet conjugué du premier alinéa de l'art. 8 et du paragraphe 1° de l'annexe III de la *Loi* portait atteinte au droit à l'éligibilité aux élections provinciales garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne*. Il a toutefois conclu que l'art. 6 et les paragraphes 1° et 6° de l'annexe II ne restreignaient en rien ce droit. Le PGQ se pourvoit contre les deux premières conclusions, tandis que Lord Reading se pourvoit contre la troisième.

[619] Le PGQ fait notamment valoir que le premier paragraphe de l'annexe III de la *Loi*[651], qui a pour effet de rendre applicable aux députés de l'Assemblée nationale l'obligation énoncée au premier alinéa de l'art. 8 d'exercer leurs fonctions à visage découvert[652], n'est pas contraire à l'art. 3 de la *Charte canadienne* et que le juge de première instance a erré en en décidant autrement. D'autant, ajoute-t-il, que le juge aurait dû refuser de statuer sur cette question constitutionnelle et sur celle relative au privilège parlementaire vu l'absence de contexte factuel au soutien de celles-ci.

---

651 Comme nous l'avons vu, l'art. 7 de la *Loi* restreint l'application de l'art. 8 à « un membre du personnel d'un organisme énuméré à l'annexe I ainsi qu'une personne mentionnée à l'annexe III qui est assimilée à un tel membre / *a member of the personnel of a body listed in Schedule I or a person listed in Schedule III who is considered to be such a member* ».

652 Rappelons qu'en vertu de l'art. 9 de la *Loi*, cette obligation ne s'applique pas « à une personne dont le visage est couvert en raison d'un motif de santé, d'un handicap ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines tâches / *to persons whose face is covered for health reasons or because of a handicap or of requirements tied to their functions or to the performance of certain tasks* ». Cette exception n'étant pas pertinente à l'analyse de ce moyen d'appel, il n'y a pas lieu de s'y attarder.

[620] De son côté, Lord Reading plaide que le juge a erré en refusant de conclure que l'art. 6 de la *Loi*, lu en conjonction avec les paragraphes 1° et 6° de l'annexe II, constitue une violation de l'art. 3 de la *Charte canadienne* en ce que ces dispositions ont pour effet d'interdire au président et aux vice-présidents de l'Assemblée nationale ainsi qu'au ministre de la Justice et procureur général (collectivement désignés « les Parlementaires visés ») de porter des signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions.

[621] Aux questions soulevées par le PGQ et Lord Reading s'ajoute l'intervention en appel du Président. Celui-ci demande à la Cour d'annuler la partie du jugement de première instance portant sur les privilèges parlementaires et de ne pas trancher cette question en appel en raison du « vide factuel » qui l'entoure. Subsidiairement, advenant que la Cour décide de se prononcer sur la question, il avance que l'art. 6, lu conjointement avec le paragraphe 1° de l'annexe II de la *Loi*, et l'art. 8, lu conjointement avec le paragraphe 1° de l'annexe III, échappent à un examen judiciaire en ce qu'ils relèvent du privilège parlementaire relatif à la gestion des affaires internes de l'Assemblée nationale.

[622] Avant d'analyser les prétentions des parties, résumons d'abord brièvement les motifs du juge de première instance.

1. Bref retour sur les motifs livrés en première instance

[623] Comme on l'a vu, le juge de première instance estime que le premier paragraphe de l'annexe III de la *Loi*, qui a pour effet de rendre applicable aux députés l'obligation d'exercer leurs fonctions à visage découvert énoncée au premier alinéa de l'art. 8, porte atteinte au droit à l'éligibilité aux élections provinciales garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne*.

[624] Pour conclure ainsi, le juge rejette d'emblée la prétention du PGQ selon laquelle « il ne faut pas confondre le droit de siéger [à l'Assemblée nationale] avec celui de se porter candidat à une élection »[653]. Il écarte également les prétentions du PGQ relatives au privilège parlementaire. L'interdiction prévue à la *Loi*, écrit-il, « s'avère d'une autre nature que les règles traitant de la discipline ou posant des balises dans le cadre des débats ou des travaux parlementaires »[654]. Toujours selon le juge, le PGQ n'a pas « démontr[é] que l'Assemblée nationale doit détenir un pouvoir non susceptible de révision à l'égard de la gestion du port des signes religieux ou de vêtement [couvrant] le visage afin d'assurer sa souveraineté en sa qualité d'assemblée législative délibérante »[655].

---

653 Jugement de première instance, par. 886.
654 Jugement de première instance, par. 888.
655 Jugement de première instance, par. 908.

[625] Le juge de première instance conclut que le PGQ ne remplit pas davantage son fardeau de justifier cette atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Par conséquent, en application de l'art. 52 de la *LC 1982*, il déclare inopérant le premier paragraphe de l'annexe III, lu en conjonction avec l'art. 8 al. 1 de la *Loi*[656].

[626] Au regard de l'art. 6 et des premier et sixième paragraphes de l'annexe II de la *Loi*, le juge conclut que le fait d'occuper les fonctions des Parlementaires visés tient d'un certain privilège et non d'un droit, de sorte que la prohibition du port d'un signe religieux pour ces personnes ne relève pas à strictement parler de l'art. 3 de la *Charte canadienne*[657]. Il refuse donc de prononcer la déclaration d'invalidité recherchée en ce qui concerne ces dispositions.

2. Analyse

[627] Devant la Cour, l'argumentaire des parties se résume aux trois questions suivantes :

- La Cour doit-elle trancher la question de savoir si les dispositions litigieuses de la *Loi* échappent à un examen fondé sur la *Charte canadienne* en ce qu'elles constituent l'exercice d'un privilège de l'Assemblée nationale et, si oui, le juge de première instance a-t-il erré sur cette question?

- Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que le premier paragraphe de l'annexe III de la *Loi*, lu en conjonction avec l'art. 8, porte atteinte au droit à l'éligibilité aux élections provinciales garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne* et que cette violation ne peut se justifier au regard de l'article premier de cette même charte?

- Le juge de première instance a-t-il erré en refusant de conclure que les par. 1° et 6° de l'annexe II relatifs aux Parlementaires visés, lus en conjonction avec l'art. 6 de la *Loi*, constituent une violation de l'art. 3 de la *Charte canadienne*?

[628] Chacune de ces questions mérite que l'on s'y attarde.

a. Privilège parlementaire

[629] Le PGQ et le Président font grief au juge d'avoir tranché la question du privilège parlementaire, alors qu'il « aurait dû privilégier une approche prudente sur cet enjeu de nature constitutionnelle », d'autant que sa conclusion repose sur « une assise factuelle purement théorique »[658]. Le PGQ ajoute ne pas avoir « cherché à invoquer le privilège

---

656 Jugement de première instance, par. 921 et 1129-1131.
657 Jugement de première instance, par. 891.
658 A. Intervenant (Président), par. 8.

parlementaire comme moyen de défense »[659]. Le Président, pour sa part, affirme que son absence du débat en première instance « a privé le juge de première instance d'un éclairage pertinent concernant les privilèges, plus particulièrement quant au fonctionnement de l'Assemblée [nationale] »[660]. De façon subsidiaire, le Président invite la Cour à conclure que le juge a confondu l'appréciation que doit faire un tribunal de l'*existence* du privilège parlementaire avec celle de son *exercice*, ce dernier relevant exclusivement de l'assemblée législative et échappant à tout contrôle judiciaire.

[630] Qu'en est-il?

[631] Dans *Vaid*[661], arrêt de principe en matière de privilège parlementaire au Canada, le juge Binnie énonce, au nom d'une Cour unanime, « un certain nombre de propositions maintenant acceptées tant par les tribunaux que par les spécialistes du domaine parlementaire »[662]. Il y a lieu de revenir brièvement sur certaines d'entre elles afin de souligner le rôle et l'importance du privilège parlementaire au sein de notre régime constitutionnel.

[632] La définition du privilège parlementaire, qui ne porte pas à controverse, se résume en ces termes :

> 29 [...]
>
> 2. Dans le contexte canadien, le privilège parlementaire est la somme des privilèges, immunités et pouvoirs dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales ainsi que les membres de chaque Chambre individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions [...].[663]

[633] Le privilège parlementaire a pour objet d'assurer le respect de la séparation constitutionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et, à ce titre, bénéficie d'un statut constitutionnel[664]. Il assure à la législature « l'autonomie requise pour "s'acquitter

---

659 A.A. (PGQ), par. 52.

660 A. Intervenant (Président), par. 8.

661 *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30 [« *Vaid* »].

662 *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 29. Voir également : *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39 [« *Chagnon* »].

663 *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30.

664 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 375-378 et 384 (motifs majoritaires de la j. McLachlin, telle qu'alors). Au-delà des privilèges inhérents enchâssés dans la Constitution, le pouvoir du Parlement fédéral de légiférer en matière de privilèges parlementaires repose sur l'effet combiné de l'article 18 de la *LC 1867* (tel que modifié en 1875 par la *Loi de 1875 sur le Parlement du Canada*) et de l'art. 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1 : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 33 et 35-36. Le pouvoir des législatures provinciales de définir leurs privilèges n'est cependant pas aussi

de ses fonctions constitutionnelles", à savoir ses fonctions législative, délibérative et de contrôle du gouvernement »[665]. Voici comment la juge Karakatsanis, pour la majorité, résume ces enseignements dans l'arrêt *Chagnon* :

> [1] Au Canada, les organes législatifs disposent de privilèges parlementaires inhérents qui découlent de leur nature et de leur fonction au sein d'une démocratie parlementaire basée sur le modèle du Parlement de Westminster. En protégeant certains domaines d'activité législative d'une révision externe, le privilège parlementaire contribue à maintenir la séparation des pouvoirs. [...].
>
> [...]
>
> [23] [...] Il s'agit d'un élément fondamental et essentiel du modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster. Comme au Royaume-Uni, les privilèges inhérents des organes législatifs canadiens constituent un moyen de préserver leur indépendance et de favoriser le fonctionnement des travaux de la démocratie représentative. Ils visent à permettre à la branche législative et à ses membres de s'acquitter sans crainte et sans intervention externe de leur rôle constitutionnel, soit adopter des lois et agir comme contrepoids au pouvoir exécutif (*New Brunswick Broadcasting*, p. 354; *Vaid*, par. 21 et 41). Ces privilèges assurent l'existence d'un [TRADUCTION] « espace indépendant pour les représentants des citoyens afin qu'ils puissent mener à bien leurs fonctions parlementaires; la liberté de débattre et de décider des lois qui s'appliqueront, et la capacité absolue de demander à la branche exécutive de l'État de rendre des comptes » (S.R. Chaplin, « *House of Commons v. Vaid* : Parlimentary Privilege and the Constitutional Imperative of the Independance of Parliament » (2009), 2 *J.P.P.L.* 153, p. 154).[666]
>
> [Soulignements ajoutés]

[634] Il revient à la partie qui invoque l'immunité découlant d'un privilège parlementaire d'établir l'existence de celui-ci. À cette fin, elle doit démontrer que le privilège revendiqué

---

clair. Plusieurs semblent reconnaître que ce pouvoir, qui découlait à l'origine du par. 92(1) de la *LC 1867*, reposerait depuis l'abrogation de ce dernier paragraphe sur l'art. 45 de la *LC 1982* : *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 60-62 (motifs concourants du j. Rowe); Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 325-326, nº V-1.219; Warren J. Newman, « Parliamentary Privilege, the Canadian Constitution and the Courts », (2008) 39:3 *Ottawa L. Rev.* 573, p. 580-581.

665 Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 326, nº V-1.219, citant : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 41.

666 *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39.

est « nécessaire »[667] (au sens reconnu par la jurisprudence[668]) au bon fonctionnement de l'organe législatif et à l'exercice de la fonction législative. Par ailleurs, afin d'assurer le respect de la séparation des pouvoirs, le rôle des tribunaux se limite à statuer sur l'existence et l'étendue d'un privilège parlementaire; seule la législature peut décider de l'opportunité et des modalités de son exercice :

> 29 [...]
>
> > 9. C'est uniquement pour établir l'existence et l'étendue d'une *catégorie* de privilège qu'il faut démontrer la nécessité. Une fois la catégorie (ou la sphère d'activité) établie, c'est au Parlement, et non aux tribunaux, qu'il revient de déterminer si l'*exercice* de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier. En d'autres termes, à l'intérieur d'une catégorie de privilège, le Parlement est seul juge de l'opportunité et des modalités de son exercice, qui échappe à tout contrôle judiciaire : « Il n'est pas nécessaire de démontrer que chaque cas précis d'exercice d'un privilège est nécessaire » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 343 (je souligne)).[669]

[635] Cette immunité contre la révision judiciaire qu'assure le privilège parlementaire est une composante importante de notre structure constitutionnelle et s'étend « même sur le plan de la conformité avec la *Charte* »[670]. La *Charte canadienne* et le privilège parlementaire ont le même statut et le même poids sur le plan constitutionnel. Ainsi, en cas de conflit entre le privilège et la *Charte canadienne*, il faut chercher à les concilier. Dans *Chagnon*, la majorité, sous la plume de la juge Karakatsanis, reprend à son compte

---

667 *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 32; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 29(5) et (8). Précisons par ailleurs, qu'au niveau fédéral, il n'est pas nécessaire d'apprécier la nécessité lorsque l'existence ainsi que l'étendue d'un privilège du Parlement de Westminster ou de notre propre Parlement sont établies péremptoirement (par un précédent anglais ou canadien) : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 37 et 39-40; *Canada (Bureau de régie interne) c. Boulerice*, 2019 CAF 33, par. 54, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 18 juillet 2019, nº 38586. Cependant, « compte tenu de sa raison d'être, il faut établir si le privilège demeure nécessaire dans le contexte contemporain. Même si un certain domaine a historiquement été considéré comme étant assujetti au privilège parlementaire, il continuera de l'être seulement s'il demeure, encore aujourd'hui, nécessaire au fonctionnement indépendant de nos organes législatifs » : *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 31.

668 *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 29(4) : « La notion de nécessité est [...] liée à l'autonomie dont doivent bénéficier les assemblées législatives et leurs membres pour effectuer leur travail ». Voir aussi : *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 29-30.

669 *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30.

670 *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 24.

ce que la juge McLachlin, alors minoritaire, écrivait quelques années plus tôt dans *Harvey*[671] :

> [28] Lorsque le privilège revendiqué pourrait porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à des personnes qui ne sont pas membres de l'assemblée législative, une interprétation téléologique aide à concilier le privilège parlementaire avec la *Charte*. Ni la *Charte* ni le privilège parlementaire « ne l'emport[e] » sur l'autre (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 69). Ils ont « le même statut et le même poids constitutionnels » (*Vaid*, par. 34 (italique omis)). En conséquence, lorsque surviennent des conflits entre la *Charte* et le privilège parlementaire, « il convient non pas de résoudre ces conflits en subordonnant un principe à l'autre, mais plutôt d'essayer de les concilier » (*Harvey*, par. 69). Nul doute qu'il sera parfois difficile de concilier ces deux impératifs constitutionnels [...]. Dans *Harvey*, la juge McLachlin a tenté de les concilier en adoptant une interprétation plus étroite de l'art. 3 de la *Charte*, de sorte qu'il soit compatible avec le privilège parlementaire, et en limitant la portée du privilège en cause à la lumière de la *Charte* (par. 70 et 74). Une interprétation téléologique du privilège parlementaire tient compte des incidences relatives à la *Charte* du privilège parlementaire. Elle vise à concilier le privilège et la *Charte* en veillant à ce que le privilège n'ait pas une portée plus large que nécessaire pour le bon fonctionnement de notre démocratie constitutionnelle.[672]
>
> [Soulignements ajoutés]

[636] Les quelques paragraphes qui précèdent constituent sans contredit un résumé fort incomplet du droit prétorien relatif au privilège parlementaire. Il permet toutefois de le positionner au sein de la Constitution et de souligner qu'il est, au même titre que la *Charte canadienne*, « [un] princip[e] constitutionne[l] d'une importance fondamentale »[673].

[637] Dans ce contexte, on peut s'interroger sur la façon dont le PGQ a abordé cette notion constitutionnelle en première instance. On note en effet que ce n'est qu'à l'occasion des plaidoiries, et donc une fois la preuve close, que le PGQ soulève pour la première fois la question du privilège parlementaire, et ce, de façon plutôt ambiguë.

[638] Dans son plan d'argumentation modifié, daté du 8 décembre 2020, le PGQ précise qu'il invoque cette notion constitutionnelle afin d'éclairer le juge de première instance à la suite de questions posées à l'occasion des observations du Groupe Hak. Il écrit :

---

671 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876.
672 *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39.
673 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876 par. 56 (motifs de la j. McLachlin, plus tard j. en chef).

> 437.1 Ceci étant dit, sans s'exprimer de manière définitive, le PGQ soumet quelques éléments de réponse provisoires aux questions qui ont été posées par le tribunal au sujet de l'article 3 de la Charte canadienne et de son application relativement au paragraphe 1° de l'Annexe II de la Loi (président et vice-président de l'Assemblée nationale, eu égard à la restrictive [*sic*] relative au port d'un signe religieux), ainsi qu'en ce qui a trait au paragraphe 1° de l'Annexe III (députés, eu égard à l'obligation d'avoir le visage découvert dans l'exercice des fonctions). Certaines questions ont également été posées au sujet d'une partie du paragraphe 6 ° de l'Annexe II.
>
> **Paragraphe 1° de l'Annexe II et paragraphe 1° de l'Annexe III**
>
> 437.2 Si le tribunal choisissait de soulever la question du droit d'éligibilité, il se poserait inévitablement celle du privilège parlementaire en lien avec le paragraphe 1° de l'Annexe II de la Loi, ainsi qu'avec le paragraphe 1° de l'Annexe III.[674]
>
> [Soulignements ajoutés]

[639] Pourtant, on constate que « la question du droit à l'éligibilité » n'était pas une question nouvelle soulevée par le juge puisque, à tout le moins en ce qui a trait à l'art. 8 al. 1 et au paragraphe 1° de l'annexe III de la *Loi*, elle était au cœur des prétentions du Groupe Hak en première instance et, par le fait même, de la défense du PGQ quant à la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne*[675].

[640] Mais quoi qu'il en soit, le PGQ ajoute ne pas « s'exprimer de manière définitive »[676] sur la question du privilège parlementaire, tout en invitant le juge de première instance à faire preuve de prudence sur cette question, puisque, entre autres, le Président n'est pas partie au débat :

> 437.3 Les enjeux relatifs à la doctrine des privilèges parlementaires sont complexes et soulèvent des questions fondamentales ayant trait, entre autres, à l'équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. [...]
>
> 437.4 Comme le juge Binnie l'écrit dans [l'arrêt *Vaid*], au paragraphe 20 « [c']est suivant un principe d'une grande sagesse que les tribunaux et le Parlement s'efforcent de respecter leurs rôles respectifs dans la conduite des affaires publiques. [...] Les tribunaux, quant à eux, prennent soin de ne pas s'immiscer dans le fonctionnement du Parlement. [...] ». Selon lui, le

---

674 Plan d'argumentation modifié du PGQ, 8 décembre 2020.
675 Défense du PGQ, 31 juillet 2020, nº 500-17-108353-197, par. 209-213.
676 Plan d'argumentation modifié du PGQ, 8 décembre 2020, par. 437.1 et 437.6.

> « privilège parlementaire constitue donc l'un des moyens qui permettent d'assurer le respect du principe fondamental de la séparation constitutionnelle des pouvoirs ». [...]
>
> 437.5 Il s'agit ainsi du genre de débat à l'égard duquel il serait hautement imprudent de statuer sans donner une opportunité pleine et entière à l'Assemblée nationale de faire valoir son point de vue.[677]
>
> [Soulignements ajoutés]

[641] Malgré cette mise en garde qui, en principe, le concerne également, le PGQ poursuit ses observations écrites en plaidant, mais toujours « sans s'exprimer de manière définitive », que le paragraphe 1° de l'annexe II, conjugué à l'art. 6 de la *Loi*, et le paragraphe 1° de l'annexe III, conjugué à l'art. 8 al. 1, « *concernent vraisemblablement deux catégories de privilèges fermement établies*, soit celui du contrôle qu'exerce l'Assemblée nationale sur ses débats ou travaux et son pouvoir disciplinaire à l'endroit de ses membres »[678] (italiques ajoutés). Ses observations orales vont dans le même sens[679].

