

LES ARGUMENTS RELATIFS À L'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI SUR LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT : UNE RÉFUTATION MASSIVE

Daniel Turp

Professeur, Faculté de droit
Université de Montréal

Adoptée et entrée en vigueur le 16 juin 2019, la *Loi sur laïcité de l'État*¹ est sans doute la législation québécoise qui aura le plus fait dans l'histoire nationale du Québec l'objet d'attaques massives de la part de personnes opposées à l'adoption de cette nouvelle loi fondamentale affirmant en son article 1^{er} que « l'État du Québec est laïque » et détenant en outre un caractère quasi-constitutionnel².

Il s'agit d'une contestation constitutionnelle d'une ampleur inégalée du fait qu'une déclaration d'inconstitutionnalité est recherchée pour l'ensemble de la loi dans l'une des quatre affaires, l'invalidité étant par ailleurs demandée pour près de la moitié de ses articles, soit 15 des 36 articles, auxquelles

1. RLRQ, c. L-0.3.

2. Un tel caractère quasi-constitutionnel est conféré à la *Loi sur la laïcité de l'État* par son article 11 de qui se lit comme suit :

11. Les dispositions de la présente loi prévalent sur celles de toute loi postérieure qui leur seraient contraires, à moins que cette dernière 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.

s'ajoutent deux alinéas de deux de ses trois annexes³, comme le révèlent les données du tableau en annexe du présent article.

Ainsi, dès le lendemain de son adoption, une demande de révision judiciaire (déclaration d'invalidité) et une demande de sursis provisoire étaient présentées devant la Cour supérieure du Québec dans le dossier *Hak et al. c. P.G. Québec*⁴. Trois mois plus tard, le 26 septembre 2019, le même tribunal était saisi d'une demande introductive d'instance en jugement déclaratoire et dommages-intérêts dans l'affaire *Lauzon et al. c. P.G. Québec*⁵, suivie le 21 octobre 2019 d'une autre demande de révision judiciaire et pour jugement déclaratoire dans l'affaire *English-Montréal School Board et al. c. P.G. Québec*⁶ ainsi que le 6 novembre 2019 d'une demande d'injonction permanente et en inconstitutionnalité, d'inapplicabilité, d'invalidité, d'inopérabilité et de nullité dans *Fédération autonome de l'enseignement c. Jean-François Roberge, Simon Jolin-Barrette et Procureure générale du Québec*⁷.

Quatre dossiers relatifs à la constitutionnalité de la *Loi sur la laïcité de l'État* sont donc maintenant pendants devant la Cour supérieure du Québec. Ils ont été joints en gestion d'instance et le début de l'audition commune est prévue pour le 2 novembre 2020. Plusieurs demandes d'intervention ont par ailleurs été acceptées par le tribunal. Pourront présenter leurs vues devant

3. Ainsi, les articles de la *Loi sur la laïcité de l'État* à l'égard desquels une déclaration d'inconstitutionnalité est recherchée sont les articles 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 31, 33 et 34, comme le sont aussi l'alinéa 10° de l'annexe II et l'alinéa 1° de l'annexe III.

4. Cour supérieure du Québec, Dossier N° 500-17-108353-17, 17 juin 2019 [ci-après *Affaire Hak*]. En ligne. Nous n'analyserons pas dans le présent article les débats entourant la demande de sursis qui a été rejetée à la fois par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Hak* (*Hak et al. c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 2989 (18 juillet 2019)) et la Cour d'appel du Québec (*Hak et al. c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 2145 (12 décembre 2019)), la Cour suprême du Canada ayant par ailleurs rejeté la demande d'autorisation d'appel de cette dernière décision le 9 avril 2020.

5. Cour supérieure du Québec, Dossier N° 500-17-109731, 26 septembre 2019) [ci-après affaire *Affaire Lauzon*]. En ligne.

6. Cour supérieure du Québec, Dossier 500-17-109983-190 (21 octobre 2020) [ci-après *Affaire EMSB*].

7. Cour supérieure du Québec, Dossier N° 500-17-107204-193 (6 novembre 2019) [ci-après *Affaire FAE*].

le tribunal les organisations que sont l'Alliance de la fonction publique du Canada, Amnistie internationale, section Canada francophone, la *Lord Reading Society*, le Mouvement laïque québécois, Pour les droits de femmes du Québec (PDF Québec) et la *World Sikh Organization*.

Bien qu'il serait utile d'examiner les arguments d'inconstitutionnalité mis de l'avant par ces diverses parties intervenantes, nous allons nous intéresser dans le présent article aux arguments aussi multiples et diversifiés formulés par les parties demanderesse. Après avoir examiné les arguments visant à écarter l'application des dispositions dérogatoires contenues dans la *Loi sur laïcité de l'État* (I), nous analyserons les arguments visant à démontrer que la *Loi sur la laïcité de l'État* porte atteinte à certains principes constitutionnels (II), aux droits garantis au Québec par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ et par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹ (III) ainsi qu'au partage des compétences législatives (IV).

Les arguments relatifs aux dispositions dérogatoires de la *Loi sur laïcité de l'État*

L'un des aspects les plus controversés de la *Loi sur laïcité de l'État* est l'utilisation que l'Assemblée nationale au Québec a faite de son pouvoir que lui confère l'article 52 de la *Charte québécoise* et l'article 33 de la *Charte canadienne* de déroger aux droits contenus dans ces deux chartes. Ainsi, les articles 33 et 34 de la *Loi sur la laïcité de l'État* prévoient que :

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 enca-

8. RLRQ, c. C-12 [ci-après *Charte québécoise* ou CQ]. Il est intéressant de noter que les articles 18 et 19 de la *Loi sur laïcité de l'État* ont apporté deux modifications à la *Charte québécoise* en insérant, après le troisième alinéa du préambule, un nouveau considérant faisant référence à « l'importance fondamentale que la nation québécoise accorde à la laïcité de l'État » et en faisant mention « de la laïcité de l'État » dans le premier alinéa de la clause de limitation de l'article 9.1.

9. Partie I, *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [ci-après *Charte canadienne* ou CC].

drer 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).

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).

Lues avec le troisième considérant du préambule de la *Loi sur la laïcité de l'État* voulant 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 », ces deux dispositions dérogatoires visent de toute évidence à prévenir toute déclaration d'inconstitutionnalité de la loi par les tribunaux susceptibles d'être fondées sur les articles de la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne* auxquels il est fait référence dans les articles 33 et 34. Ces droits correspondent d'ailleurs en tous points à ceux mentionnés dans l'article 52 de la *Charte québécoise* et l'article 33 de la *Charte canadienne*.

Dans l'*Affaire FAE*, la demanderesse dit vouloir démontrer que « le recours aux clauses dérogatoires ne peut être justifié par de simples conditions de forme et que le précédent établi par les arrêts *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 et *Devine c. Québec* [1988] 2 R.C.S. 790, il y a trois décennies, devrait être revisité à la lumière du contexte actuel afin d'inclure des conditions de fond »¹⁰. Il est permis de douter que les tribunaux aient une raison d'exiger de l'article 33 davantage en 2020 qu'en 1988. Elle ferait plus qu'hésiter selon nous à revisiter son prononcé dans le premier des arrêts mentionné par la demanderesse concernant les conditions devant être remplies pour satisfaire aux exigences de l'article 33 :

La principale condition de forme, imposée par l'art. 33, est donc que la déclaration dérogatoire dise expressément qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des art. 7 à 15 de la Charte. Avec égards pour le point de vue contraire,

10. *Supra* note 7, par. 19.10.

la Cour est d'avis qu'une déclaration faite en vertu de l'art. 33 est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la Charte qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger. Bien entendu, si l'on entend ne déroger qu'à une partie de la disposition ou des dispositions d'un article, d'un paragraphe ou d'un alinéa, il faut que des mots indiquent clairement ce qui fait l'objet de la dérogation. Pour autant que les exigences tenant au processus démocratique soient pertinentes, telle est la méthode employée dans la rédaction des lois pour renvoyer aux dispositions législatives à modifier ou à abroger. Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'art. 33¹¹.