[642] Bref, si on tente de résumer le tout, on comprend que le PGQ met le juge de première instance en garde contre le risque de statuer sur l'existence d'un privilège de l'Assemblée nationale en l'absence du Président, tout en plaidant la protection limitée accordée par l'art. 3 de la *Charte canadienne* et en affirmant du même souffle, mais « sans s'exprimer de manière définitive » sur ce point, que les dispositions litigieuses concernent l'exercice valide de deux catégories de privilège parlementaire.

[643] Dans un tel contexte, la Cour ne peut certainement pas reprocher au juge de première instance d'avoir étudié, avec soin d'ailleurs, la question du privilège parlementaire. Vu *l'ambiguïté réelle* découlant des observations du PGQ sur cette question, le juge pouvait raisonnablement comprendre que celui-ci invoquait le privilège parlementaire comme « moyen de défense »[680], malgré les réserves et mises en garde formulées par lui.

[644] La situation est toutefois différente en appel, à la lumière notamment des précisions apportées par le PGQ et de l'intervention du Président. Au regard des circonstances *devant elle*, la Cour estime inopportun de statuer sur l'existence (ou l'inexistence) d'un privilège parlementaire. Voici pourquoi.

---

677 Plan d'argumentation modifié du PGQ, 8 décembre 2020.
678 Plan d'argumentation modifié du PGQ, 8 décembre 2020, par. 437.6.
679 Représentations de Me Cantin, 9 décembre 2020, p. 24-26 et 29-30.
680 A.A. (PGQ), par. 52.

[645] D'abord, comme on l'a vu, le privilège parlementaire est un « principe constitutionnel d'une importance fondamentale », qui ne doit pas être invoqué – et, par conséquent, décidé – à la légère. Il revient à la partie qui invoque l'immunité que confère le privilège parlementaire d'en établir l'existence. Or, devant la Cour, aucune partie n'invoque l'existence d'une telle immunité. Le Président, à titre d'intervenant, reproche au juge de s'être prononcé sur la question vu son absence du débat et le « vide factuel » dans lequel elle s'inscrivait. Le PGQ adopte la même position, tout en indiquant expressément ne pas avoir « cherché à invoquer le privilège parlementaire comme moyen de défense »[681], que ce soit en première instance ou en appel. Si la question pouvait porter à confusion en première instance, elle a maintenant le bénéfice d'être claire.

[646] On note par ailleurs que, sans discuter de la notion de « privilège parlementaire », le PGQ invite néanmoins la Cour à circonscrire la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne* de façon à en exclure une protection visant ce « qui est propre à l'exercice de la fonction de député une fois élu » ou concernant « les affaires internes d'une Assemblée législative »[682]. On y reviendra, mais selon la Cour, cela est nettement insuffisant pour l'amener à étudier la question constitutionnelle de savoir si les dispositions litigieuses de la *Loi* sous ce chapitre répondent au test de la nécessité et échappent à un examen fondé sur la *Charte canadienne* à titre de règles relevant de l'exercice d'un privilège parlementaire.

[647] Ensuite, le dossier est fort lacunaire quant au contexte factuel pertinent à l'analyse de la détermination de l'existence d'un privilège parlementaire. Cela s'explique manifestement par le fait que cette question n'a été soulevée en première instance qu'une fois la preuve close, à l'occasion des plaidoiries[683].

[648] Finalement, la question du privilège parlementaire ne permet pas de régler à elle seule le débat entourant les dispositions litigieuses de la *Loi* (par. 1° et 6° de l'annexe II (art. 6) et par. 1° de l'annexe III (art. 8)). Leur champ d'application va effectivement au-delà des fonctions exercées à l'occasion des travaux parlementaires, et donc des matières susceptibles d'être protégées par un privilège parlementaire. Les Parlementaires visés et les autres députés y sont assujettis « dans l'exercice de leurs fonctions / *in the exercise of their functions* »[684], c'est-à-dire de toutes leurs fonctions, et

---

681 A.A. (PGQ), par. 52.

682 A.A. (PGQ), par. 64. Ajoutons que, dans son argumentaire devant la Cour, le PGQ ne discute aucunement de privilège parlementaire (existence et étendue), autrement que pour reprocher au juge de s'être prononcé sur cette question.

683 Au moment de l'audition de sa demande d'intervention en appel, le Président a indiqué être en mesure de faire ses observations à la lumière du dossier tel que constitué, sans présenter de preuve nouvelle devant la Cour.

684 Art. 6. L'article 8 al. 1 prévoit de même l'obligation « [d']exercer ses fonctions à visage découvert / [*to*] *exercise their functions with their face uncovered* ».

non pas de leurs seules fonctions législatives exercées à titre de membres d'une assemblée législative. En effet, les fonctions des Parlementaires visés et des autres députés de l'Assemblée nationale ne se limitent pas à leur participation aux travaux parlementaires, lesquels s'échelonnent généralement sur une période 10 à 18 semaines par année, incluant les travaux réguliers et intensifs, selon les moments de l'année[685]. Bien que ces travaux composent une partie essentielle du travail de tout élu, un député agit également comme intermédiaire entre les citoyens de sa circonscription et l'administration publique, ou encore comme représentant de l'État québécois dans différentes activités à l'extérieur de l'Assemblée nationale, que ce soit dans la province, au Canada ou à l'étranger.

[649] À ce sujet, il convient d'ailleurs de noter ce qui suit. À l'origine, dans son argumentation écrite, le Président demandait à la Cour, advenant le cas où elle déciderait de se prononcer sur la question des privilèges parlementaires, de déterminer que les dispositions de la *Loi* « qui concernent les membres de l'Assemblée [nationale] relèvent de l'exercice d'un privilège parlementaire constitutionnel reconnu, et que, en conséquence, celles-ci ne peuvent faire l'objet d'une révision par les tribunaux »[686]. À l'audience devant la Cour, il a toutefois modifié la conclusion recherchée pour en réduire la portée aux seuls travaux parlementaires protégés par le privilège parlementaire. Il demande ainsi désormais à la Cour, si elle se prononce sur cette question, de conclure que :

> [L'article 6 et][687] [l']article 8 de la Loi 21 [sont] compatibles avec la Constitution dans la mesure où [ils] se rapport[ent] aux fonctions constitutionnelles qu'exercent une assemblée législative et ses députés dans le cadre des travaux parlementaires, c'est-à-dire dans la mesure où [ils] se rapport[ent] à des matières protégées par le privilège parlementaire.[688]

[650] Dès lors, même si la Cour devait statuer que les art. 6 et 8 (en lien avec les paragraphes 1° des annexes II et III) échappent à un examen fondé sur la *Charte canadienne* en tant que règles constitutives de l'exercice de privilèges parlementaires (du moins en ce qui concerne les fonctions exercées par les députés et les Parlementaires visés dans le cadre des travaux parlementaires), la question de la validité constitutionnelle de ces dispositions demeurerait entière à l'égard des autres fonctions des députés et des Parlementaires visés.

[651] Vu ce qui précède, les questions sur lesquelles la Cour est appelée à se prononcer se trouvent circonscrites par la position adoptée par les parties. Le cas d'espèce se

---

685 Cette période peut varier selon les périodes électorales.
686 A. Intervenant (Président), par. 61 [renvoi omis].
687 C'est à l'audience devant la Cour que le Président ajoute la référence à l'art. 6 de la *Loi* à la conclusion recherchée.
688 Plan de plaidoirie du Président, 8 novembre 2022, p. 2.

rapproche à cet égard de l'arrêt *Harvey*, où seul le procureur général du Canada, à titre d'intervenant, avait soulevé la question du privilège parlementaire devant la Cour suprême. Le juge La Forest, au nom de la majorité, écrit à ce sujet que :

> 20 [...] la question [des privilèges parlementaires] n'a pas été plaidée activement devant nous. En fait, il a été admis sans difficulté qu'il convenait d'examiner les dispositions de l'al. 119*c*) à la lumière de la *Charte*. Étant donné que les parties au présent pourvoi ont choisi de ne pas fonder leur argumentation sur le fait que l'expulsion et l'inéligibilité sont des privilèges de l'Assemblée législative, et vu que les parties n'ont avancé aucun argument à ce sujet, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce. Je vais donc poursuivre mon analyse en tenant pour acquis que les dispositions de l'al. 119*c*) sont assujetties à la *Charte*.[689]

[652] La Cour se voit contrainte d'adopter ici la même approche, vu la façon dont cet aspect du litige a été présenté par le PGQ. La Cour n'entend pas aller au-delà des enjeux du dossier tels que soulevés par les parties. Conséquemment, elle ne se prononcera pas sur la question de l'existence d'un privilège parlementaire ni sur celle de la conciliation du privilège (s'il en est) avec l'art. 3 de la *Charte canadienne*[690]. Cela dit, si l'Assemblée nationale estime être titulaire d'un privilège parlementaire lui permettant d'exiger que ses membres participent aux travaux parlementaires à visage découvert ou sans signes religieux pour les Parlementaires visés ou, au contraire, de les dispenser de toute restriction à cet égard, elle pourra voir à faire le nécessaire pour en faire reconnaître l'existence.

b. Article 8 et paragraphe 1° de l'annexe III de la *Loi*

[653] L'argumentaire des parties à ce chapitre repose sur trois axes, qu'il y a lieu d'étudier successivement : 1° la suffisance du fondement factuel permettant de statuer sur la question constitutionnelle; 2° la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne* et son application, le cas échéant, au paragraphe 1° de l'annexe III (art. 8) de la *Loi*; et 3° l'article premier de la *Charte canadienne*.

i. Suffisance du fondement factuel

[654] Le PGQ (soutenu sur ce point par le Président) fait grief au juge de première instance d'avoir statué sur la question constitutionnelle de la validité des dispositions contestées de la *Loi* au regard de l'art. 3 de la *Charte canadienne* alors que la

---

689 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876.
690 *Supra*, par. [635].

contestation « repos[ait] sur un substrat factuel inexistant »[691]. La situation présentée par les parties opposées à la *Loi* est, selon lui, « purement théorique et hypothétique »[692].

[655] Le juge a rejeté succinctement cet argument :

> [916] Avec égard, selon le Tribunal, ces principes ne s'appliquent pas en l'espèce. En effet, il demeure possible de contester constitutionnellement une disposition législative en utilisant la logique et le bon sens dans la mesure où l'existence d'un contexte factuel n'ajoutera rien de nécessaire au débat judiciaire. Il s'agit d'une telle situation en l'espèce.

[656] La Cour ne voit là aucune erreur.

[657] Le PGQ a raison de plaider que cet aspect du débat ne repose pas sur un cas concret (pas plus d'ailleurs que le débat sur l'art. 6 de la *Loi*). En effet, rien dans la preuve n'établit qu'une personne aurait été empêchée de se porter candidate à une élection provinciale en raison de son obligation d'exercer les fonctions de députée à visage découvert. À ce titre, le débat peut certes être qualifié de théorique[693]. Toutefois, un tel constat ne signifie pas pour autant que le fondement factuel était insuffisant pour permettre au juge de première instance de statuer.

[658] Le PGQ a également raison d'affirmer qu'en principe, une question constitutionnelle ne doit pas être tranchée dans un vide factuel. Les propos unanimes de la Cour suprême dans *Mackay c. Manitoba* ne portent pas à ambiguïté :

> Les affaires relatives à la *Charte* porteront fréquemment sur des concepts et des principes d'une importance fondamentale pour la société canadienne. [...] Compte tenu de l'importance et des répercussions que ces décisions peuvent avoir à l'avenir, les tribunaux sont tout à fait en droit de s'attendre et même d'exiger que l'on prépare et présente soigneusement un fondement factuel dans la plupart des affaires relatives à la *Charte*. [...]
>
> Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. [...] Les décisions relatives à la *Charte* ne

---

691 Jugement de première instance, par. 915.
692 A.A. (PGQ), par. 47.
693 Notons par ailleurs que le PGQ ne plaide pas ici la doctrine du caractère théorique développée dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

> peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.[694]
>
> [Soulignements ajoutés]

[659] En l'occurrence, on ne peut cependant conclure à un vide factuel, comme le plaide le PGQ.

[660] L'existence d'un fondement factuel est une question de contexte et ne requiert pas nécessairement que la personne à l'origine de la demande ait vu ses droits constitutionnels atteints. Il suffit que le dossier soit suffisamment complet pour permettre au tribunal de statuer. Dans *R. c. Mills*, la majorité de la Cour suprême écrit à ce sujet :

> 36 Le simple fait qu'il ne soit pas clair que l'intimé se verra effectivement refuser l'accès à des dossiers susceptibles d'être nécessaires pour pouvoir présenter une défense pleine et entière ne rend pas la demande prématurée. L'intimé n'a pas à prouver que la mesure législative contestée porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il suffirait d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, étant donné que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend inopérante la règle de droit qui est incompatible avec la Constitution.
>
> 37 Toutefois, accepter que l'intimé peut contester la constitutionnalité générale de la mesure législative en cause ne répond pas à la question de savoir si, avant de procéder à une contestation constitutionnelle, il doit préalablement demander et se voir refuser la communication de dossiers de tiers. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si le dossier d'appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. Comme le juge Sopinka l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944 , à la p. 955, lorsqu'il analysait la règle générale selon laquelle les contestations constitutionnelles devaient être tranchées à la fin des débats : «Une attaque, fondée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès pourrait être visée par cette exception à la règle générale» (nous soulignons).[695]

[661] En l'espèce, la preuve comporte les éléments nécessaires pour statuer sur la portée et, le cas échéant, la violation de l'art. 3 de la *Charte canadienne*. Cette preuve révèle que quelques femmes de confession musulmane portent le niqab au Québec (bien

---

694 *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 361-362. Voir également : *R. c. Downes*, 2023 CSC 6, par. 58; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099-1100.

695 *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

que leur nombre soit peu significatif[696]), dont l'une a déposé une déclaration sous serment expliquant son choix et les difficultés découlant de l'obligation de découvrir son visage dans son lieu de travail[697]. Qu'une telle personne ait ou non été candidate dans les faits ne modifiera en rien le débat entourant l'art. 3 de la *Charte canadienne*; il demeurera le même.

[662] D'ailleurs, outre que d'affirmer qu'un tribunal pourrait être saisi d'un « véritable litige » portant sur la question et bénéficierait ainsi d'un « contexte factuel concret et nécessaire à un éclairage suffisant des enjeux constitutionnels soulevés »[698], le PGQ ne précise aucunement quels sont ces autres faits qu'un cas « concret » ajouterait au débat et de quelle façon.

[663] Bref, le juge disposait d'une preuve suffisante pour statuer sur la question constitutionnelle relative à l'art. 3 de la *Charte canadienne*, disposition qui, comme nous le verrons, revêt une « importance privilégiée »[699] et « se trouve au cœur de la démocratie canadienne »[700].

ii. Obligation pour les députés d'avoir le visage découvert et article 3 de la *Charte canadienne*

[664] Le PGQ avance que le juge de première instance a donné à l'art. 3 de la *Charte canadienne* « une portée qui va au-delà de la garantie qu'il offre, c'est-à-dire d'assurer à tout citoyen le droit d'être éligible aux élections législatives »[701]. Ainsi correctement circonscrit, ajoute-t-il, l'effet combiné de l'art. 8 et du paragraphe 1° de l'annexe III de la *Loi* n'y porte aucunement atteinte puisque, d'une part, il n'empêche aucunement une personne de se porter candidate aux élections législatives et que, d'autre part, il ne fait que définir les règles applicables aux membres de l'Assemblée nationale (cet argument se rapprochant encore une fois ici de la notion de privilège parlementaire que le PGQ affirme pourtant ne pas invoquer). Autrement dit, selon le PGQ, l'art. 3 de la *Charte canadienne* ne protégerait pas les fonctions exercées par une personne après son élection à titre de députée de l'Assemblée nationale.

[665] De l'avis de la Cour, la lecture proposée par le PGQ de l'art. 3 de la *Charte canadienne* ne reflète pas l'état du droit. La protection conférée par cette disposition

---

696 Pièce EMSB-28-16, Rapport de l'experte Solange Lefebvre, par. 28, p. 10-11.
697 Déclaration sous serment de Fatima Ahmad, 13 juin 2019. Elle réfère alors à ses activités d'enseignement.
698 A.A. (PGQ), par. 46.
699 *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68 [« *Sauvé* »], par. 11 (motifs de la j. en chef McLachlin, écrivant pour la majorité).
700 *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, par. 1.
701 A.A. (PGQ), par. 61.

« inclut le droit d'occuper son siège une fois élu »[702], de sorte que l'inhabilité de siéger à l'Assemblée nationale découlant de l'application de l'art. 8 et du par. 1° de l'annexe III de la *Loi* y porte atteinte.

***Interprétation de l'article 3 de la* Charte canadienne**

[666] D'entrée de jeu, il y a lieu de souligner que si la jurisprudence relative à l'art. 3 de la *Charte canadienne* porte principalement (mais non exclusivement) sur sa première partie qui protège le droit de vote, ses enseignements nous semblent tout aussi pertinents à l'analyse de sa deuxième composante, soit le droit à l'éligibilité aux élections législatives.

[667] Nul ne conteste que les droits garantis par la *Charte canadienne* doivent recevoir une interprétation large et libérale[703]. Dans l'arrêt *Sauvé*, la juge en chef McLachlin, dans ses motifs majoritaires, insiste d'ailleurs sur l'importance particulière d'une telle interprétation dans le cas du droit de vote protégé par l'art. 3 :

> 11 [...] Une interprétation large et fondée sur l'objet est particulièrement importante dans le cas du droit de vote. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'art. 33 (clause de dérogation). Je conclus que l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés, comme le gouvernement a l'air de le soutenir.[704]

[668] L'art. 3 de la *Charte canadienne* doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen « de jouer un rôle significatif dans le processus électoral »[705] (c.-à-d. de voter, mais aussi de briguer les suffrages) et en tenant compte de son importance dans notre société démocratique. Comme l'écrivait le juge Iacobucci, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Figueroa c. Canada (Procureur général)* :

> 26 [...] Il ressort [...] du texte même de l'art. 3 que l'élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l'art. 3 doit être interprété d'une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit

---

[702] Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 289, n° V-1.87.

[703] Voir notamment : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, par. 147; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 23; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156.

[704] *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68.

[705] *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1 [« *Frank* »], par. 26.

> de participation corresponde à l'importance de la participation individuelle à l'élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l'objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l'art. 3.
>
> [...]
>
> 29 Il s'ensuit donc que la participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment de son effet sur le résultat concret des élections. Certes, il est vrai que le processus électoral est le moyen utilisé pour élire les députés et former les gouvernements, mais il constitue également le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l'établissement de la politique sociale. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre à tout citoyen la possibilité de présenter certaines idées et opinions et d'offrir à l'électorat une option politique viable. Le droit de vote permet à tout citoyen de manifester son appui à l'égard des idées et opinions auxquelles souscrit un candidat donné. Dans chacun des cas, les droits démocratiques consacrés à l'art. 3 font en sorte que tout citoyen a la possibilité d'exprimer une opinion sur l'élaboration de la politique sociale et le fonctionnement des institutions publiques en participant au processus électoral.[706]
>
> [Soulignements ajoutés]

[669] Le juge en chef Wagner, pour la majorité, fait écho à ces propos quelques années plus tard, dans l'arrêt *Frank* :

> [25] Le droit de vote de tout citoyen se trouve au cœur de la démocratie canadienne (*Sauvé n° 2*, par. 1; *Opitz*, par. 10). Dans *Sauvé n° 2*, un arrêt de principe sur le droit de vote, notre Cour a examiné longuement la nature et l'objet de l'art. 3 avant d'annuler une disposition législative qui rendait inhabiles à voter à une élection fédérale les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge en chef McLachlin a insisté sur l'importance cruciale d'une interprétation large et fondée sur l'objet dans le cas du droit de vote. Elle a statué que les rédacteurs de la *Charte* ont « souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation) » (par. 11). En conséquence, toute dérogation à ce

---

[706] *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37.

> droit démocratique fondamental doit être examinée en fonction d'une norme stricte en matière de justification (par. 14).[707]
>
> [Soulignements ajoutés]

[670] Quant à l'importance de l'art. 3 pour notre démocratie, le juge en chef ajoute :

> [27] En conséquence, une interprétation large de l'art. 3 accroît la qualité de notre démocratie et renforce les valeurs sur lesquelles repose notre État libre et démocratique (*Figueroa*, par. 27). Corollairement, une interprétation trop étroite du droit de vote diminuerait la qualité de la démocratie dans notre système de gouvernement. Comme notre Cour l'a fait observer dans *Sauvé n° 2*, un gouvernement qui n'accorde le droit de vote qu'à un groupe de citoyens choisis se trouve dans les faits à affaiblir la légitimité du système démocratique du pays et à saper le pouvoir dont il se réclame (par. 34).[708]

[671] Cette lecture de l'art. 3, relative au droit de vote, vaut également pour le droit à l'éligibilité aux élections législatives fédérales ou provinciales, comme l'arrêt *Harvey*[709] l'atteste. La disposition contestée dans cette affaire[710], adoptée par la législature du Nouveau-Brunswick, restreignait à la fois le droit d'une personne d'être élue à l'assemblée législative provinciale et celui d'y siéger si elle avait été déclarée coupable d'une manœuvre frauduleuse ou d'une infraction électorale. La majorité[711] de la Cour

---

707 *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1.

708 *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1. Voir également : *Working Families Coalition (Canada) Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2023 ONCA 139, par. 59, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême accueillie, 9 novembre 2023, nº 40725.

709 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876.

710 Al. 119*c*) de la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, c. E-3 :

119. Quiconque est déclaré coupable d'une infraction constituant une manœuvre frauduleuse ou un acte illicite est, pendant les cinq années qui suivent la date de sa déclaration de culpabilité, en plus de toute autre peine imposée par la présente loi ou par toute autre loi, privé du droit et incapable […]	**119.** Any person who is convicted of having committed any offence that is a corrupt or illegal practice shall, during the five years next after the date of his being convicted, in addition to any other punishment by this or any other Act prescribed, be disqualified from and be incapable of […]
c) d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative et, s'il est déjà élu à cette date à l'Assemblée législative, son siège devient vacant à la date d'une telle déclaration de culpabilité.	(*c*) being elected to or sitting in the Legislative Assembly and, if at such date he has been elected to the Legislative Assembly, his seat shall be vacated from the time of such conviction.

711 Rappelons que dans cette affaire, les juges minoritaires (L'Heureux-Dubé et McLachlin) abordent la question sous l'angle du privilège parlementaire et concluent que les règles relatives à l'inhabilité à

suprême, sous la plume du juge La Forest, conclut que cette disposition viole l'art. 3 de la *Charte canadienne*[712]. Ses motifs sont de deux ordres. D'abord, malgré le manque de clarté du texte anglais qui emploie le mot « *qualified* », il retient l'énoncé plus précis de la version française (« éligible ») pour conclure que « le droit *d'être candidat et de siéger* en tant que député fédéral ou provincial devrait être interprété de manière large »[713] (italiques ajoutés). Ensuite, il conclut que l'art. 3 de la *Charte canadienne* ne comporte pas de limites inhérentes, une restriction à ce droit devant plutôt être examinée en vertu de l'article premier :

> 30 Pour interpréter le droit de vote prévu à l'art. 3, notre Cour et les tribunaux canadiens en général ont adopté le point de vue selon lequel la justification des limites imposées à ce droit doit être examinée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai mentionné plus tôt, je ne crois pas que le libellé de la deuxième partie de l'art. 3 justifie l'adoption d'une façon différente d'aborder le droit d'être candidat à une élection et de devenir député fédéral ou provincial. Ce point de vue est compatible avec la méthode bien établie de notre Cour qui consiste à interpréter largement les droits garantis par la *Charte* et à imposer à l'État l'obligation de justifier les limites imposées à ces droits. [...]
>
> [...]
>
> De même, dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 74, la Cour a de nouveau statué qu'une interprétation large du droit en cause, suivie de la pondération, en vertu de l'article premier, des valeurs opposées pertinentes, est préférable sur le plan analytique parce qu'elle permet un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte* qui soit des plus complets et qui tienne compte le plus possible du contexte. Je ne vois aucune raison de ne pouvoir adopter une méthode analogue à l'égard des droits garantis par l'art. 3. Cette façon de faire permet de soupeser les intérêts sociétaux protégés par la disposition fautive, l'al. 119*c)*, en regard des intérêts visés à l'art. 3 au moyen du cadre analytique détaillé établi dans l'arrêt *Oakes*, précité.[714]
>
> [Soulignements ajoutés]

[672] Le juge La Forest précise par ailleurs que certaines inhabilités peuvent découler de la Constitution elle-même, sans pour autant constituer une limite à l'art. 3, puisqu'on ne peut se fonder sur une partie de la Constitution pour en invalider une autre. Il réfère

---

occuper la charge de député prévues à l'al. 119*c*) relèvent d'un tel privilège et échappent par conséquent au contrôle judiciaire.

712 Elle conclura toutefois que la disposition est sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

713 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 28.

714 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876.

alors à l'art. 39 de la *LC 1867*, qui interdit aux sénateurs de se faire élire, de siéger ou de voter à titre de membres à la Chambre des communes, de même qu'aux dispositions législatives prévoyant l'inéligibilité des juges à ce chapitre (en raison de la séparation des pouvoirs). Ajoutons que la même logique s'applique à l'égard d'un privilège parlementaire dûment établi[715], doctrine qui, comme on l'a vu, n'est pas invoquée ici.

[673] Dans *Frank*, la majorité de la Cour suprême reprend cette même approche :

> [42] [...] En ce qui concerne le droit de vote garanti par l'art. 3 en particulier, toute pondération des intérêts doit être abordée dans le contexte du cadre de justification au regard de l'article premier, plutôt que d'agir comme une limite interne du droit (*Harvey*, par. 29-30; *Sauvé n° 2*, par. 11).[716]

[674] Le PGQ a donc tort de prétendre que l'art. 3 de la *Charte canadienne* ne protège que le droit d'une personne détenant la citoyenneté canadienne de se porter candidate aux élections législatives. La protection conférée par cet article va au-delà du simple droit d'être candidat à une élection; elle inclut le droit de « siéger en tant que député fédéral ou provincial »[717] une fois élu et ne comporte aucune limite interne.

***Application à l'article 8 al. 1 et au paragraphe 1° de l'annexe III de la* Loi**

[675] Dès lors, force est de conclure que l'art. 8 al. 1, conjugué au paragraphe 1° de l'annexe III de la *Loi*, porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*.

[676] En effet, la combinaison de ces dispositions impose à toute personne élue au terme d'une élection législative provinciale l'obligation d'exercer ses fonctions de député à visage découvert (sauf pour l'une des raisons énoncées à l'art. 9 de la *Loi*[718]). Par l'effet conjugué de ces dispositions, une personne dont les croyances religieuses sincères l'obligent à porter un signe religieux qui couvre son visage (comme la burqa ou le niqab) ne pourrait donc exercer les fonctions d'un député de l'Assemblée nationale. Cette exigence constitue une limite, une restriction que l'on impose à la personne qui désire briguer le suffrage de ses concitoyens. Elle constitue une entrave non pas à la stricte possibilité d'être candidat à une élection provinciale[719], mais plutôt au droit d'exercer les fonctions d'un député de l'Assemblée nationale une fois élu. Les personnes qui portent un signe religieux couvrant leur visage (c.-à-d., dans le contexte sociologique actuel, les quelques femmes musulmanes qui portent le niqab ou la burqa par conviction religieuse) sont ainsi privées du droit de « jouer un rôle significatif dans le processus électoral »,

---

715 *Supra*, par. [635].
716 *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1.
717 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 28.
718 Voir : *supra*, note 652.
719 L'art. 235 de la *Loi électorale*, RLRQ, c. E-3.3, qui énumère les électeurs inéligibles à être élus à l'Assemblée nationale, ne comporte aucune restriction quant à l'exigence d'avoir le visage à découvert.

puisque rien ne leur sert d'être candidates à une élection si elles ne peuvent concrètement, par la suite, exercer les fonctions découlant de cette élection vu l'obligation de retirer leur couvre-visage.

[677] Le fait que cette limite se rattache au port d'un signe religieux (comme le niqab ou la burqa) ne modifie en rien l'analyse en vertu de l'art. 3 de la *Charte canadienne* puisque, rappelons-le, selon les enseignements de la Cour suprême, celui-ci ne comporte aucune limite inhérente ni restriction (outre les limites constitutionnelles comme l'art. 39 de la *LC 1867* ou les dispositions législatives qui rendent les juges inhabiles à être élus à titre de députés). C'est plutôt à l'étape de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* qu'il reviendra d'évaluer les enjeux soulevés par une telle restriction.

[678] Dès lors, de l'avis de la Cour, le juge de première instance ne commet aucune erreur lorsqu'il écrit :

> [919] À l'évidence, il découle logiquement du fait que si une personne élue qui porte un vêtement qui couvre le visage ne peut siéger à l'Assemblée nationale, le fait qu'elle puisse pour autant demeurer éligible à une élection provinciale au Québec constitue en réalité la reconnaissance d'une situation tout aussi absurde qu'intenable à l'égard de l'article 3 de la Charte. En effet, il ne fait aucun doute que la conséquence logique de l'interdiction comporte en elle-même la réalisation effective de la négation du but recherché par l'article 3 de la Charte.

iii. Article premier de la *Charte canadienne*

[679] Il s'agit maintenant de déterminer si cette atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne* est justifiée au regard de l'article premier de cette même charte.

[680] Notre analyse sur cette question sera brève. Le choix du PGQ de ne présenter aucune preuve et de ne faire aucune observation pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe en vertu de cette disposition revêt ici une importance capitale. Bien qu'il puisse arriver que certains éléments de cette analyse soient « manifestes ou évidents en soi »[720], ou encore puissent s'appuyer sur « la logique et la raison »[721] ou la connaissance d'office[722], tel n'est pas le cas en l'occurrence.

[681] Compte tenu de son importance pour notre démocratie et les valeurs sur lesquelles il repose, l'art. 3 de la *Charte canadienne* requiert « l'application d'une norme stricte en matière de justification lorsque le gouvernement cherche à justifier une

---

720 *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138.

721 *B.C. Freedom of Information and Privacy Association c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2017 CSC 6, par. 58.

722 *Droit de la famille – 191850*, 2019 QCCA 1484, par. 246, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 30 avril 2020, nº 38912.

restriction [à cet article] »[723]. Les tribunaux doivent procéder à un examen rigoureux et soigné de la justification invoquée par le gouvernement plutôt que d'adopter une attitude empreinte de déférence[724].

[682] En matière de droit de vote, l'exigence d'avoir le visage découvert n'est pas un concept nouveau au Québec, en ce que le troisième paragraphe du premier alinéa de l'art. 335.2 et l'art. 337 al. 2 de la *Loi électorale* prévoient déjà l'obligation pour tout électeur de s'identifier à visage découvert[725], et ce depuis 2007[726]. Selon les débats parlementaires, cette exigence découlerait de la volonté de s'assurer de l'identité de la personne se présentant pour voter, de préserver l'intégrité du vote et d'éviter des manœuvres électorales frauduleuses ou encore des gestes de dérision à l'endroit du système électoral[727]. Car la décision de couvrir son visage pour exercer son droit de vote peut certes découler de croyances religieuses sincères pour certaines personnes, mais elle peut également procéder d'un geste de protestation pour d'autres ou encore servir à des fins de fraude électorale.

[683] On pourrait concevoir que de pareils objectifs, auxquels on doit ajouter l'obligation de respecter le principe de la laïcité de l'État[728], puissent également être pertinents à l'analyse de l'exigence d'exercer leurs fonctions à visage découvert lorsque les députés

---

723 *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, par. 43. Voir également : *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, par. 60; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, par. 14.

724 *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, par. 43.

725 Des modalités sont d'ailleurs prévues lorsqu'une personne ne peut s'identifier à visage découvert « pour des raisons de santé physique qui apparaissent valables au directeur général des élections / *for reasons of physical health that are considered valid by the Chief Electoral Officer* » (*Loi électorale*, RLRQ, c. E-3.3., art. 335.2 al. 3).

726 *Cf. Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière électorale concernant l'identification des électeurs*, L.Q. 2007, c. 29, art. 5 et 6, modifiant les art. 335.2 et 337 de la *Loi électorale* (modification entrée en vigueur le 4 décembre 2007 : *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière électorale concernant l'identification des électeurs*, art. 7).

727 Assemblée nationale, *Journal des débats*, 38e lég., 1re sess., vol. 40, nº 39, 14 novembre 2007, p. 2035-2038 (B. Pelletier); Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 38e lég., 1re sess., vol. 40, nº 18, 27 novembre 2007, p. 1, 5 et 7 (B. Pelletier); Assemblée nationale, *Journal des débats*, 38e lég., 1re sess., vol. 40, nº 47, 30 novembre 2007, p. 2373-2374 (B. Pelletier); Assemblée nationale, *Journal des débats*, 38e lég., 1re sess., vol. 40, nº 48, 4 décembre 2007, p. 2394 (B. Pelletier).

728 On comprend des débats parlementaires relatifs à la *Loi* que l'obligation d'exercer ses fonctions à visage découvert est principalement rattachée au principe de la laïcité de l'État : Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 42e lég., 1re sess., vol. 45, nº 44, 4 juin 2019, p. 1-2 (S. Jolin-Barrette); Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 42e lég., 1re sess., vol. 45, nº 46, 6 juin 2019, p. 9 (S. Jolin-Barrette); Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 42e lég., 1re sess., vol. 45, nº 47, 7 juin 2019, p. 7 (S. Jolin-Barrette); Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 42e lég., 1re sess., vol. 45, nº 52, 13 juin 2019, p. 29-30, 42, 53 et 74 (S. Jolin-Barrette).

siègent à l'Assemblée nationale, notamment lors de la tenue d'un vote ou d'une prise de parole. L'exigence pour les parlementaires de voter à visage découvert existe notamment au Royaume-Uni[729], alors qu'en France, est interdit dans l'Hémicycle le port de « tout signe religieux ostensible » qui est associé à « la manifestation de l'expression d'une quelconque opinion »[730] (ce qui excède largement la portée des dispositions contestées de la *Loi*).

[684] Toutefois, en l'occurrence, le PGQ n'a pas jugé à propos de débattre de la question ni tenté de justifier l'atteinte à l'art. 3 au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*. On ne peut que s'interroger sur le sérieux de cette approche. Face à une telle situation – alors que le PGQ n'a pas cherché à établir que l'atteinte est justifiée –, les propos de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Sauvé* à l'égard du droit de vote, applicables également au droit à l'éligibilité aux élections, portent à réflexion :

> 34 [...] Un gouvernement qui n'accorde le droit de vote qu'à un groupe de citoyens choisis est un gouvernement qui diminue sa capacité d'agir à titre de représentant légitime des citoyens exclus de ce groupe [et] contredit sa prétention à une démocratie représentative [...].[731]

[685] Bref, au vu des faits de l'espèce et de l'absence totale de preuve ou même d'observations de la part du PGQ pour justifier l'atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*, la Cour ne peut entreprendre de son propre chef une analyse fondée sur l'article premier. Conséquemment, il y a lieu de conclure à une absence de justification de l'atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*[732]. Le juge de première instance ne commet conséquemment aucune erreur lorsque, en vertu de l'art. 52 de la *LC 1982*, il déclare inopérant l'art. 8 al. 1 de la *Loi*, dans son application aux personnes que vise le premier paragraphe de l'annexe III de ladite loi.

iv. <u>Remarque additionnelle</u>

[686] Avant de procéder à l'étude de l'art. 6 et des paragraphes 1° et 6° de l'annexe II de la *Loi*, une dernière remarque s'impose.

---

729 R.-U., H.C. Deb., 12 septembre 2013, vol. 567, col. 1170 (Mr. Speaker).

730 France, Assemblée nationale, *Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale*, art. 9.

731 *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68. Voir aussi : *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, par. 27 (précité, *supra*, par. [670]).

732 Voir, par analogie : *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, par. 170; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, par. 97; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, par. 91-92; *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] 3 R.C.S. 3, par. 278-279; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 394; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033, p. 1045-1046; *Denis c. R.*, 2018 QCCA 1033, par. 102, requête en prorogation du délai d'appel et demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetées, 3 septembre 2020, nº 39181.

[687] Le législateur a, par le moyen de l'art. 33 de la *Loi*, dérogé à l'art. 22 de la *Charte québécoise*[733], qui protège essentiellement les mêmes droits démocratiques que ceux visés par l'art. 3 de la *Charte canadienne*. Cette dérogation est cependant sans effet puisque le législateur ne peut déroger à l'art. 3 de la *Charte canadienne*, vu son statut constitutionnel.

c. Article 6 et paragraphes 1° et 6° de l'annexe II de la *Loi*

[688] Lord Reading[734] soutient que le juge de première instance a erré en concluant que les paragraphes 1° et 6° de l'annexe II, lus en conjonction avec l'art. 6 de la *Loi* (interdiction du port de signes religieux), ne portent pas atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*. Selon elle, ces dispositions créent en réalité deux classes de députés (« *distinct classes of elected MNA's* [735]»), d'une part les députés pouvant être considérés pour occuper les postes des Parlementaires visés et, d'autre part, ceux qui ne peuvent l'être parce qu'ils portent un signe religieux. Or, ajoute-t-elle, une telle distinction porte atteinte au droit de chacun de jouer pleinement un rôle significatif dans le processus électoral (art. 3 de la *Charte canadienne*), en plus d'être contraire à l'obligation de neutralité religieuse de l'État en décourageant « la libre participation de tous à la vie publique, quelle que soit leur croyance »[736].

[689] De l'avis de la Cour, le juge ne commet aucune erreur en rejetant cet argument. La protection offerte par l'art. 3 de la *Charte canadienne* n'a pas la portée que Lord Reading voudrait lui accorder.

[690] Selon l'art. 19 de la *Loi sur l'Assemblée nationale*[737], le rôle de président ou celui de vice-président de l'Assemblée nationale est confié à une personne élue par les

---

733 L'art. 22 de la *Charte québécoise* énonce que :

> **22.** Toute personne légalement habilitée et qualifiée a droit de se porter candidat lors d'une élection et a droit d'y voter.
>
> **22.** Every person legally capable and qualified has the right to be a candidate and to vote at an election.

734 En première instance, cet aspect du débat a été abordé par le Groupe Hak. Ce n'est qu'à l'étape des observations orales que le Groupe Hak a modifié ses procédures afin de demander au tribunal de déclarer que les par. 1 et 6 de l'annexe II, lus en conjonction avec l'art. 6 de la *Loi*, portaient atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*. Avant cette modification, la contestation du Groupe Hak en vertu de l'art. 3 de la *Charte canadienne* ne visait que l'art. 8 de la *Loi*. Notons par ailleurs que le Groupe Hak n'a pas contesté en appel la conclusion du juge à l'égard de l'art. 6 de la *Loi*. Lord Reading avait le statut de partie intervenante en première instance.