Les articles 33 et 34 satisfont pleinement aux conditions qui sont énoncées à l'article 33 de la *Charte canadienne* et à l'article 52 de la *Charte québécoise*. Ils devraient dès lors rendre inopposables des arguments fondés sur les articles garantis par la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne* et destinés à invalider plusieurs articles de la *Loi sur la laïcité de l'État*.

Si les tribunaux devaient arriver une telle conclusion, l'insertion de telles dispositions dérogatoires devrait en principe neutraliser les arguments présentés dans l'une ou l'autre des demandes fondées sur les droits et libertés garantis dans les deux chartes, qu'il s'agisse du droit à la vie, à la sécurité et la liberté (*CQ*, art. 1 et *CC*, art. 7), des libertés fondamentales de conscience, de religion, de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression (*CQ*, art. 3 et *CC*, art. 2), du droit à la sauvegarde de la dignité (*CQ*, art. 4) ainsi que du droit à l'égalité et à la non-discrimination (*CQ*, art. 10 et ss. et *CC*, art. 15).

La disposition dérogatoire de l'article 34 de la *Loi sur la laïcité de l'État* qui vise à donner effet à ses articles effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* ne semble toutefois pas permettre de priver d'effet deux articles de cette *Charte canadienne* qui sont invoqués dans les arguments de certaines parties demanderesse, soit l'article 23 qui est relatif aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité et la disposition générale de l'article 28 voulant qu'« [i] ndépendamment des autres dispositions de la [...] Charte [canadienne], les droits et libertés qui y sont mentionnés sont

11. Voir *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 37.

garantis également aux personnes des deux sexes ». S'agissant de l'article 23, il faudrait dès lors démontrer qu'il a été violé, alors que concernant l'article 28, il appartiendra de faire la preuve qu'il est davantage qu'une clause d'interprétation et qu'il garantit un droit auquel la *Loi sur la laïcité de l'État* pourrait porter atteinte.

La violation des droits garantis par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*

S'agissant des violations de la *Charte canadienne*, il y a lieu d'abord de se demander si les dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État* pourraient être déclarées inconstitutionnelles en raison de leur incompatibilité avec les articles 23 et 28 de la *Charte canadienne* auxquels ne réfère pas la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne*.

Dans l'*Affaire EMSB*, la demanderesse invite la cour à déclarer que les articles 4, 6, 8, 9 10, 13, 14 et 16 de la *Loi sur la laïcité de l'État* constituent des violations injustifiées de l'article 23 de la *Charte canadienne* et qu'elles sont inopérantes à l'égard des commissions scolaires de langue anglaise du Québec et plus particulièrement à l'égard de la Commission scolaire *English-Montréal*. L'argument formulé par les parties demanderesses veut qu'en régissant le port des signes religieux par le personnel des commissions scolaires anglophones les dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État* portent atteinte au droit de gestion et de contrôle reconnu aux minorités linguistiques par l'article 23 (3) b) de la *Charte canadienne* tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mahé c. Alberta*¹².

Dans cette affaire, la cour a reconnu que « [l]es représentants de la minorité linguistique doivent avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est

12. [1990] 1 R.C.S. 342 (*Affaire Mahé*). Voir aussi *Arseneau-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3 qui est également citée par les parties demanderesses. Depuis le dépôt de la demande, la Cour suprême du Canada a rendu un autre jugement portant sur la question de l'étendue du pouvoir de contrôle et de gestion dans l'affaire *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13.

dispensée s'y rapportant, notamment : [...] b) à la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements [...] d) au recrutement et [à] l'affectation du personnel, notamment des professeurs ». L'exercice de ce pouvoir doit toutefois être compris comme visant à « assurer l'épanouissement de la langue et la culture » de la minorité linguistique [et que] [c]e qui est essentiel pour sa réalisation, c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture »¹³.

Est-il essentiel pour l'épanouissement de la langue et la culture de la minorité officielle de langue anglaise au Québec que son personnel, y compris ses professeurs, ne soient pas assujettis à des règles de portée générale visant à assurer la mise en du principe de la laïcité dans l'ordre juridique québécois et comportant en outre l'interdiction du port d'un signe religieux dans l'exercice de leurs fonctions ? La réponse des tribunaux à cette question devrait être négative.