735 A.A. (Lord Reading), par. 51.

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

737 Cette disposition énonce :

> **19.** L'Assemblée nationale doit, dès le début de sa première séance après une élection générale, élire, parmi les députés, un président et, par la suite,
>
> **19.** At the beginning of its first sitting after a general election, the National Assembly shall elect a President and, subsequently, a first, a second and a

membres de cette assemblée. Le choix du ministre de la Justice, quant à lui, est fait par le premier ministre en vertu de conventions constitutionnelles[738], alors que sa nomination au sein du Conseil exécutif relève du lieutenant-gouverneur (art. 4 de la *Loi sur l'exécutif*[739]). Le ministre de la Justice est par ailleurs d'office le procureur général du Québec (art. 2 de la *Loi sur le ministère de la Justice*[740]).

[691] Or, comme on vient de le voir, l'art. 3 de la *Charte canadienne* a pour objet de conférer à tout citoyen « non seulement le droit d'être représenté par un député fédéral ou provincial et d'élire ce député, mais aussi celui de jouer un rôle significatif dans le processus électoral »[741]. Son élément central repose ainsi sur « le droit de tout citoyen de participer au processus électoral »[742] et, à cette fin, il protège le droit de tout citoyen d'être candidat à une élection législative fédérale et provinciale et d'y siéger après avoir été dûment élu. Dans *Figueroa*, la majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge Iacobucci, définit ainsi le test à appliquer pour conclure à une atteinte à l'art. 3 :

> 51 […] Pour qu'il y ait atteinte à l'art. 3, il ne suffit pas qu'une loi établisse une distinction entre un citoyen et un autre ou entre un parti politique et un autre. La différence de traitement doit aussi avoir un effet défavorable sur le droit du demandeur de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.[743]
>
> [Soulignement ajouté]

[692] Les droits garantis par l'art. 3 constituent ainsi des « droits de participation »[744], et plus précisément de participation au processus électoral.

[693] Bien que cette disposition doive recevoir une interprétation généreuse, celle-ci n'autorise pas la Cour à aller au-delà de son libellé et de l'intention des rédacteurs. Or,

---

un premier, un deuxième et un troisième vice-présidents.	third Vice-President from among its Members.
Les deux premiers vice-présidents sont élus parmi les députés du parti gouvernemental et le troisième parmi ceux du parti de l'opposition officielle.	The first Vice-President and the second Vice-President shall be elected from among the Members forming the Government and the third Vice-President from among the Members forming the Official Opposition.

738 Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 377, nº V-2.48.
739 RLRQ, c. E-18. Cette disposition reflète d'ailleurs l'art. 63 de la *LC 1867*.
740 RLRQ, c. M-19.
741 *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, par. 25
742 *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, par. 26.
743 *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37.
744 *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, par. 26.

rien ne permet de conclure que le droit de se porter candidat aux élections et de siéger comme député inclut celui d'être nommé au sein du Conseil exécutif (sur recommandation du premier ministre) ou celui d'être élu à la présidence ou à la vice-présidence de l'Assemblée nationale par les députés. Cette nomination et cette « élection » ne sont pas le fruit de l'exercice du droit de vote des citoyens, mais résultent de décisions prises par des tiers (le premier ministre et l'ensemble des députés). Elles s'inscrivent dans un tout autre registre, postérieur à l'exercice des droits démocratiques protégés par l'art. 3 et distinct du processus électoral. Cette nomination et cette « élection » reposent sur des considérations tout autres, dont certaines sont de nature essentiellement politique (diversité régionale, sexe, etc.) La Cour ne peut se convaincre que l'intention du constituant était d'étendre la garantie de l'art. 3 aux nominations au sein du cabinet fédéral et des conseils exécutifs provinciaux ou encore au processus d'élection du président ou des vice-présidents des assemblées législatives.

[694] Certes, d'aucuns peuvent s'étonner du principe mis en œuvre par les paragraphes 1° et 6° de l'annexe II (lus en conjonction avec l'art. 6 de la *Loi*), ces dispositions visant à exclure par voie législative des députés démocratiquement élus de fonctions ministérielles ou parlementaires sur la base de caractéristiques personnelles (ici le port de signes religieux). Que ferait-on si, pour donner un autre exemple à plus grande échelle, une loi excluait tous les députés de sexe masculin des fonctions ministérielles ou parlementaires? Cela pourrait également être source d'étonnement. D'autant que ces cas de figure reposent sur des caractéristiques par ailleurs protégées par les chartes (religion, sexe).

[695] Toutefois, qu'il s'agisse de la *Loi* ou de l'exemple fictif précité, le fait qu'en raison de l'usage de la disposition de dérogation, les art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* soient mis en échec ne justifie pas que l'on étende la portée de l'art. 3 au-delà du droit à l'éligibilité, c'est-à-dire en l'occurrence aux nominations ministérielles ou au choix du président et vice-présidents de l'Assemblée nationale (tenant même pour acquis que de telles nominations sont assujetties aux chartes, ce qui est loin d'être clair).

[696] Ajoutons finalement qu'en l'occurrence, Lord Reading ne démontre pas, preuve à l'appui, que les exclusions par voie législative des paragraphes 1° et 6° de l'annexe II ont un effet défavorable sur le droit d'une personne citoyenne de se porter candidate à une élection provinciale et, ainsi, de « jouer un rôle significatif dans le processus électoral ».

[697] De même, il y a lieu d'écarter l'argument reposant sur l'obligation de neutralité de l'État que Lord Reading cherche à importer dans l'art. 3 de la *Charte canadienne*, sur le fondement des libertés de conscience et de religion protégées par son art. 2, qui

sous-tendent cette obligation[745]. Le recours à la disposition de dérogation constitue ici un obstacle dirimant à un tel argument.

[698] Bref, le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que les paragraphes 1° et 6° de l'annexe II, lus en conjonction avec l'art. 6 de la *Loi*, ne portent pas atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*.

F. Exercices de dénombrement

[699] En vue d'avoir une idée plus précise de la situation du port des signes religieux sur le terrain, le ministère de l'Éducation, en novembre 2018 (donc avant l'adoption de la *Loi*) envoie aux commissions scolaires (telles qu'elles étaient alors) un sondage visant à déterminer, de manière anonyme, le nombre de leurs employés portant un signe religieux de même que le nombre et la nature des demandes d'accommodement qu'elles ont reçues sur la base de motifs religieux, linguistiques ou ethnoculturels. Le sondage, précisons-le, est adressé aux administrations scolaires (qui n'y ont pas toutes répondu) et non aux membres de leur personnel, qui n'en sont pas formellement avisés. S'ensuivent, en janvier 2019, des appels ciblés émanant de sous-ministres du ministère de l'Éducation auprès de certaines commissions scolaires, à propos du même sujet.

[700] L'une des parties opposées à la *Loi*, la FAE, soutient que ces démarches, qui n'obéissaient à son avis à aucune intention bienveillante, sont attentatoires à la liberté de religion et d'expression de même que discriminatoires et contraires aux chartes. Elle réclame qu'ils soient déclarés inconstitutionnels et que toutes les données qui en sont issues soient détruites.

[701] Tout en concluant que ces exercices de dénombrement ont pu générer un sentiment de stigmatisation chez les membres de communautés religieuses minoritaires, et principalement chez les femmes musulmanes désireuses de porter le hijab (constat que la preuve, notons-le, ne soutient pas, sinon par l'existence d'une réaction rétrospective entretenue par la conviction de l'illégitimité de la *Loi*), le juge de première instance rejette néanmoins la demande de la FAE à cet égard. Il écrit que :

> [256] Cela dit, il apparaît nécessaire que cette démarche s'articule dans un but légitime. À titre d'exemple, les personnes souffrant d'un handicap peuvent-elles légitimement se plaindre que l'on tente de connaître leur nombre dans l'appareil de l'État pour ainsi, possiblement, voir de quelle façon celui-ci peut mettre en place des mesures qui visent à ce qu'elles reçoivent un traitement exempt de discrimination? Le Tribunal ne le croit pas.

---

[745] *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, par. 71.

> [257] Il en va de même pour les personnes portant un signe religieux. À priori, le fait de s'enquérir du nombre qu'elles représentent peut assurément servir un but légitime de l'État. Dans certains cas, il faudra peut-être débusquer les intentions réelles de l'État qui pourrait les cacher sous de faux semblants.
>
> [258] Ainsi, dans la mesure où l'on envisage de restreindre, directement ou indirectement, la liberté de religion ou de conscience, il peut apparaître légitime pour l'État d'appréhender de façon concrète et tangible le nombre réel de personnes que viseraient les règles envisagées. Cette démarche pourra possiblement s'avérer utile dans le cadre d'une contestation judiciaire basée sur les chartes, notamment dans le cadre de l'analyse de l'objectif réel et urgent sous l'article 1 de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise.
>
> [259] De plus, la preuve ne permet pas de conclure qu'en faisant cet exercice de dénombrement, l'État agit de façon oblique, par exemple en sachant ou en voulant nommément agir de façon discriminatoire à l'égard de certaines personnes.
>
> [260] Certes, on peut aisément comprendre et partager le sentiment d'inquiétude et même de désarroi des femmes musulmanes qui affirment se sentir à la fois visées et ostracisées par cette mesure. Cependant, cette conséquence ne suffit pas à établir que l'État agit de façon incorrecte à leur égard ou à l'endroit de toute autre personne.
>
> [261] L'exercice du dénombrement participe à l'un des devoirs de l'État de connaître la composition des milieux de vie dans lequel il offre des services. Il s'agit là d'un objectif légitime.
>
> [262] Le Tribunal ne peut conclure que l'État commet une faute ou pose un geste répréhensible en agissant tel qu'il le fait. La preuve ne permet pas de l'établir.

[702] Le juge de première instance rejette également l'argument fondé sur l'art. 18.1 de la *Charte québécoise* :

> [263] Finalement, le Tribunal ne peut convenir, comme le plaide la FAE, que l'exercice de dénombrement violerait l'article 18.1 de la Charte québécoise, car celui-ci traite uniquement des demandes ou entrevues d'emplois, alors que la demande attaquée porte sur le nombre de personnes qui portaient effectivement des signes religieux visibles dans les établissements scolaires.

[703] De l'avis de la Cour, il n'y a rien à redire à ces conclusions ni au raisonnement qui y mène. L'argument de la FAE à propos des exercices de dénombrement doit donc être rejeté, tout comme sa demande visant l'élimination des données recueillies, lesquelles n'étaient de toute façon ni individualisées ni nominales.

IV. CONCLUSION

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

[704] **ACCUEILLE** en partie l'appel du Procureur général du Québec et autres (500-09-029550-217) et **ACCUEILLE** les appels de Pour les droits des femmes du Québec-PDF Québec (500-09-029549-219) et du Mouvement laïque québécois (500-09-029539-210), en ce qui concerne le dossier de première instance 500-17-109983-190 (dossier Commission scolaire English-Montreal et autres) uniquement;

[705] **INFIRME** en partie le jugement de première instance à la seule fin de remplacer le dispositif prononcé dans le dossier 500-17-109983-190 (dossier Commission scolaire English-Montreal et autres), que l'on retrouve aux paragraphes 1137 à 1141 de ce jugement, par le suivant :

> **Dans le dossier 500-17-109983-190 (dossier Commission scolaire English-Montreal et autres)** :
>
> [1137] **REJETTE** la demande de révision judiciaire et en jugement déclaratoire de la Commission scolaire English-Montreal, Mubeenah Mughal et Pietro Mercuri; et les interventions au soutien de cette demande;
>
> [1138] Sans frais de justice.

[706] **REJETTE** les autres appels, appels incidents et interventions;

[707] **SANS FRAIS DE JUSTICE** en appel.

MANON SAVARD, J.c.Q.

YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.

MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

Me Faiz Munir Lalani
Me Léon H. Moubayed
DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG
Pour Organisation mondiale sikhe du Canada, Amrit Kaur

Me Isabelle Brunet
Me Francis Demers
Me Manuel Klein
BERNARD, ROY (JUSTICE-QUÉBEC)
Me Amélie Pelletier-Desrosiers
SOUS-MINISTÉRIAT DES AFFAIRES JURIDIQUES (SMAJ)
Pour Procureur général du Québec, Jean-François Roberge, *ès qualités*, Simon Jolin-Barrette, *ès qualités*

Me David Grossman
Me Olga Redko
IMK
Pour Ichrak Nourel Hak, Conseil national des musulmans canadiens (CNMC), Corporation de l'Association canadienne des libertés civiles

Me Julius Grey
Mme Fiona Sageau, stagiaire en droit
GREY & CASGRAIN
Pour Commission canadienne des droits de la personne, Quebec Community Groups Network

Me Luc Alarie
ALARIE LEGAULT CABINET D'AVOCATS
Me Guillaume Rousseau
MUNICONSEIL AVOCATS
Pour Mouvement laïque québécois

Me Christiane Pelchat
Pour Pour les droits des femmes du Québec – PDF Québec

Me Sibel Ataogul
MMGC
Pour Amnistie internationale, section Canada francophone

Me Theodore Goloff
ROBINSON SHEPPARD SHAPIRO
Pour L'Association de droit Lord Reading

Me Perri Ravon
Me Mark Power
Me Giacomo Zucchi
JURISTES POWER LAW
Pour Commission scolaire English-Montreal, Mubeenah Mughal, Pietro Mercuri

Me Alexandra Belley-McKinnon
Me Molly Krishtalka
CABINET D'AVOCATS NOVALEX
Me Jérémy Boulanger-Bonnelly
Pour Andréa Lauzon, Hakima Dadouche, Bouchera Chelbi, Comité juridique de la Coalition Inclusion Québec

Me Frédéric Bérard
Me Camille Savard
GATTUSO BOUCHARD MAZZONE
Pour Fédération autonome de l'enseignement

Me Marie-Claude St-Amant
MMGC
Pour Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC)

Me Marion Sandilands
CONWAY
Pour Association des commissions scolaires anglophones du Québec

Me Véronique Roy
Me Lana Rackovic
Me Fady Toban
Me Geneviève Claveau
Me Sean Griffin
LANGLOIS AVOCATS
Pour Fédération des femmes du Québec, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes

Me Robert E. Reynolds
Pour Alliance des chrétiens en droit

Me Christian Trépanier
Me Maxime-Arnaud Keable
FASKEN MARTINEAU DUMOULIN
Me Vincent Roy, avocat-conseil
ASSEMBLÉE NATIONALE
Pour François Paradis, *ès qualités*

Dates d'audience : 7, 8, 9, 10 et 16 novembre 2022

ANNEXE : *LOI SUR LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT*

***Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ c. L-0.3**	***An Act respecting the Laicity of the State*, CQLR c. L-0.3**
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'État;	AS the Québec nation has its own characteristics, one of which is its civil law tradition, distinct social values and a specific history that have led it to develop a particular attachment to State laicity;
CONSIDÉRANT que l'État du Québec est fondé sur des assises constitutionnelles enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales;	AS the Québec State stands on constitutional foundations that have been enriched over the years by the passage of a number of fundamental laws;
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;	AS, in accordance with the principle of parliamentary sovereignty, it is incumbent on the Parliament of Québec to determine the principles according to which and manner in which relations between the State and religions are to be governed in Québec;
CONSIDÉRANT qu'il est important de consacrer le caractère prépondérant de la laïcité de l'État dans l'ordre juridique québécois;	AS it is important that the paramountcy of State laicity be enshrined in Québec's legal order;
CONSIDÉRANT l'importance que la nation québécoise accorde à l'égalité entre les femmes et les hommes;	AS the Québec nation attaches importance to the equality of women and men;
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;	AS a stricter duty of restraint regarding religious matters should be established for persons exercising certain functions, resulting in their being prohibited from wearing religious symbols in the exercise of their functions;

CONSIDÉRANT que la laïcité de l'État favorise le respect du devoir d'impartialité de la magistrature;

AS State laicity contributes to the fulfilment of the magistrature's duty of impartiality;

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'affirmer la laïcité de l'État en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne;

AS State laicity should be affirmed in a manner that ensures a balance between the collective rights of the Québec nation and human rights and freedoms;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT :

THE PARLIAMENT OF QUÉBEC ENACTS AS FOLLOWS:

CHAPITRE I

AFFIRMATION DE LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT

CHAPTER I

AFFIRMATION OF THE LAICITY OF THE STATE

1. L'État du Québec est laïque.

1. The State of Québec is a lay State.

2. La laïcité de l'État repose sur les principes suivants :

2. The laicity of the State is based on the following principles:

1° la séparation de l'État et des religions;

(1) the separation of State and religions;

2° la neutralité religieuse de l'État;

(2) the religious neutrality of the State;

3° l'égalité de tous les citoyens et citoyennes;

(3) the equality of all citizens; and

4° la liberté de conscience et la liberté de religion.

(4) freedom of conscience and freedom of religion.

3. La laïcité de l'État exige que, dans le cadre de leur mission, les institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires respectent l'ensemble des principes énoncés à l'article 2, en fait et en apparence.

3. State laicity requires parliamentary, government and judicial institutions to comply with all the principles listed in section 2, in fact and in appearance, in pursuing their missions.

Pour l'application du présent chapitre, on entend par :

For the purposes of this chapter,

1° «institutions parlementaires» : l'Assemblée nationale, de même que les personnes nommées ou désignées par celle-ci pour exercer une fonction qui en relève;

(1) "parliamentary institutions" means the National Assembly and the persons appointed or designated by it to an office under its authority;

2° «institutions gouvernementales» : les organismes énumérés aux paragraphes 1° à 10° de l'annexe I;

(2) "government institutions" means the bodies listed in paragraphs 1 to 10 of Schedule I;

3° «institutions judiciaires» : la Cour d'appel, la Cour supérieure, la Cour du Québec, le Tribunal des droits de la personne, le Tribunal des professions et les cours municipales.

(3) "judicial institutions" means the Court of Appeal, the Superior Court, the Court of Québec, the Human Rights Tribunal, the Professions Tribunal and the municipal courts.

4. En plus de l'exigence prévue à l'article 3, la laïcité de l'État exige le respect de l'interdiction de porter un signe religieux prévue au chapitre II de la présente loi et du devoir de neutralité religieuse prévu au chapitre II de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (chapitre R-26.2.01), et ce, par les personnes assujetties à cette interdiction ou à ce devoir.

4. In addition to the requirement under section 3, State laicity requires compliance with the prohibition on wearing religious symbols under Chapter II of this Act, and with the duty of religious neutrality under Chapter II of the Act to foster adherence to State religious neutrality and, in particular, to provide a framework for requests for accommodations on religious grounds in certain bodies (chapter R-26.2.01), by the persons subject to that prohibition or that duty.

La laïcité de l'État exige également que toute personne ait droit à des institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires laïques ainsi qu'à des services publics laïques, et ce, dans la mesure prévue par la présente loi et par la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes.

State laicity also requires that all persons have the right to lay parliamentary, government and judicial institutions, and to lay public services, to the extent provided for in this Act and in the Act to foster adherence to State religious neutrality and, in particular, to provide a framework for requests for accommodations on religious grounds in certain bodies.

5. Il appartient au Conseil de la magistrature, à l'égard des juges de la Cour du Québec, du Tribunal des droits de la personne, du Tribunal des professions et des cours municipales ainsi qu'à l'égard des juges de paix magistrats, d'établir des règles traduisant les exigences de la laïcité de l'État et d'assurer leur mise en oeuvre.

5. It is incumbent on the Conseil de la magistrature, with respect to judges of the Court of Québec, the Human Rights Tribunal, the Professions Tribunal and the municipal courts, as well as presiding justices of the peace, to establish rules translating the requirements of State laicity and to ensure their implementation.

Malgré le paragraphe 3° du deuxième alinéa de l'article 3, l'exigence de respecter les principes énoncés à l'article 2 ne s'applique aux juges que dans la mesure prévue au présent article.

Despite subparagraph 3 of the second paragraph of section 3, the requirement to comply with the principles set out in section 2 applies to judges only to the extent provided for in this section.