Concernant l'argument relatif à la violation de l'article 28 de la *Charte canadienne* qui est formulée dans l'*Affaire Lauzon* et l'*Affaire EMSB*, il s'agit de déterminer si l'article 28 garantit un droit ou une liberté ou s'il constitue plutôt une clause d'interprétation. Des débats sur la portée de l'article s'avéreront fort intéressants, mais on peut penser que la Cour suprême refusera de conférer une portée normative autonome à cet article. Sans doute, le Procureur général du Québec voudra-t-il citer les vues formulées par le ministère de la Justice du Canada au sujet de l'« Article 28- Droit à l'égalité entre les sexes » :

L'article 28 exige que les droits et libertés garantis par la *Charte* soient mis en œuvre sans discrimination entre les sexes. L'article 28 est souvent mentionné comme un article connexe de l'article 15 dans les affaires dans lesquelles on allègue des questions de discrimination fondée sur le sexe (*Sawridge Band c. Canada*, 2000 CanLII 15449 ; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836 ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. Toutefois, il ne crée pas un régime de droits à l'égalité séparé de celui prévu à l'article 15 de la *Charte*. Il a plutôt une fonction d'interprétation, de confirmation et d'appoint¹⁴.

13. *Affaire Mahé*, aux p. 375-376.

14. Voir Ministère de la Justice du Canada. *Charte canadienne des droits et libertés*-Article 28- Égalité entre les sexes. En ligne [<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art28.html>].

Si la fonction de l'article 28 en est donc une d'interprétation, de confirmation et d'appoint et qu'il ne crée pas un régime de droits à l'égalité séparé de celui prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne*, l'article 28 n'a pas fait naître un droit ou une liberté. De plus, et en raison du fait que la *Loi sur la laïcité de l'État* prévoit qu'elle a effet indépendamment de la *Charte canadienne*, l'on ne peut en définitive avoir recours à l'article 28 pour les fins de l'exercice de sa fonction d'interprétation, de confirmation et d'appoint du droit qui a fait l'objet d'une dérogation.

Pour ce qui concerne les autres articles de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*, à savoir le droit à la vie, à la sécurité et la liberté, les libertés fondamentales de conscience, de religion, de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, le droit à la sauvegarde de la dignité ainsi que le droit à l'égalité et à la non-discrimination, il y a lieu de rappeler, comme nous l'avons affirmé plus haut, que l'insertion des dispositions dérogatoires dans la *Loi sur laïcité de l'État* devrait faire obstacle à tout argument destiné à faire déclarer, pour reprendre la terminologie retenue dans l'*Affaire FAE*, « inconstitutionnels, nuls, inapplicables, invalides ou inopérants ».

Si les tribunaux devaient toutefois écarter l'application des dispositions dérogatoires ou considérer que la *Loi sur la laïcité* porte atteinte aux articles 23 et 28 de la *Charte canadienne*, ils seront sans nul doute invités à considérer qu'une telle atteinte constitue une limitation aux droits et libertés qui n'est pas prohibée. Il s'agira ainsi de déterminer si l'atteinte constitue, au sens de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*, une restriction prévue par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, ou, pour reprendre la terminologie distincte de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, si la *Loi sur la laïcité de l'État* a fixé la portée et aménagé l'exercice des libertés et droits fondamentaux dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Aux fins de l'application de ces deux clauses de limitation, les tribunaux québécois et, en dernier ressort, la Cour suprême du Canada, utiliseront le test qui a été formulé dans le jugement

*R. c. Oakes*¹⁵, connu comme le « test Oakes », en vertu duquel il doit être démontré que la limitation à un droit fondamental doit être prévue par une règle de droit, qu'elle doit répondre à un objectif réel et urgent et que les moyens retenus sont proportionnels, en ce qu'ils ont un lien rationnel avec l'objectif, qu'ils portent le moins possible atteinte au droit et qu'il y a une proportionnalité entre la limitation la restriction et l'objectif.