CHAPITRE II

INTERDICTION DE PORTER UN SIGNE RELIGIEUX

CHAPTER II

PROHIBITION ON WEARING RELIGIOUS SYMBOLS

6. Le port d'un signe religieux est interdit dans l'exercice de leurs fonctions aux personnes énumérées à l'annexe II.

6. The persons listed in Schedule II are prohibited from wearing religious symbols in the exercise of their functions.

Au sens du présent article, est un signe religieux tout objet, notamment un vêtement, un symbole, un bijou, une parure, un accessoire ou un couvre-chef, qui est :

A religious symbol, within the meaning of this section, is any object, including clothing, a symbol, jewellery, an adornment, an accessory or headwear, that

1° soit porté en lien avec une conviction ou une croyance religieuse;

(1) is worn in connection with a religious conviction or belief; or

2° soit raisonnablement considéré comme référant à une appartenance religieuse.

(2) is reasonably considered as referring to a religious affiliation.

CHAPITRE III

SERVICES À VISAGE DÉCOUVERT

CHAPTER III

SERVICES WITH FACE UNCOVERED

7. Pour l'application du présent chapitre, on entend par « membre du personnel d'un organisme » un membre du personnel d'un organisme énuméré à l'annexe I ainsi qu'une personne mentionnée à l'annexe III qui est assimilée à un tel membre.

7. For the purposes of this chapter, "personnel member of a body" means a member of the personnel of a body listed in Schedule I or a person listed in Schedule III who is considered to be such a member.

8. Un membre du personnel d'un organisme doit exercer ses fonctions à visage découvert.

8. Personnel members of a body must exercise their functions with their face uncovered.

De même, une personne qui se présente pour recevoir un service par

Similarly, persons who present themselves to receive a service from

un membre du personnel d'un organisme doit avoir le visage découvert lorsque cela est nécessaire pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité. La personne qui ne respecte pas cette obligation ne peut recevoir le service qu'elle demande, le cas échéant.

a personnel member of a body must have their face uncovered where doing so is necessary to allow their identity to be verified or for security reasons. Persons who fail to comply with that obligation may not receive the service requested, where applicable.

Pour l'application du deuxième alinéa, une personne est réputée se présenter pour recevoir un service lorsqu'elle interagit ou communique avec un membre du personnel d'un organisme dans l'exercice de ses fonctions.

For the purposes of the second paragraph, persons are deemed to be presenting themselves to receive a service when they are interacting or communicating with a personnel member of a body in the exercise of the personnel member's functions.

9. L'article 8 ne s'applique pas à une personne dont le visage est couvert en raison d'un motif de santé, d'un handicap ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines tâches.

9. Section 8 does not apply to persons whose face is covered for health reasons or because of a handicap or of requirements tied to their functions or to the performance of certain tasks.

10. Un organisme énuméré à l'annexe I peut exiger, de toute personne ou société avec laquelle il conclut un contrat ou à laquelle il octroie une aide financière, que des membres de son personnel exercent leurs fonctions à visage découvert, lorsque ce contrat ou l'octroi de cette aide financière a pour objet la prestation de services inhérents à la mission de l'organisme ou lorsque les services sont exécutés sur les lieux de travail du personnel de cet organisme. Il en est de même pour une institution parlementaire visée au paragraphe 1° du deuxième alinéa de l'article 3.

10. A body listed in Schedule I may require, from any persons or partnerships with whom or which it enters into a contract, or to whom or which it grants financial assistance, that members of their personnel exercise their functions with their face uncovered, if the contract or the granting of financial assistance is for the provision of services that are inherent in the body's mission or if the services are performed in its personnel's place of work. The same applies to a parliamentary institution referred to in subparagraph 1 of the second paragraph of section 3.

CHAPITRE IV

DISPOSITIONS DIVERSES

CHAPTER IV

MISCELLANEOUS PROVISIONS

11. Les dispositions de la présente loi prévalent sur celles de toute loi postérieure qui leur seraient contraires, à moins que cette dernière

11. The provisions of this Act prevail over any contrary provisions of any subsequent Act, unless such an Act

loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la présente loi.

Les dispositions des articles 1 à 3 ne prévalent pas sur celles de toute loi antérieure qui leur sont contraires.

12. Un ministre peut, de concert avec le ministre responsable de l'application de la présente loi, vérifier l'application des mesures prévues par la présente loi dans un organisme énuméré à l'annexe I ou auprès d'une personne visée au paragraphe 11° de l'annexe III qui relève de sa responsabilité ou qui est du domaine de sa compétence. Il peut également désigner par écrit une personne qui sera chargée de cette vérification. L'organisme ou la personne qui est visé par la vérification doit, sur demande du ministre concerné ou de la personne chargée de la vérification, lui transmettre ou autrement mettre à sa disposition tout document ou renseignement jugé nécessaire pour procéder à la vérification.

Le ministre concerné peut, par écrit et dans les délais qu'il indique, requérir que l'organisme ou que la personne apporte des mesures correctrices, effectue les suivis adéquats et se soumette à toute autre mesure, dont des mesures de surveillance et d'accompagnement.

Pour l'application du présent article, sont notamment du domaine de la compétence des ministres énumérés ci-après les organismes et personnes suivants :

1° les organismes énumérés au paragraphe 5° de l'annexe I : le ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire;

expressly states that it applies despite this Act.

The provisions of sections 1 to 3 do not prevail over any contrary provisions of any previous Act.

12. A minister may, jointly with the minister responsible for the administration of this Act, verify compliance with the measures set out in this Act within a body listed in Schedule I or with a person referred to in paragraph 11 of Schedule III that is under his or her responsibility or jurisdiction. A minister may also designate, in writing, a person to conduct such verification. At the request of the minister concerned or the designated person, the body or the person being verified must send or otherwise make available to the minister or designated person all documents and information the minister or designated person considers necessary to conduct the verification.

The minister concerned may, in writing and within the time he or she specifies, require the body or the person to take corrective measures, conduct any appropriate follow-up and comply with any other measure, including oversight and support measures.

For the purposes of this section, the following bodies and persons, among others, are under the jurisdiction of the following ministers:

(1) the bodies listed in paragraph 5 of Schedule I: the Minister of Municipal Affairs, Regions and Land Occupancy;

2° les organismes énumérés au paragraphe 6° de cette annexe : le ministre des Transports;

(2) the bodies listed in paragraph 6 of Schedule I: the Minister of Transport;

3° les organismes énumérés aux paragraphes 7° et 12° de cette annexe : le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport ou, selon le cas, le ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie, selon leurs responsabilités respectives;

(3) the bodies listed in paragraphs 7 and 12 of Schedule I: the Minister of Education, Recreation and Sports or, as applicable, the Minister of Higher Education, Research, Science and Technology, according to their respective responsibilities;

4° les organismes énumérés aux paragraphes 8° et 13° de cette annexe : le ministre de la Santé et des Services sociaux;

(4) the bodies listed in paragraphs 8 and 13 of Schedule I: the Minister of Health and Social Services; and

5° les organismes énumérés au paragraphe 11° de l'annexe I et la personne visée au paragraphe 11° de l'annexe III : le ministre de la Famille, des Aînés et de la Condition féminine.

(5) the bodies listed in paragraph 11 of Schedule I and the person referred to in paragraph 11 of Schedule III: the Minister of Families, Seniors and the Status of Women.

Le présent article ne s'applique pas aux institutions parlementaires et aux institutions judiciaires visées à l'un ou l'autre des paragraphes 1° ou 3° du deuxième alinéa de l'article 3.

This section does not apply to the parliamentary institutions and judicial institutions referred to in subparagraph 1 or 3 of the second paragraph of section 3.

13. Il appartient à la personne qui exerce la plus haute autorité administrative, le cas échéant, sur les personnes visées à l'article 6 ou au premier alinéa de l'article 8 de prendre les moyens nécessaires pour assurer le respect des mesures qui y sont prévues. Cette fonction peut être déléguée à une personne au sein de son organisation.

13. It is incumbent on the person exercising the highest administrative authority, where applicable, over the persons referred to in section 6 or the first paragraph of section 8 to take the necessary measures to ensure compliance with the measures set out in those provisions. That function may be delegated to a person within the same organization.

La personne visée à l'article 6 ou au premier alinéa de l'article 8 s'expose, en cas de manquement aux mesures qui y sont prévues, à une mesure disciplinaire ou, le cas échéant, à toute autre mesure découlant de

The persons referred to in section 6 or the first paragraph of section 8 are, in the event of failure to comply with the measures set out in those provisions, subject to a disciplinary measure or, if applicable, to any other measure resulting from the enforcement of the

l'application des règles régissant l'exercice de ses fonctions.

rules governing the exercise of their functions.

14. Aucun accommodement ou autre dérogation ou adaptation, à l'exception de ceux prévus par la présente loi, ne peut être accordé en ce qui a trait aux dispositions portant sur l'interdiction de porter un signe religieux ou sur les obligations relatives aux services à visage découvert.

14. No accommodation or other derogation or adaptation, except those provided for in this Act, may be granted in connection with the provisions concerning the prohibition on wearing religious symbols or concerning the obligations relating to services with one's face uncovered.

15. Lorsque l'interdiction de porter un signe religieux s'applique à un avocat ou à un notaire visé au paragraphe 8° de l'annexe II, cette obligation est réputée faire partie intégrante du contrat de services juridiques en vertu duquel il agit.

15. Where the prohibition on wearing religious symbols applies to a lawyer or notary referred to in paragraph 8 of Schedule II, the obligation is deemed to be an integral part of the legal services contract under which the lawyer or notary acts.

16. Une disposition d'une convention collective, d'une entente collective ou de tout autre contrat relatif à des conditions de travail qui est incompatible avec les dispositions de la présente loi est nulle de nullité absolue.

16. A provision of a collective agreement, group agreement or any other contract concerning conditions of employment that is incompatible with the provisions of this Act is absolutely null.

17. Les articles 1 à 3 ne peuvent être interprétés comme ayant pour effet d'exiger d'une institution visée à l'article 3 qu'elle retire ou modifie un immeuble ou un bien meuble qui orne un immeuble. Toutefois, une institution peut, de sa propre initiative, retirer ou modifier un immeuble ou un tel bien meuble.

17. Sections 1 to 3 must not be interpreted as requiring an institution referred to in section 3 to remove or alter an immovable, or movable property adorning an immovable. However, an institution may, on its own initiative, remove or alter an immovable or such movable property.

Ces articles ne peuvent non plus être interprétés comme ayant un effet sur la toponymie, sur la dénomination d'une institution visée à l'article 3 ou sur une dénomination que celle-ci emploie.

Nor must those sections be interpreted as affecting toponymy, or the name of or name used by an institution referred to in section 3.

CHAPITRE V

DISPOSITIONS MODIFICATIVES

CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

18. La Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) est modifiée par l'insertion, après le troisième alinéa du préambule, de l'alinéa suivant :

« Considérant l'importance fondamentale que la nation québécoise accorde à la laïcité de l'État; »

19. L'article 9.1 de cette charte est modifié par l'insertion, dans le premier alinéa et après « valeurs démocratiques, », de « de la laïcité de l'État, »

LOI FAVORISANT LE RESPECT DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE DE L'ÉTAT ET VISANT NOTAMMENT À ENCADRER LES DEMANDES D'ACCOMMODEMENTS POUR UN MOTIF RELIGIEUX DANS CERTAINS ORGANISMES

20. Le préambule de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (chapitre R-26.2.01) est abrogé.

21. L'article 1 de cette loi est modifié :

1° par le remplacement du premier alinéa par le suivant :

« La présente loi impose, dans la mesure qui y est prévue, un devoir de neutralité religieuse dans l'exercice de

CHAPTER V

AMENDING PROVISIONS

CHARTER OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

18. The Charter of human rights and freedoms (chapter C-12) is amended by inserting the following paragraph after the third paragraph of the preamble:

"Whereas the Québec nation considers State laicity to be of fundamental importance;"

19. Section 9.1 of the Charter is amended by inserting "State laicity," after "democratic values," in the first paragraph.

ACT TO FOSTER ADHERENCE TO STATE RELIGIOUS NEUTRALITY AND, IN PARTICULAR, TO PROVIDE A FRAMEWORK FOR REQUESTS FOR ACCOMMODATIONS ON RELIGIOUS GROUNDS IN CERTAIN BODIES

20. The preamble to the Act to foster adherence to State religious neutrality and, in particular, to provide a framework for requests for accommodations on religious grounds in certain bodies (chapter R-26.2.01) is repealed

21. Section 1 of the Act is amended

(1) by replacing the first paragraph by the following paragraph:

"This Act imposes, to the extent it provides for, a duty of religious neutrality on personnel members of

leurs fonctions aux membres du personnel des organismes publics, conformément aux exigences de la laïcité de l'État. »;	public bodies in the exercise of their functions, in accordance with the requirements of State laicity.”;
2° par la suppression du deuxième alinéa.	(2) by striking out the second paragraph.
22. L'article 2 de cette loi est modifié, dans le premier alinéa :	**22.** Section 2 of the Act is amended, in the first paragraph,
1° par l'insertion, à la fin du paragraphe 2°, de « , de même que les organismes dont le fonds social fait partie du domaine de l'État »;	(1) by inserting “, as well as bodies whose capital forms part of the domain of the State” at the end of subparagraph 2;
2° par l'insertion, dans le paragraphe 5° et après « municipaux », de « et régionaux »;	(2) by inserting “and regional” after “municipal” in subparagraph 5;
3° par l'insertion, dans le paragraphe 7° et après « Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3) », de « , la Commission scolaire du Littoral constituée par la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125) »;	(3) by inserting “, the Commission scolaire du Littoral established by the Act respecting the Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapter 125)” after “Education Act (chapter I-13.3)” in subparagraph 7;
4° par la suppression, dans le paragraphe 9°, de « ou l'une de ses commissions ».	(4) by striking out “or any of its committees” in subparagraph 9
23. L'article 7 de cette loi est modifié :	**23.** Section 7 of the Act is amended
1° par le remplacement, dans le texte anglais, de « any person or partnership with whom it has entered » par « any persons or partnerships with whom or which it enters »;	(1) by replacing “any person or partnership with whom it has entered” by “any persons or partnerships with whom or which it enters”;
2° par le remplacement de « de service ou une entente de subvention » par « ou à laquelle il octroie une aide financière »;	(2) by replacing “service contract or subsidy agreement” by “contract, or to whom or which it grants financial assistance,”;

3° par le remplacement de « ou cette entente » par « ou l'octroi de cette aide financière »;

(3) by replacing "or agreement relates to" by "or the granting of financial assistance is for";

4° par le remplacement de « cet organisme ou exécutés sur les lieux de travail de son personnel » par « l'organisme ou lorsque les services sont exécutés sur les lieux de travail du personnel de cet organisme ».

(4) by replacing "that are performed in its personnel's place of work" by "if the services are performed in its personnel's place of work".

24. L'article 9 de cette loi et la section II du chapitre III de cette loi, comprenant l'article 10, sont abrogés.

24. Section 9 of the Act and Division II of Chapter III of the Act, comprising section 10, are repealed.

25. L'article 12 de cette loi est modifié par le remplacement du deuxième alinéa par le suivant :

25. Section 12 of the Act is amended by replacing the second paragraph by the following paragraph:

« Ces lignes directrices sont rendues publiques par les moyens que le ministre estime appropriés. ».

"The guidelines must be made public using the means the Minister considers appropriate."

26. La section IV du chapitre III de cette loi, comprenant l'article 15, est abrogée.

26. Division IV of Chapter III of the Act, comprising section 15, is repealed.

27. L'article 16 de cette loi est abrogé.

27. Section 16 of the Act is repealed.

28. L'article 17 de cette loi est modifié par le remplacement de la dernière phrase du premier alinéa par les suivantes : « Elle peut déléguer cette fonction à une personne au sein de son organisation. En outre, elle doit désigner, au sein de son personnel, un répondant en matière d'accommodement. ».

28. Section 17 of the Act is amended by replacing the last sentence of the first paragraph by the following sentences: "That person may delegate the function to a person within his or her organization. In addition, that person must designate an accommodation officer within the personnel."

29. Cette loi est modifiée par l'insertion, après l'article 17, du suivant :

29. The Act is amended by inserting the following section after section 17:

« **17.1.** Aucun accommodement ou autre dérogation ou adaptation, à l'exception de ceux prévus par la présente loi, ne peut être accordé en ce qui a trait aux dispositions prévues

"**17.1.** No accommodation or other derogation or adaptation, except those provided for in this Act, may be granted in connection with the provisions of this Act that concern

par celle-ci portant sur le respect du devoir de neutralité religieuse. ».

30. L'article 19 de cette loi est remplacé par le suivant :

« **19.** Le ministre désigné par le gouvernement est responsable de l'application de la présente loi. ».

CHAPITRE VI

DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

31. L'article 6 ne s'applique pas :

1° à une personne visée à l'un ou l'autre des paragraphes 2°, 3°, 7° et 9° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, tant qu'elle exerce la même fonction au sein de la même organisation;

2° à une personne visée à l'un ou l'autre des paragraphes 4° et 5° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, jusqu'à la fin de leur mandat;

3° à une personne, à l'exception du ministre de la Justice et procureur général, visée au paragraphe 6° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, tant qu'elle exerce la même fonction et qu'elle relève de la même organisation;

4° à une personne visée au paragraphe 8° de l'annexe II qui agit conformément à un contrat de services juridiques conclu avant le 16 juin 2019, sauf si ce contrat est renouvelé après cette date;

5° à une personne visée au paragraphe 10° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, tant qu'elle exerce la même fonction au sein de la même commission scolaire.

fulfillment of the duty of religious neutrality."

30. Section 19 of the Act is replaced by the following section:

"**19.** The minister designated by the Government is responsible for the administration of this Act."

CHAPTER VI

TRANSITIONAL AND FINAL PROVISIONS

31. Section 6 does not apply

(1) to persons referred to in any of paragraphs 2, 3, 7 and 9 of Schedule II on 27 March 2019, for as long as they exercise the same function within the same organization;

(2) to persons referred to in paragraph 4 or 5 of Schedule II on 27 March 2019, until the end of their mandate;

(3) to persons, except the Minister of Justice and Attorney General, referred to in paragraph 6 of Schedule II on 27 March 2019, for as long as they exercise the same function and are under the authority of the same organization;

(4) to persons referred to in paragraph 8 of Schedule II acting in accordance with a legal services contract entered into before 16 June 2019, unless the contract is renewed after that date;

(5) to persons referred to in paragraph 10 of Schedule II on 27 March 2019, for as long as they exercise the same function within the same school board.

32. Jusqu'à ce que le gouvernement prenne un décret désignant le ministre responsable de l'application de la présente loi et de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (chapitre R-26.2.01), le ministre de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion est responsable de l'application de ces lois.

32. Until the Government makes an order designating a minister responsible for the administration of this Act and the Act to foster adherence to State religious neutrality and, in particular, to provide a framework for requests for accommodations on religious grounds in certain bodies (chapter R-26.2.01), the Minister of Immigration, Diversity and Inclusiveness is responsible for their administration.

33. La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte à la Loi favorisant la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes s'appliquent malgré les articles 1 à 38 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12).

33. This Act and the amendments made by it to the Act to foster adherence to State religious neutrality and, in particular, to provide a framework for requests for accommodations on religious grounds in certain bodies apply despite sections 1 to 38 of the Charter of human rights and freedoms (chapter C-12).

34. La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte par son chapitre V ont effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

34. This Act and the amendments made by Chapter V of this Act have effect notwithstanding sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B to the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

35. Le ministre désigné par le gouvernement est responsable de l'application de la présente loi.

35. The minister designated by the Government is responsible for the administration of this Act.

36. La présente loi entre en vigueur le 16 juin 2019.

36. This Act comes into force on 16 June 2019.

ANNEXE I

(Articles 3,7 et 10)

ORGANISMES

1° les ministères du gouvernement;

SCHEDULE I

(Sections 3, 7 and 10)

BODIES

(1) government departments;

2° les organismes budgétaires, les organismes autres que budgétaires et les entreprises du gouvernement énumérés aux annexes 1 à 3 de la Loi sur l'administration financière (chapitre A-6.001), y compris les personnes qui y sont énumérées, de même que les organismes dont le fonds social fait partie du domaine de l'État;

(2) budget-funded bodies, bodies other than budget-funded bodies and government enterprises listed in Schedules 1 to 3 to the Financial Administration Act (chapter A-6.001), including the persons listed in those schedules, as well as bodies whose capital forms part of the domain of the State;

3° les organismes et les personnes dont le personnel est nommé suivant la Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1);

(3) bodies and persons whose personnel is appointed in accordance with the Public Service Act (chapter F-3.1.1);

4° les organismes gouvernementaux énumérés à l'annexe C de la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic (chapitre R-8.2), y compris les personnes qui y sont énumérées;

(4) government agencies listed in Schedule C to the Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors (chapter R-8.2), including the persons listed in that schedule;

5° les municipalités, les communautés métropolitaines, les régies intermunicipales et les offices municipaux et régionaux d'habitation, à l'exception des municipalités régies par la Loi sur les villages cris et le village naskapi (chapitre V-5.1) ou par la Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik (chapitre V-6.1);

(5) municipalities, metropolitan communities, intermunicipal boards and municipal and regional housing bureaus, except municipalities governed by the Cree Villages and the Naskapi Village Act (chapter V-5.1) or the Act respecting Northern villages and the Kativik Regional Government (chapter V-6.1);

6° les sociétés de transport en commun, l'Autorité régionale de transport métropolitain ou tout autre exploitant d'un système de transport collectif;

(6) public transit authorities, the Autorité régionale de transport métropolitain and any other operator of a shared transportation system;

7° les commissions scolaires instituées en vertu de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3), la Commission scolaire du Littoral constituée par la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125), le Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île

(7) school service centres established under the Education Act (chapter I-13.3), the Centre de services scolaire du Littoral established by the Act respecting the Centre de services scolaire du Littoral (1966-1967, chapter 125), the Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île

de Montréal, les collèges d'enseignement général et professionnel institués en vertu de la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel (chapitre C-29) ainsi que les établissements d'enseignement de niveau universitaire énumérés aux paragraphes 1° à 11° de l'article 1 de la Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire (chapitre E-14.1);

de Montréal, general and vocational colleges established under the General and Vocational Colleges Act (chapter C-29), and university-level educational institutions listed in paragraphs 1 to 11 of section 1 of the Act respecting educational institutions at the university level (chapter E-14.1);

8° les établissements publics visés par la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-4.2), à l'exception des établissements publics visés aux parties IV.1 et IV.3 de cette loi, les groupes d'approvisionnement en commun visés à l'article 435.1 de cette même loi et les centres de communication santé visés par la Loi sur les services préhospitaliers d'urgence (chapitre S-6.2);

(8) public institutions governed by the Act respecting health services and social services (chapter S-4.2), except public institutions referred to in Parts IV.1 and IV.3 of that Act, joint procurement groups referred to in section 435.1 of that Act, and health communication centres referred to in the Act respecting pre-hospital emergency services (chapter S-6.2);

9° les organismes dont l'Assemblée nationale nomme la majorité des membres;

(9) bodies the majority of whose members are appointed by the National Assembly;

10° les commissions d'enquête constituées en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37);

(10) inquiry commissions established under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37);

11° les centres de la petite enfance, les bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial et les garderies subventionnées visés par la Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance (chapitre S-4.1.1);

(11) childcare centres, home educational childcare coordinating offices and subsidized day care centres governed by the Educational Childcare Act (chapter S-4.1.1);

12° les établissements agréés aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9.1) et les institutions dont le régime d'enseignement est l'objet d'une entente internationale au sens

(12) institutions accredited for the purposes of subsidies under the Act respecting private education (chapter E-9.1), and institutions whose instructional program is the subject of an international agreement within the meaning of the Act

de la Loi sur le ministère des Relations internationales (chapitre M-25.1.1);

13° les établissements privés conventionnés, les ressources intermédiaires et les ressources de type familial visés par la Loi sur les services de santé et les services sociaux.

respecting the Ministère des Relations internationales (chapter M-25.1.1); and

(13) private institutions under agreement, intermediary resources and family-type resources governed by the Act respecting health services and social services.

ANNEXE II

(Articles 6,15 et 31)

PERSONNES VISÉES PAR L'INTERDICTION DE PORTER UN SIGNE RELIGIEUX DANS L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS

SCHEDULE II

(Sections 6, 15 and 31)

PERSONS SUBJECT TO THE PROHIBITION ON WEARING RELIGIOUS SYMBOLS IN THE EXERCISE OF THEIR FUNCTIONS

1° le président et les vice-présidents de l'Assemblée nationale;

(1) the President and Vice-Presidents of the National Assembly;

2° un juge de paix fonctionnaire visé à l'article 158 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16), un greffier spécial, un greffier, un greffier adjoint, un shérif et un shérif adjoint visés aux articles 4 à 5 de cette loi, un greffier et un greffier adjoint visés à l'article 57 de la Loi sur les cours municipales (chapitre C-72.01), ainsi qu'un registraire des faillites;

(2) administrative justices of the peace referred to in section 158 of the Courts of Justice Act (chapter T-16), special clerks, clerks, deputy clerks, sheriffs and deputy sheriffs referred to in sections 4 to 5 of that Act, clerks and deputy clerks referred to in section 57 of the Act respecting municipal courts (chapter C-72.01), and bankruptcy registrars;

3° un membre, un commissaire ou un régisseur, selon le cas, exerçant ses fonctions au sein du Comité de déontologie policière, de la Commission d'accès à l'information, de la Commission de la fonction publique, de la Commission de protection du territoire agricole du Québec, de la Commission des transports du Québec, de la Commission municipale du Québec, de la Commission québécoise des libérations conditionnelles, de la Régie de l'énergie, de la Régie des alcools, des courses et des jeux, de la

(3) members or commissioners, as applicable, who exercise their functions within the Commission d'accès à l'information, the Commission de la fonction publique, the Commission de protection du territoire agricole du Québec, the Commission des transports du Québec, the Commission municipale du Québec, the Commission québécoise des libérations conditionnelles, the Régie de l'énergie, the Régie des alcools, des courses et des jeux, the Régie des marchés agricoles et alimentaires du

Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, de la Régie du bâtiment du Québec, de la Régie du logement, du Tribunal administratif des marchés financiers, du Tribunal administratif du Québec ou du Tribunal administratif du travail, ainsi qu'un président de conseil de discipline exerçant ses fonctions au sein du Bureau des présidents des conseils de discipline;

Québec, the Régie du bâtiment du Québec, the Tribunal administratif de déontologie policière, the Administrative Housing Tribunal, the Financial Markets Administrative Tribunal, the Administrative Tribunal of Québec or the Administrative Labour Tribunal, as well as disciplinary council chairs who exercise their functions within the Bureau des présidents des conseils de discipline;

4° un commissaire nommé par le gouvernement en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), ainsi qu'un avocat ou un notaire agissant pour une telle commission;

(4) commissioners appointed by the Government under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37), and lawyers or notaries acting for such a commission;

5° un arbitre nommé par le ministre du Travail dont le nom apparaît sur une liste dressée par ce dernier conformément au Code du travail (chapitre C-27);

(5) arbitrators appointed by the Minister of Labour whose name appears on a list drawn up by that minister in accordance with the Labour Code (chapter C-27);

6° le ministre de la Justice et procureur général, le directeur des poursuites criminelles et pénales, ainsi qu'une personne qui exerce la fonction d'avocat, de notaire ou de procureur aux poursuites criminelles et pénales, y compris un cadre juridique qui supervise le travail de ces personnes ou celui d'autres cadres juridiques, et qui relève d'un ministère, du directeur des poursuites criminelles et pénales, de l'Assemblée nationale, d'une personne nommée ou désignée par l'Assemblée nationale pour exercer une fonction qui en relève, d'un organisme visé au paragraphe 3°, de l'Autorité des marchés financiers, de l'Autorité des marchés publics, de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, de Revenu Québec ou d'un organisme ou d'une personne dont le personnel est nommé suivant

(6) the Minister of Justice and Attorney General, the Director of Criminal and Penal Prosecutions, and persons who exercise the function of lawyer, notary or criminal and penal prosecuting attorney, including legal managers who supervise the work of those persons or of other legal managers, and who are under the authority of a government department, the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the National Assembly, a person appointed or designated by the National Assembly to an office under its authority, a body referred to in paragraph 3, the Autorité des marchés financiers, the Autorité des marchés publics, the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Revenu Québec or a body or person whose personnel is appointed in accordance with the Public Service Act (chapter F-3.1.1),

la Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1), à l'exception du Centre de services partagés du Québec, du Conseil de gestion de l'assurance parentale, de l'Institut de la statistique du Québec, de La Financière agricole du Québec, de la Société d'habitation du Québec et de Transition énergétique Québec;

except the Centre d'acquisitions gouvernementales, the Conseil de gestion de l'assurance parentale, the Institut de la statistique du Québec, La Financière agricole du Québec, the Société d'habitation du Québec and Transition énergétique Québec;

7° une personne qui exerce la fonction d'avocat à l'emploi d'un poursuivant visé à l'un ou l'autre des paragraphes 2° et 3° de l'article 9 du Code de procédure pénale (chapitre C-25.1), sauf si ce poursuivant est visé au paragraphe 6°, lorsque cette personne agit en matière criminelle ou pénale pour un poursuivant devant un tribunal ou auprès de tiers;

(7) persons who exercise the function of lawyer and are employed by a prosecutor referred to in paragraph 2 or 3 of article 9 of the Code of Penal Procedure (chapter C-25.1), unless the prosecutor is referred to in paragraph 6, when those persons are acting in criminal or penal matters for a prosecutor before the courts or with third persons;

8° un avocat ou un notaire lorsqu'il agit devant un tribunal ou auprès de tiers conformément à un contrat de services juridiques conclu avec un ministre, le directeur des poursuites criminelles et pénales, l'Assemblée nationale, une personne nommée ou désignée par l'Assemblée nationale pour exercer une fonction qui en relève, un organisme visé au paragraphe 3°, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité des marchés publics, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Revenu Québec, un organisme ou une personne dont le personnel est nommé suivant la Loi sur la fonction publique, à l'exception du Centre de services partagés du Québec, du Conseil de gestion de l'assurance parentale, de l'Institut de la statistique du Québec, de La Financière agricole du Québec, de la Société d'habitation du Québec et de Transition énergétique Québec, de même qu'un avocat lorsqu'il agit en matière criminelle ou pénale devant

(8) lawyers or notaries acting before the courts or with third persons in accordance with a legal services contract entered into with a minister, the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the National Assembly, a person appointed or designated by the National Assembly to exercise a function under its authority, a body referred to in paragraph 3, the Autorité des marchés financiers, the Autorité des marchés publics, the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Revenu Québec, a body or person whose personnel is appointed in accordance with the Public Service Act, except the Centre d'acquisitions gouvernementales, the Conseil de gestion de l'assurance parentale, the Institut de la statistique du Québec, La Financière agricole du Québec, the Société d'habitation du Québec and Transition énergétique Québec, or lawyers acting in criminal or penal matters before the courts or with third persons in accordance with a legal services contract entered into

un tribunal ou auprès de tiers conformément à un contrat de services juridiques conclu avec un poursuivant visé au paragraphe 7°;

with a prosecutor referred to in paragraph 7;

9° un agent de la paix exerçant ses fonctions principalement au Québec;

(9) peace officers who exercise their functions mainly in Québec; and

10° un directeur, un directeur adjoint ainsi qu'un enseignant d'un établissement d'enseignement sous la compétence d'une commission scolaire instituée en vertu de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3) ou de la Commission scolaire du Littoral constituée par la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125).

(10) principals, vice principals and teachers of educational institutions under the jurisdiction of a school service centre established under the Education Act (chapter I-13.3) or of the Centre de services scolaire du Littoral established by the Act respecting the Centre de services scolaire du Littoral (1966-1967, chapter 125).

ANNEXE III

(Article 7)

PERSONNES ASSIMILÉES À UN MEMBRE DU PERSONNEL D'UN ORGANISME POUR L'APPLICATION DES MESURES RELATIVES AUX SERVICES À VISAGE DÉCOUVERT

SCHEDULE III

(Section 7)

PERSONS CONSIDERED TO BE PERSONNEL MEMBERS OF A BODY FOR THE PURPOSES OF MEASURES RELATING TO SERVICES WITH FACE UNCOVERED

1° un député de l'Assemblée nationale;

(1) Members of the National Assembly;

2° un élu municipal, à l'exception de celui d'une municipalité régie par la Loi sur les villages cris et le village naskapi (chapitre V-5.1) ou par la Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik (chapitre V-6.1);

(2) elected municipal officers, except those of municipalities governed by the Cree Villages and the Naskapi Village Act (chapter V-5.1) or by the Act respecting Northern villages and the Kativik Regional Government (chapter V-6.1);

3° un membre du personnel d'un cabinet au sens de la section II.2 de la Loi sur l'exécutif (chapitre E-18), un membre du personnel d'un cabinet ou d'un député au sens de la section III.1 du chapitre IV de la Loi sur l'Assemblée nationale (chapitre A-23.1) de même qu'un

(3) office staff within the meaning of Division II.2 of the Executive Power Act (chapter E-18), office staff and Members' staff within the meaning of Division III.1 of Chapter IV of the Act respecting the National Assembly (chapter A-23.1), and office staff

membre du personnel d'un cabinet visé à l'article 114.4 de la Loi sur les cités et villes (chapitre C-19);

4° un commissaire d'une commission scolaire instituée en vertu de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3), ainsi que l'administrateur et l'administrateur adjoint nommés en vertu de l'article 4 de la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125);

5° un membre du personnel de l'Assemblée nationale ou du lieutenant-gouverneur;

6° une personne nommée ou désignée par l'Assemblée nationale pour exercer une fonction qui en relève et le personnel qu'elle dirige;

7° un commissaire nommé par le gouvernement en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37) et le personnel qu'il dirige;

8° une personne nommée par le gouvernement ou par un ministre pour exercer une fonction juridictionnelle relevant de l'ordre administratif, y compris un arbitre dont le nom apparaît sur une liste dressée par le ministre du Travail conformément au Code du travail (chapitre C-27);

9° un agent de la paix exerçant ses fonctions principalement au Québec;

10° un médecin, un dentiste ou une sage-femme lorsque cette personne exerce sa profession dans un centre exploité par un établissement public visé au paragraphe 8° de l'annexe I;

11° une personne reconnue à titre de responsable d'un service de garde en milieu familial subventionné en vertu

referred to in section 114.4 of the Cities and Towns Act (chapter C-19);

(4) members of the board of directors of a school service centre established under the Education Act (chapter I-13.3) and the manager and assistant manager appointed under section 4 of the Act respecting the Centre de services scolaire du Littoral (1966-1967, chapter 125);

(5) National Assembly personnel members and Lieutenant-Governor staff members;

(6) persons appointed or designated by the National Assembly to an office under its authority and the personnel directed by them;

(7) commissioners appointed by the Government under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37) and the personnel directed by them;

(8) persons appointed by the government or by a minister to exercise an adjudicative function within the administrative branch, including arbitrators whose name appears on a list drawn up by the Minister of Labour in accordance with the Labour Code (chapter C-27);

(9) peace officers who exercise their functions mainly in Québec;

(10) physicians, dentists and midwives, when those persons are practising in a centre operated by a public institution referred to in paragraph 8 of Schedule I;

(11) persons recognized as subsidized home educational

de la Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance (chapitre S-4.1.1) et les personnes qu'elle dirige;

12° un administrateur ou un membre d'un organisme énuméré à l'un ou l'autre des paragraphes 1° à 9° de l'annexe I qui reçoit de celui-ci une rémunération autre que le remboursement de ses dépenses, à l'exception d'une personne élue;

13° toute autre personne nommée ou désignée par l'Assemblée nationale, par le gouvernement ou par un ministre, lorsqu'elle exerce des fonctions qui lui sont attribuées par l'Assemblée nationale, par la loi, par le gouvernement ou par le ministre.

childcare providers under the Educational Childcare Act (chapter S-4.1.1) and the persons directed by them;

(12) directors or members of a body referred to in any of paragraphs 1 to 9 of Schedule I who receive remuneration from the body other than the reimbursement of their expenses, except persons who are elected;

(13) any other persons appointed or designated by the National Assembly, the Government or a minister, when those persons are exercising functions assigned to them by the National Assembly, the law, the Government or the minister.

PART I – OVERVIEW AND STATEMENT OF FACTS

1. Overview of Issues of Public Importance

1. This case raises several issues of public importance, two of which are introduced in this Application. First is whether the notwithstanding clause gives legislatures the power to adopt laws that breach the basic architecture of the Canadian constitution without following the procedure for constitutional amendment. Second is whether provinces may validly adopt prohibitive legislation whose principal objective is to enforce morality or fundamental social values.

2. Both these issues arise in the context of a constitutional challenge to the *Act respecting the laicity of the State*, CQLR c L-0.3 (the "**Act**"). The Act, adopted by the Québec National Assembly in 2019, excludes individuals from participation in certain public institutions on the basis of their religion. The right to participate in public service is a cornerstone of democracy. It forms part of the basic structure of the constitution and may not be altered through ordinary legislation. The possibility that the notwithstanding clause discharges legislatures of their obligation to comply with the constitution's basic architecture, allowing them to fundamentally alter Canada's constitutional tenets and completely redefine the type of democracy this country purports to be, is an alarming scenario. This Court has never ruled on the relationship between the notwithstanding clause and Canada's constitutional architecture, and its guidance is direly needed.

3. This Court's guidance is also needed as to whether provinces may validly adopt laws whose primary purpose seeks to enforce morality and fundamental social values. The Québec legislature's main purpose in enacting ss. 6 and 8 of the Act – the only provisions challenged on the basis of federalism – was to protect the fundamental social value of "*laïcité*". The decisions below followed different analytical frameworks, neither of which corresponded to this Court's most recent pronouncements on the criminal law power. This dissonance largely results from the fact that this Court has not ruled on the *vires* of morality and values-based provincial legislation since 1993.

4. While both issues arise in the context of a constitutional challenge to the Act, their importance far exceeds its purview. This Court should grant this Application and clarify the extent to which ordinary provincial legislatures can alter Canadian's most fundamental rights without judicial oversight, or dictate, on pain of sanction, a particular vision of morality and fundamental social values.

2. Facts

5. The Act was adopted on June 16, 2019. It contains two prohibitions for those who work – or would want to work – for a variety of public institutions, including teachers, police officers, and lawyers: (1) one on wearing "religious symbols" at work (Section 6), and (2) one on covering their faces while exercising their functions (Section 8). It also contains "notwithstanding" clauses pursuant to s. 33 of the Canadian *Charter*[1] and s. 52 of Québec's *Charter of human rights and freedoms*.[2] Legislation to extend the use of the notwithstanding clause in the *Charter* beyond its initial five-year term has been introduced in the National Assembly.[3]

6. On June 17, 2019, the Applicants filed an *Application for Judicial Review (Declaration of Invalidity)* (the "**Originating Application**") contesting the constitutionality of the Act. The Originating Application was eventually joined with other challenges to the Act.

7. The matter proceeded to a 33-day trial in late 2020. The Applicants argued[4] that ss. 6 and 8 of the Act are unconstitutional because (1) the exclusion of persons from public institutions on the basis of their religion violates the structure of the constitution of Canada (the "**Architecture Argument**") and (2) these sections are *ultra vires* the jurisdiction of the province of Québec (the "**Federalism Argument**"). The Applicants plead that both these arguments demonstrate the invalidity of ss. 6 and 8 regardless of the Act's use of the notwithstanding clause.

---

[1] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of *The Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11 [the "***Charter***"].
[2] *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c C-12.
[3] Bill 52, *An Act to enable the Parliament of Québec to preserve the principle of parliamentary sovereignty with respect to the Act respecting the laicity of the State*, 1st Sess, 43rd Leg, Quebec, 2024 (first introduced 8 February 2024).
[4] Three other arguments raised by the Applicants at trial that are not addressed here. The first concerned the constitutionality of s. 8 of the Act. The Applicants' arguments were accepted both at first instance and on appeal. The second concerned the constitutionality of ss. 5-6 of the Act on the basis of judicial independence, and the vagueness of the Act; they were not pursued by the Applicants on appeal.

3. Judgments Below

A. Superior Court, 2021 QCCS 1466 (Blanchard, J.S.C.)(the "Trial Decision")

8. The Honourable Marc-André Blanchard J.S.C. dismissed most of the grounds of contestation of the Act, including the Architecture Argument and the Federalism Argument.

9. On the facts of the present matter, Blanchard J. recognized the exclusionary impact of the Act, noting that it:

> *… transmet le message que les personnes qui exercent leur foi ne méritent pas de participer à part entière dans la société québécoise.*[5]

10. He held, however, that the Act was nonetheless constitutionally valid, in particular because of its "sterilizing" use of the notwithstanding clause.[6]

11. On the Architecture Argument, Blanchard J. held that the Act was not inconsistent with the written constitution, and that recourse to our constitutional architecture was accordingly not appropriate.[7] On the Federalism Argument, Blanchard J. accepted the Applicants' argument that ss. 6 and 8 of the Act "*s'avèrent relever de la nature de dispositions traitant de la religion dans une perspective se rattachant traditionnellement au droit criminel*"[8] but nonetheless held that these sections fell outside Parliament's jurisdiction over criminal matters for lack of a "criminal" sanction.[9] He concluded they were *intra vires* the province, pursuant to par. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*.[10]

B. Court of Appeal, 2024 QCCA 254 (Savard, Morissette, Bich, JJ.A.)

12. The Court of Appeal unanimously dismissed the Applicants' appeal.

13. With respect to the Architecture Argument, the Court of Appeal held that the Applicants had failed to make out the origin or content of the doctrine of participation in public institutions as a

---

[5] *Hak c Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466 at para 65 [***Trial Decision***], Application for Leave to Appeal [**ALA**], Tab 2A.
[6] *Ibid* at para 784, ALA, Tab 2A.
[7] *Ibid* at paras 634–635, ALA, Tab 2A.
[8] *Ibid* at para 417, ALA, Tab 2A.
[9] *Ibid* at paras 429-436, ALA, Tab 2A.
[10] *Ibid* at para 435, ALA, Tab 2A.

bedrock of the constitutional structure.[11] In any event, the Court of Appeal emphasized the key role of the written constitution pursuant to this Court's decision in *Toronto (City) v Ontario (Attorney General)*,[12] and found that the texts cited by the Applicants were insufficient to ground their argument.[13]

14. With respect to the Federalism Argument, despite the Applicants having challenged only the *vires* of ss. 6 and 8 of the Act, the Court of Appeal assessed the validity of the Act as a whole.[14] At no point did the Court attempt to characterize or classify sections 6 and 8 specifically or opine on their validity. Calling Justice Blanchard's pith and substance analysis "*indûment étroite*", the Court of Appeal settled on a much broader characterization of the objectives of the Act that included affirming laicity as a fundamental principle and guaranteeing the right to lay institutions.[15] The Court then relied on this wide-reaching characterization to classify the Act under multiple provincial heads of power.[16]

PART II– QUESTION IN ISSUE

15. The question on this leave application is whether the proposed appeal raises issues of public importance that ought to be addressed by this Court. The Applicants note the following issues:

a) Can the notwithstanding clause save the validity of a law that is inconsistent with our constitutional architecture?

b) Can a province validly adopt prohibitive legislation whose principal objective is the enforcement of public morality or fundamental values?

16. If answered in the negative, each of these questions leads to the conclusion that sections 6 and 8 of the Act are unconstitutional and should be declared invalid.

---

[11] *Organisation mondiale sikhe du Canada c Procureur général du Québec*, 2024 QCCA 254 at para 188 [***QCCA Judgment***], ALA, Tab 2B.
[12] *Toronto (City) v Ontario (Attorney General)*, 2021 SCC 34 [***Toronto***].
[13] *QCCA Judgment* at paras 193–194, ALA, Tab 2B.
[14] *Ibid* at paras 72–103.
[15] *Ibid* at para 101.
[16] *Ibid* at para 105.

PART III – ARGUMENT

1. The Architecture Argument

17. Can the notwithstanding clause save the validity of a law that is inconsistent with our constitutional architecture?

A. Introduction

18. In *Toronto*, this Court engaged with the notion of our constitutional architecture, its purpose, and its limits. This Court held that unwritten constitutional principles cannot be used to overtake the written word of the constitution.[17] Where different aspects of the constitution appear to conflict, or where the written constitution contains gaps, however, courts may refer to our constitutional architecture to resolve the problem.[18]

19. Doctrines necessary to the proper functioning of our constitutional democracy therefore emerge from the structure of our constitution.[19]

20. The present appeal raises the novel question of the relationship between the notwithstanding clause contained at s. 33 of the *Charter*, and the architecture that ensures our constitution's coherence. The answer to this question will determine not only the validity of various provisions of the Act in the present appeal, but more generally the respective roles of the courts and the legislature in the modern constitutional landscape.

21. Indeed, the notwithstanding clause applies to some of the most fundamental rights and freedoms that Canadians enjoy. The right to life and security of person. Freedom of expression. The right to not be subjected to cruel and inhuman treatment. Equality rights. And of course, freedom of religion.

22. Are Canadians a simple majority vote away from a legislature eliminating these rights? Or are certain aspects of these rights so necessary for the proper functioning of our democracy that their elimination would be incoherent with our constitutional architecture?

23. Put differently: when the notwithstanding clause is invoked, what role is left for the courts

---

[17] *Toronto* at paras 54, 73 and 75.
[18] *Ibid* at paras 55 and 56.
[19] *Ibid* at para 56.

as the guardians of our constitution?[20]

24. As legislatures rely on the notwithstanding clause with increasing frequency,[21] and considering the lack of authorities on the matter, these questions merit an authoritative response.

25. Applying this Court's precedents on our constitutional architecture, the Applicants argue that the exercise of the notwithstanding clause cannot resolve an inconsistency between a law and the structure of our constitution. The courts must always retain a place to ensure our constitutional structure is respected.

B. The Nature of Constitutional Architecture and the Notwithstanding Clause

26. The past jurisprudence of this Court has already affirmed the existence and role of our constitutional architecture.[22] Indeed, the existence of our constitutional architecture is no longer the object of legitimate debate.[23] The concept of architecture provides an order and structure to the principles of the constitution – whether they are written or non-written – and links them together coherently.[24]

27. Non-exhaustively, this Court has determined that the structure of our constitution requires the right of free discussion and debate,[25] judicial independence,[26] the doctrines of federal paramountcy and full faith and credit,[27] the remedy of suspended declarations of invalidity,[28] and

---

[20] See, *eg*, *Reference re An Act respecting First Nations, Inuit and Métis children, youth and families*, 2024 SCC 5 at para 50; *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v. Northwest Territories (Education, Culture and Employment)*, 2023 SCC 31 at para 70.
[21] See *Protecting Elections and Defending Democracy Act, 2021*, SO 2021, c 31; *Keeping Students in Class Act, 2022*, SO 2022, c 19 [repealed]; *The Education (Parents' Bill of Rights) Amendment Act*, SS 2023, c 46.
[22] *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217 [***Secession Reference***] at para 50; *Ontario (Attorney General) v OPSEU*, [1987] 2 SCR 2 [***OPSEU***] at 57; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32 [***Senate Reference***] at para 26.
[23] See *Toronto* at para 56.
[24] See the *Secession Reference* at para 50; *ibid* at para 56.
[25] *OPSEU*.
[26] *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 SCR 3 [***Provincial Court Judges' Reference***].
[27] *Huson v The Township of South Norwich* (1895), 24 SCR 145; *Morguard Investments Ltd. v De Savoye*, [1990] 3 SCR 1077; *Hunt v T&N plc*, [1993] 4 SCR 289.
[28] *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 SCR 721.

the obligation to negotiate following a declaration of secession.[29] The proper scope and application of these rights, principles and doctrines in our constitutional architecture remains to be determined on a case-by-case basis.

28. The only way to alter the constitutional architecture is by following the amending procedure set out in the constitution itself.[30] Where a legislative provision is inconsistent with our constitutional architecture and the provision has not been validly enacted as a constitutional amendment, that provision is constitutionally invalid.

29. The notwithstanding clause is not a substitute for the process of constitutional amendment. While the use of the notwithstanding clause may insulate legislation against certain sections of the *Charter*, it does not eliminate a structural incoherence that conflicts with our constitutional architecture.

30. Accordingly, where legislation is inconsistent with our constitutional architecture, the notwithstanding clause is of no assistance.

31. In the courts below, however, the Attorney General of Québec has argued otherwise.[31] For the Attorney General, the notwithstanding clause, being itself a part of the constitution, cannot cause incoherence in the structure of the constitution, no matter how it is exercised. According to the Attorney General of Québec, the legislature thus reigns supreme: once it invokes the notwithstanding clause, the courts have no role to play.

32. The present appeal therefore raises a fundamental debate about the nature of our democracy and our courts as guardians of the constitution. The Applicants maintain that, when the notwithstanding clause is invoked, our constitutional architecture cannot be simply reduced to "whatever the legislature says it is". Such an approach would subject Canadians' fundamental rights and freedoms to the vicissitudes of majority politics, without any place for judicial oversight.

33. Without according a strong and meaningful role to the concept architecture, the careful

---

[29] *Secession Reference*.
[30] *Constitution Act, 1982*, ss 52(1), 52(3), Part VII of the *Constitution Act*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11; *Senate Reference* at paras 27, 53, 60, 70 and 97.
[31] Trial Decision, at para. 627, ALA, Tab 2A.

balance of powers established in our constitutional democracy risks being destroyed. The Applicants argue that constitutional scrutiny based on our society's most cherished rights and principles cannot be optional, decided at the whim of the legislature.

C. Constitutional Architecture, the Written Constitution and *Toronto*

34. From a jurisprudential perspective, the Applicants' approach is not revolutionary. It follows cleanly from the premises already established by this Court.

35. This Court has dealt expressly with the relationship between our constitutional architecture and our written constitution in two particular domains: freedom of expression and judicial independence.

36. Regarding freedom of expression, a majority of the Supreme Court seized on classic decisions like *Reference re Alberta Statutes* and *Switzman v Elbling* to confirm the importance of this right in our constitutional structure, even before the *Charter* came into force.[32] With the advent of the *Charter*, new lines of jurisprudence proliferated, but the fundamental role accorded to free expression in our democratic institutions – and in the structure of our constitution – did not disappear.

37. Similar recognition has been given to judicial independence in our constitutional structure. The written constitution provides direct support for a very limited understanding of judicial independence—one that applies only in the criminal context or before section 96 courts.[33] Despite this limited written articulation of judicial independence found at ss. 96-100 of the constitution and the *Charter*, this Court has confirmed that the true scope of judicial independence is far broader, owing to our constitutional architecture.[34]

38. These past pronouncements are complicated, however, by the presence of the notwithstanding clause. Both freedom of expression (section 2b)) and the right to a fair and public hearing before an independent and impartial tribunal (section 11d)) are protected by the *Charter* in sections that are subject to the notwithstanding clause. Are these rights now in a more precarious position than they

---

[32] *OPSEU* at para 151.
[33] *Constitution Act, 1867* (UK), 30 & 31 Vict, c 3, ss. 96-100, reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 5; *Charter* at s 11(d).
[34] *Provincial Court Judges' Reference* at paras 105-109.

were before the *Charter* was adopted?

39. The Applicants argue that this cannot be the case. Section 26 of the *Charter* specifies that the "guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada". Moreover, s. 31 states that "Nothing in this Charter extends the legislative powers of any body or authority." The *Charter*, through the notwithstanding clause, did not outsource the basic structure of the constitution to the will of an ordinary legislature.

40. On this point, *Toronto* offers little guidance. Indeed, *Toronto* did not deal with the notwithstanding clause. In a case where there was no written constitutional basis for the right sought to be protected, this Court affirmed that unwritten principles could not create that right.[35]

41. The presence of the notwithstanding clause raises a different dynamic altogether. By definition, the notwithstanding clause will only be used where written constitutional rights are already in play. Moreover, some of these constitutional rights – like freedom of expression and judicial independence – may also form part of our constitutional structure, independent of their articulation in the *Charter*. The question in this context is not whether there is constitutional protection; there clearly is. The question is how far that constitutional protection extends when the notwithstanding clause has been invoked.

42. An interpretation of the notwithstanding clause that does not take into account our constitutional architecture directly conflicts with sections 26 and 31 of the *Charter*, as well as the role of courts as expressed in section 96 of the constitution. In our constitutional democracy, the simple majority passage of a law that invokes the notwithstanding clause cannot be sufficient to displace any and all judicial scrutiny seeking to protect the structure of our constitution.

43. It should seem obvious that our constitution could not function without certain basic guarantees that characterize our democratic institutions. Absent constitutional amendment, a legislature in this country could not validly adopt a law that allows for the indiscriminate killing of civilians, that criminalizes political speech, that condones torture, or that establishes a mandatory

---

[35] *Toronto* at paras 83-84.

state religion.

44. This appeal is about the scope of legislative power and the role of the courts in our democracy. The Applicants call upon this Court to confirm our constitution's architecture by recognizing that there exist true, substantive limits inherent in the notwithstanding clause arising out of our constitution's structure.

D. Participation in Public Institutions

45. On the particular facts of the present appeal, the Act interferes with individuals' rights to participate in core public institutions – such as education, law enforcement and public service – regardless of their religious beliefs. Such a limit on Canadians' rights, and indeed on public institutions themselves, cannot be reconciled with our constitutional architecture.

46. Determining whether a doctrine forms part of our constitutional structure is an act of constitutional interpretation. The Court must base itself in the written text of the constitution, interpreted with the assistance of unwritten principles, and discern what is necessary for our democracy to function as the constitution intends.[36]

47. The importance of broad participation in public institutions – in particular, without exclusion on the basis of religion – has a strong foundation in Canada's constitutional texts. The *Québec Act* of 1774 ensured that individuals practicing the Catholic religion could carry out official functions by eliminating the *serment du test*.[37] The *Hart Act* of 1832 ensured that individuals of the Jewish faith could hold political office.[38] The *Act of 1852* affirmed religious equality as being fundamental to civil society, and underlined that the free exercise of religion is a constitutional principle.[39] The *Constitution Act of 1867* ties our constitution to the same principles as those of Great Britain, which

---

[36] See *Senate Reference* at paras 26; *Toronto* at para 56. See also *OPSEU* at para 151; *Provincial Court Judges' Reference* at para 109.
[37] *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 14 Geo III c 83 (UK), reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 2.
[38] *An Act to declare persons professing the Jewish Religion intitled to all the rights and privileges of the other subjects of His Majesty in this Province*, (1831) 1 Guil. IV, c. 57.
[39] *An Act to repeal so much of the Act of the Parliament of Great Britain passed, in the Thirty-first year of the Reign of King George the Third, and Chaptered Thirty-one, as relates to Rectories, and the presentation of Incumbents to the same, and for other purposes connected with such Rectories*, (1851) 14-15 Vict., ch. 175.

Justice Locke in *Saumur* has linked to the freedom of conscience, in particular.[40]

48. In addition to this support in the written word of the constitution, the concept of participation in public institutions without discrimination on the basis of religion is also found in our unwritten constitutional principles. For instance, broad and free participation in public institutions is a core principle of democracy.[41]

49. Perhaps most notably, a law that aims to exclude religious observers from public participation directly conflicts with the principle of protecting minorities[42]—especially when the evidence shows that the law in question disproportionately affects members of minority religions and, in particular, racialized minorities.[43]

50. In *Saumur*, Justice Rand summarized the constitutionalized history of religious freedom in Canada as follows:[44]

> 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.

51. This rich constitutional history – which dates back over a century before the advent of the *Charter* – cannot simply be put aside whenever a legislative majority chooses to invoke the notwithstanding clause.

E. Conclusion

52. The role of the courts in protecting our constitutional structure should not be reduced to a simple rubber stamp when the notwithstanding clause is invoked. All legislation must be subject to judicial scrutiny to ensure coherence with the fundamental core of the Canadian constitutional

---

[40] *Saumur v City of Quebec*, [1953] 2 SCR 299 at p 372 [***Saumur***].
[41] *Universal Declaration of Human Rights*, UNGA, 3rd Sess, UN Doc A/810 (1948) GA Res 217A (III), art 21(2); Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service*, 57th Sess, 12 July 1996, art 25.
[42] *Secession Reference* at paras 79-82.
[43] See Trial Decision at paras. 64-70 and 247-248, ALA, Tab 2A.
[44] *Saumur* at p 327. Our emphasis added.

order. A law that is inconsistent with our constitutional architecture requires constitutional amendment to be valid; otherwise it falls beyond the legislature's powers regardless of whether the notwithstanding clause is invoked.

53. The impugned provisions in the Act effectively allow for the systematic exclusion of minority groups from public participation. They convey that individuals with certain religious convictions – disproportionately racialized minorities – should not be allowed to teach our children, police our streets, or otherwise participate in public institutions because of what they believe. Not only does this undermine their most fundamental rights, but it completely redefines the type of democracy this country purports to be.

54. An ordinary legislature cannot instigate such transformative change absent constitutional amendment, and the exercise of the notwithstanding clause does not alter that fact. Canadians did not lose rights through the adoption of the *Charter* 42 years ago. Courts were not deprived of their fundamental role in our constitutional structure. The notwithstanding clause is an important part of our constitution, but this country remains a constitutional democracy whose guardians are the courts.

2. The Federalism Argument

55. Can a province validly adopt prohibitive legislation whose principal objective is the enforcement of public morality or fundamental values?

A. Introduction

56. The criminal law power provided for under par. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, is, in some ways, an outlier in the constitutional division of powers. While the scope of other heads of power is defined based largely on the subject-matter of the legislation, this Court has affirmed time and again that the criminal law power is not limited to any individual subject-matter. Even matters that fall under provincial jurisdiction can nonetheless be the subject of criminal legislation. This is because, uniquely, the exercise of the criminal law power is predicated on a legislature's purpose rather than the subject-matter of a criminal prohibition.

57. The jurisprudence is nonetheless vexed when it comes to dealing with legislation whose purpose relates to protecting "morality" or "fundamental social values", and the federalism analyses from the courts below in this case illustrate vividly how guidance is needed from this Court. In the context of legislation that directly seeks to protect what the legislature has characterized as a

fundamental social value,[45] the Superior Court and the Court of Appeal each followed a different analytical framework and, for completely different reasons, held ss. 6 and 8 of the Act (or the Act as a whole) to be *intra vires* the province. With respect, the reasons of each Court below departed from this Court's pronouncements on the federal criminal law power. The divergent approaches of the Courts below illustrate the need for a confirmation and clarification of the applicable principles.

58. In analyzing the validity of a provincial law that seeks to protect a particular vision of morality or fundamental social values, the purpose of the impugned provisions must guide the federalism analysis. In the present case, this purpose is determinative: the dominant purpose of ss. 6 and 8 of the Act is to protect fundamental social values, and these provisions are invalid.

B. The Centrality of "Purpose" for the Criminal Law Power

59. In *Reference re: Genetic Non-Discrimination Act*, this Court confirmed the broad and plenary nature of Parliament's criminal law power.[46] That holding followed a long line of jurisprudence asserting that this power cannot be confined to certain subject-matters, as such a restriction would unduly fetter Parliament's ability to respond to emerging social problems.[47]

60. Rather than being based on certain subject-matters, Parliament's jurisdiction to adopt criminal laws is governed by three criteria: the law in question must contain a prohibition, a sanction, and a valid criminal law purpose.[48] Regarding the third criterion, a majority of this Court explained in *Re: GNDA* that "a law will have a criminal law purpose if its matter represents Parliament's response to a threat of harm to public order, safety, health or morality or fundamental social values, or to a similar public interest."[49]

61. Because the criminal law power is driven by Parliament's purpose, and not the subject-matter its legislation addresses, the criminal law can regulate a range of subjects that would normally otherwise fall within provincial heads of power. No subjects, whether "traditionally" considered

---

[45] See the preamble of the Act; *Trial Decision* at paras 314–316, ALA, Tab 2A.
[46] *Reference re: Genetic Non-Discrimination Act*, 2020 SCC 17 [***Re: GNDA***] at para 68.
[47] See *Re Reciprocal Insurance Legislation*, [1924] AC 328 at pp 799-800. See also *Reference re: Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] SCR 409 at 422-425.
[48] See *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] SCR 1 [***Margarine Reference***] at 49.
[49] *Re: GNDA* at para 79 (Karakatsanis J.) and para 137 (Moldaver J.).

federal or provincial, are excluded by their very nature from the reach of the criminal law; indeed, the jurisprudence is replete with examples of criminal legislation that affects matters that would "normally" fall within provincial jurisdiction.[50] "[T]he jurisprudence properly recognizes that confining the criminal law power to precise categories is impossible."[51]

62. A corollary of the purpose-driven nature of the criminal head of power is that where provincial legislation is challenged as impinging on Parliament's jurisdiction under s. 91(27), the pith and substance analysis and ensuing classification exercise will turn not on the *subject-matter* of what is being prohibited, but on the *reason* for which the province enacted the impugned prohibitions and sanctions.

63. That is, purpose is paramount. Where provincial legislation is challenged as criminal law, an assessment of the objective of the impugned provisions can be determinative of the impugned provisions' validity. If the objective in question may be characterized as a "legitimate criminal law purpose", the province will lack jurisdiction to enact these provisions.

64. An illustration of the importance of purpose for the criminal law power can be found in this Court's reasoning in *Big M Drug Mart*[52] and *Edwards Books*,[53] which dealt with the validity of federal and provincial "Sunday closure" legislation, respectively.

65. In *Big M*, the *Lord's Day Act* was challenged as being *ultra vires* Parliament's criminal law power. Dickson C.J.C. accepted that the impugned legislation was "directed towards the maintenance of public order and public morals"[54]—that is, the principal objectives of the legislation were recognized criminal law purposes. The federal law was therefore valid. Dickson C.J.C. added, however, that "this conclusion as to the federal Parliament's legislative competence to enact the *Lord's Day Act* depends on the identification of the purpose of the *Act* as compelling observance of Sunday by virtue of its religious significance. Were its purpose not religious but rather the secular

---

[50] See eg *Canada (Attorney General) v PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44 at para 45; *RJR-MacDonald v Canada (Attorney General)*, [1995] 3 SCR 199 [***RJR MacDonald***] at paras 201-202 (Major J.). Compare *Labatt Breweries of Canada Ltd. v Attorney General of Canada*, [1980] 1 SCR 914 at 933-34.
[51] *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61 at para 43 (emphasis added).
[52] *R v Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295 [***Big M Drug Mart***].
[53] *R v Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 SCR 713 [***Edwards Books***].
[54] *Big M Drug Mart* at 354; see also 331.

goal of enforcing a uniform day of rest from labour, the *Act* would come under s. 92(13)."[55]

66. A focus on purpose drove this Court to the opposite conclusion in *Edwards Books*, where provincial legislation prohibiting the sale of goods on Sunday was challenged as invalid criminal law. In contrast with the purpose of the *Lord's Day Act*, the Court held that the purpose of the legislation at issue was the enactment of a pause day to benefit workers, not an attempt to enforce some vision of public morality.[56] The objective of the impugned law thus fell within provincial jurisdiction over the "'civil rights' of employees to enjoy a common day of rest and recreation."[57]

67. These cases illustrate a consistent jurisprudential approach to determining the validity of legislation that is alleged to constitute criminal law (or not): the analysis hinges on the impugned legislation's purpose, not its subject-matter or practical effects.[58]

C. The Need for Guidance concerning "Morality" and "Fundamental Social Values" Legislation

68. While the general paradigm espoused by the jurisprudence on the criminal law power is well-established, there is far less clarity on the extent to which provinces may pursue objectives based on morality or fundamental social values without impinging on Parliament's jurisdiction under s. 91(27).

69. The question has rarely been addressed by this Court. Indeed, one of the few cases – and the most recent case – in which this Court invalidated provincial legislation as improperly constituting criminal law was its 1993 *Morgentaler* decision, over 30 years ago.[59] There, the Court struck down Nova Scotia regulations that prohibited medical clinics from providing abortions and sanctioned those in violation, concluding that the impugned provisions were, in pith and substance, criminal law legislation and thus *ultra vires* the province. The Court reached this conclusion not because of the prohibited activity (a medical procedure, which would normally fall under provincial jurisdiction over health and local matters), but rather, because provincial legislators had adopted the prohibition

---

[55] *Ibid* at 355 (emphasis added).
[56] *Edwards Books* at para 54.
[57] *Ibid* at para 56.
[58] See also *Ward v Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17 at para 55.
[59] *R v Morgentaler*, [1993] 3 SCR 463 [***Morgentaler***].

on abortion out of a moral opposition to the act, considering it socially undesirable.[60]

70. Indeed, the Court framed the constitutional issue at the heart of the case as hinging on "whether Nova Scotia has, by the present legislation, regulated the place for delivery of a medical service with a view to controlling the quality and nature of its health care delivery system, or has attempted to prohibit the performance of abortions outside hospitals with a view to suppressing or punishing what it perceives to be the socially undesirable conduct of abortion. The former would place the legislation within provincial competence; the latter would make it criminal law".[61]

71. The Court thus confirmed that when a province prohibits and sanctions a behaviour clearly to suppress conduct it deems to be socially undesirable – in other words, in order to protect a certain vision of morality – the impugned prohibitions will lack a valid provincial purpose and province will have consequently exceeded the scope of its constitutional jurisdiction.

72. Since *Morgentaler*, however, this Court has not expressly taken any opportunity to address how the pith and substance analysis must be carried out where a province is alleged to have acted outside its constitutional jurisdiction by enacting a law based in whole or in part on moral or values-based considerations.

73. At most, two cases post-*Morgentaler* implicitly suggest a possible approach without definitively resolving the issue.

74. In *Siemens*,[62] this Court focused on distinguishing between a provincial law's dominant purpose and tangential considerations that motivated the province to adopt the impugned legislation. Addressing whether a prohibition on video lottery terminals was *ultra vires* the province of Manitoba as criminal legislation, the Court noted that:

> … the presence of moral considerations does not per se render a law *ultra vires* the provincial legislature. In giving Parliament exclusive jurisdiction over criminal law, the *Constitution Act, 1867* did not intend to remove all morality from provincial legislation. In many instances, it will be impossible for the provincial legislature to disentangle moral considerations from other issues. For example, in the present case, it is difficult to ignore the various social costs associated with gambling and VLTs.

---

[60] *Ibid* at 513.
[61] *Ibid* at 488 (emphasis added).
[62] *Siemens v Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3 [***Siemens***].

> As the Desjardins Report, *supra*, examined in detail, government-run gambling can have adverse social consequences, including addiction, crime, bankruptcy, and reductions in charitable gaming. The provincial government can legitimately consider these social costs when deciding how to regulate gaming in the province. The fact that some of these considerations have a moral aspect does not invalidate an otherwise legitimate provincial law.[63]

75. The Court went on to hold that "[t]he dominant purpose of the *VLT Act* is to regulate gaming in the province" and that any moral aspects of that *Act* "fall within the doctrine of 'incidental effects'".[64] The Court in *Siemens* thus applied the doctrine of incidental *effects* exclusively to an assessment of the relative importance of the diverse *motivations* underlying the adoption of the impugned law.

76. More recently, in *Murray-Hall*,[65] this Court implicitly dealt with incidental "purposes" (as opposed to "effects"), without explicitly stating as much. In that case, the Court held that provincial laws that "touch on purposes that otherwise constitute valid criminal law purposes" are not necessarily invalid; thus, "the mere fact that the Quebec legislature considered the real risk that cannabis consumption poses for certain vulnerable populations when it enacted legislation is not in itself an indication of encroachment on the field of criminal law."[66] This is because ultimately, any motivation relating to protection of the public (a traditional criminal objective) was incidental to the province's dominant purpose in prohibiting domestic cannabis cultivation, namely "to steer consumers to a controlled source of supply".[67]

77. Read together, *Siemens* and *Murray-Hall* suggest that where provincial legislation is challenged as being criminal law, courts should approach assessment of its validity through a focus on the distinction between a law's dominant purpose and any incidental considerations motivating the law's adoption—thus applying an apparently modified version of the incidental effects doctrine. Whether "protection of morality or fundamental social values" is a dominant purpose or an incidental consideration will then determine whether the provincial law contains a criminal law purpose.

---

[63] *Ibid* at para 30 (emphasis added)
[64] *Ibid* at para 31 (emphasis added)
[65] *Murray-Hall v Quebec (Attorney General)*, 2023 SCC 10 [***Murray-Hall***].
[66] *Ibid* at para 69 (emphasis added).
[67] *Ibid* at para 74.

78. While such an approach would be internally coherent, it has never explicitly been adopted by this Court. The proper application of the "incidental effects" doctrine, according to this Court's express jurisprudence, is through reference to the *effects* of a law on *subject-matters* that fall within a different head of power.[68] Yet the criminal law power deals with purpose over effects, and it is not limited to a singular subject-matter.

79. If *Seimens* and *Murray-Hall* truly signal this Court's approach to morality- and values-based concerns over the criminal law power, it should clarify whether and how to distinguish between dominant purposes and incidental considerations. In particular, on what basis can governments, litigants, and courts know where to draw the line when it comes to morality- or values-based legislation? The answer to these questions is crucial in the present case, as illustrated by the muddled approach adopted by the courts below.

D. The Analyses of the Courts below illustrate the Need for Guidance

80. In the instant case, neither the trial judge nor the Court of Appeal followed the recognized approach to the criminal law power that focuses on the purpose of the impugned legislative provisions. Nor did they follow the implicit *Seimens*/*Murray-Hall* approach that distinguishes dominant purposes from incidental considerations.

81. At trial, Blanchard J. analyzed the purpose and effects of the impugned provisions[69] in the context of the broader purpose of the Act as a whole, and associated them with the criminal law power. However, he found that ss. 6 and 8 were not accompanied by "*de sanctions de la nature de celles qui permettraient [leur] classification comme relevant du droit criminel*"[70] and therefore held that the law was *intra vires* the province, despite his holding on criminal purpose.

82. Nothing in the jurisprudence suggests that the sanction that must accompany a prohibition must be of a *particular nature* to qualify as "criminal",[71] or that it would exclude sanctions such as

---

[68] *Quebec (Attorney General) v Lacombe*, 2010 SCC 38 at para 36; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22 at para 28.
[69] *Trial Decision* at para 311, ALA, Tab 2A.
[70] *Trial Decision* at para 434, 429-436, ALA, Tab 2A.
[71] Certain decisions do contain oblique references "penal sanctions" without specifying what this term means: see *AHRA* at paras 56, 155 (McLachlin C.J.C., citing *RJR-MacDonald*) and 175 (LeBel

restricted access to employment. Nor should this Court countenance the notion that criminal laws must contain sanctions of a particular type.

83. Indeed, creating a requirement that prohibitions must be accompanied by sanctions of a particular nature would improperly fetter Parliament's jurisdiction to enact criminal laws. Parliament must have the authority to impose flexible, potentially rehabilitative consequences on the commission of acts that are prohibited in pursuit of valid criminal law objectives. Denying Parliament this power would be usurping its role pursuant to the constitutional division of powers to legislate the criminal law as it sees fit.

84. Clarification is thus required as to the relationship between a valid criminal law purpose and the required formal elements of the criminal law power. In principle, the only coherent method of defining what constitutes a "penal" sanction is the same as the method used to define what constitutes a "penal" prohibition: the presence of a criminal law purpose, including an intent to protect morality or fundamental social values. It is the presence of a criminal law purpose that should always drive the division of powers analysis, not the particular *type* of sanction chosen to fulfill this purpose.

85. The Court of Appeal, meanwhile, took a different approach. That Court undertook a pith and substance analysis of the Act *as a whole* rather than of the impugned provisions in question.[72]

86. Because the Court of Appeal conducted the analysis at such a high degree of abstraction, it failed to recognize that the constitutional validity of ss. 6 and 8 turns on the purpose for which these particular prohibitions were adopted. Consequently, the Court of Appeal was not alert to the presence of the criminal law purpose underpinning these sections.

87. Although the Court of Appeal mentioned that "*le fait que la moralité publique intéresse parfois le droit criminel ne saurait justifier qu'on assimile toute question de moralité publique à*

---

and Deschamps J.J.); *Siemens* at paras 26-28 (though in this case, not only did the impugned prohibition lack a "criminal" sanction, it did not contain any sanctions *at all*).

[72] Which is directly contrary to the prevailing jurisprudence, which requires a focus on the objectives of the *impugned provisions*, not the legislation as a whole: see *Murray-Hall* at paras 21-22 and 28.

un objet propice à une législation criminelle"[73] – thus apparently recognizing that the Act as a whole contains some "moral" elements – it failed to pursue the point. It did not ask whether the moral elements in question were the dominant driver of the challenged prohibitions, and if so, what impact that should have on the pith and substance analysis. In other words, it ignored the approach to dominant purpose and incidental considerations implied in *Siemens* and *Murray-Hall*.

88. The fundamental values-based purpose of ss. 6 and 8 of the Act is not a footnote to their adoption. It is not incidental. It is central to these provisions and the prohibitions they contain. This insight should have guided – and indeed determined – the Court of Appeal's federalism analysis.

E. Conclusion

89. Ultimately, the divergence of approaches between the trial judge and the Court of Appeal, and the Court of Appeal's failure to focus its analysis on the nature of the dominant purpose of the impugned prohibitions, is illustrative of a need for explicit guidance from this Court.

90. As it stands, 30- or 40-year-old cases like *Big M*, *Edwards Books*, and *Morgentaler* remain the leading decisions on how the pith and substance analysis should be conducted where provincial legislation is challenged as impinging on the criminal law power, where the province is alleged to have adopted the impugned legislation to enforce a particular vision of morality or fundamental social values. Given the importance of the issues at stake in the present case, it is time for the Court to confirm the proper approach to a federalism analysis in these types of circumstances.

91. The questions that this case raises are ones of public importance and merit this Court's attention.

PART IV – SUBMISSIONS AS TO COSTS

92. The Applicants seek no costs in the present matter and respectfully request that no costs be awarded against them.

PART V – ORDER SOUGHT

93. The Applicants seek an order granting them leave to appeal, without costs.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 29th day of April 2024

for: David Grossman, Olga Redko, Marie-Hélène Lyonnais

[73] *QCCA Judgment* at para 104, ALA, Tab 2B.

PART VI - TABLE OF AUTHORITIES

Authority	Paragraph cited
Canada (Attorney General) v PHS Community Services Society, 2011 SCC 44	61
Canadian Western Bank v Alberta, 2007 SCC 22	78
Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v Northwest Territories (Education, Culture and Employment), 2023 SCC 31	23
Hunt v T&N plc, [1993] 4 SCR 289	27
Huson v The Township of South Norwich (1895), 24 SCR 145	27
Labatt Breweries of Canada Ltd. v Attorney General of Canada, [1980] 1 SCR 914	61
Morguard Investments Ltd. v De Savoye, [1990] 3 SCR 1077	27
Murray-Hall v Quebec (Attorney General), 2023 SCC 10	76, 77, 79, 80, 87
Ontario (Attorney General) v OPSEU, [1987] 2 SCR 2	26, 27, 36, 46
Quebec (Attorney General) v Lacombe, 2010 SCC 38	78
R v Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 SCR 295	64, 65, 90
R v Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 SCR 713	64, 66, 90
R v Morgentaler, [1993] 3 SCR 463	69, 70, 90
Reference re An Act respecting First Nations, Inuit and Métis children, youth and families, 2024 SCC 5	23
Reference re Assisted Human Reproduction Act, 2010 SCC 61	61
Reference re: Genetic Non-Discrimination Act, 2020 SCC 17	59, 60
Reference re Manitoba Language Rights, [1985] 1 SCR 721	27
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 SCR 3	27, 37, 46

Authority	Paragraph cited
Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217	26, 27, 49
Reference re Senate Reform, 2014 SCC 32	26, 28, 46
Reference re: Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code, [1929] SCR 409	59
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] SCR 1	60
Re Reciprocal Insurance Legislation, [1924] AC 328	59
RJR-MacDonald Inc. v Canada (Attorney General), [1995] 3 SCR 199	60
Saumur v City of Quebec, [1953] 2 SCR 299	47, 50
Siemens v Manitoba (Attorney General), 2003 SCC 3	74, 75, 77, 79, 80, 82, 87
Toronto (City) v Ontario (Attorney General), 2021 SCC 34	13, 18, 19, 26, 40, 46
Ward v Canada (Attorney General), 2002 SCC 17	67

PART VII – STATUTES, LEGISLATION, RULES, ETC.

Statute, Legislation, Rule, etc.	Para cited
An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America, 14 Geo III c 83 (UK), reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 2.	47
An Act to repeal so much of the Act of the Parliament of Great Britain passed, in the Thirty-first year of the Reign of King George the Third, and Chaptered Thirty-one, as relates to Rectories, and the presentation of Incumbents to the same, and for other purposes connected with such Rectories, (1851) 14-15 Vict, ch 175	47
An Act to declare persons professing the Jewish Religion intitled to all the rights and privileges of the other subjects of His Majesty in this Province, (1831) 1 Guil. IV, c. 57 *Acte pour déclarer que les Personnes qui professent le Judaïsme ont le bénéfice de tous les droits et privilèges des autres sujets de Sa Majesté en cette Province*, (1831) 1 Guil. IV, c. 57.	47
Act respecting the laicity of the State, CQLR c L-0.3, Preamble, ss 6, 8 *Loi sur la laïcité de l'État*, CQLR c L-0.3, Preamble, arts 6, 8	2, 3, 5, 7, 11, 14, 45, 53, 57, 58, 81, 86, 88
Bill 52, *An Act to enable the Parliament of Québec to preserve the principle of parliamentary sovereignty with respect to the Act respecting the laicity of the State*, 1st Sess, 43rd Leg, Quebec, 2024 (first introduced 8 February 2024). Projet de loi no 52, *Loi permettant au Parlement du Québec de préserver le principe de la souveraineté parlementaire à l'égard de la Loi sur la laïcité de l'État*, 1e sess, 43e lég, Québec, 2024 (présentation le 8 février 2024)	5
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act, 1982* being schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11, ss 2(b), 11(d), 26, 31, 33 *Charte Canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, arts 2(b), 11(d), 26, 31, 33	5, 20, 38, 39, 42
Charter of human rights and freedoms, CQLR c C-12, s 52 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, s 52	5

Statute, Legislation, Rule, etc.	Para cited
Constitution Act, 1982, Part VII of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11, ss 52(1), (3) *Loi constitutionnelle de 1982*, partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, arts 52(1), (3)	5, 20
Constitution Act, 1867 (UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 5, ss 91(27), 92(13), (16), 96–100 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, no 5, arts 91(27), 92(13), (16), 96–100	11, 37, 47, 56, 62, 65, 68
Keeping Students in Class Act, 2022, SO 2022, c 19 *Loi de 2022 visant à garder les élèves en classe*, LO 2022, c 19	24
Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service*, 57th Sess, 12 July 1996, art 25	48
Protecting Elections and Defending Democracy Act, 2021, SO 2021, c. 31 *Loi de 2021 visant à protéger les élections et à défendre la démocratie*, LO 2021, c 31	24
The Education (Parents' Bill of Rights) Amendment Act, 2023, SS 2023, c 46 *Loi modificative de 2023 sur l'éducation (Déclaration des droits des personnes)*, LS 2023, c 46	24
Universal Declaration of Human Rights, UNGA, 3rd Sess, UN Doc A/810 (1948) GA Res 217A (III), art 21(2)	48