L'application du « test Oakes » donnera lieu à une analyse des faits qui ont conduit à l'adoption de la *Loi sur la laïcité de l'État* et des choix qui ont été faits par le législateur québécois pour mettre en œuvre le principe de la laïcité dans son ordre juridique et ayant pour effet de limiter les droits fondamentaux. Il ne sera pas difficile de démontrer que les restrictions apportées sont prévues par des règles de droit, en l'occurrence celles qui se retrouvent dans la *Loi sur la laïcité de l'État* elle-même. Il n'est pas impossible que le Procureur général du Québec puisse également prouver que sont réels et urgents les objectifs, énoncés d'ailleurs dans les notes explicatives de la loi, « de consacrer le caractère prépondérant de la laïcité de l'État dans l'ordre juridique québécois, d'accorder l'égalité entre les femmes et les hommes, 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, de favoriser le respect du devoir d'impartialité de la magistrature et d'assurer un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne ».

L'application du test de proportionnalité sera particulièrement déterminant lorsqu'il s'agira de démontrer que les limitations aux droits fondamentaux prévues par la *Loi sur la laïcité de l'État* n'entraînent pas de violations, tant à la *Charte québécoise* qu'à la *Charte canadienne*. Si lien rationnel avec les objectifs pourront être démontrés sans trop de difficulté, la satisfaction du critère de l'atteinte minimale pourra s'appuyer sur le fait que l'interdiction du port du signe religieux a été limitée à des catégories de personnes bien définies, qu'elle ne s'applique à

15. [1986] 1 R.C.S. 103.

ces personnes que dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, et qu'une clause de droits acquis a été insérée à l'article 31 de la loi. La satisfaction de ce critère de l'atteinte minimale dans son application aux règles relatives à la prestation et la réception des services à visage découvert prévue à l'article 8 de la loi devra également être démontrée, ce que facilitera l'existence des exceptions prévues à l'article 9 et qui peuvent être invoquées pour un motif de santé, un handicap ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines tâches.

Deux autres arguments ont par ailleurs été formulés au soutien de la prétention que certaines dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État* violent les droits fondamentaux de la personne et méritent d'être commentés brièvement.

Dans l'*Affaire FAE*, la Cour supérieure est invitée à déclarer inconstitutionnels, nuls, inapplicables, invalides et inopérants de nombreux articles de la *Loi sur la laïcité de l'État* comme étant en violation des articles 2, 18, 19, 26 et 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁶. Si le Québec s'est déclaré lié à ce traité international avant même que le Canada ne dépose son instrument d'adhésion¹⁷ et que les textes de plusieurs articles de la *Charte québécoise* ont comme source d'inspiration les diverses dispositions du *Pacte sur les droits civils* (Morel, 1987), celui-ci n'a pas fait l'objet d'une incorporation en droit québécois. Sur les conséquences de l'absence d'une telle incorporation de ce même traité, la Cour supérieure affirmait d'ailleurs ce qui suit :

[127] Le tribunal est d'avis qu'il ne peut en l'espèce y avoir de responsabilité sans faute fondée sur le *Pacte international relatif aux droits*

16. (1976) 999 Recueil des traités des Nations Unies [R.T.N.U.] 107; [1976] Recueil des traités du Canada [R.T.Can.] no 47; (1984-1989) Recueil des ententes internationales du Québec [R.E.I.Q.] 1976 (4) [*Pacte sur les droits civils*].

17. Voir *Arrêté en conseil n° 1438-76 du 21 avril 1976 concernant la ratification du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Protocole facultatif se rapportant aux droits civils et politiques, ainsi que la signature par Ottawa et les provinces d'une entente concernant les modalités et le mécanisme de participation de ces dernières à la mise en œuvre de ces instruments internationaux*, Recueil des ententes internationales du Québec, reproduit dans (1984-1989) R.E.I.Q., p. 818. Le Canada a adhéré au *Pacte sur les droits civils* le 19 mai 1976 et le traité est entré en vigueur, tant pour le Québec que le Canada, le 19 août 1976.

civils et politiques. À cet égard, le tribunal retient les prétentions du PG Canada selon lesquelles la simple ratification du *Pacte* par le pouvoir Exécutif, comme c'est le cas en l'espèce, ne confère pas à celui-ci force de loi ni aucun effet contraignant en droit interne car ce *Pacte* n'a jamais été expressément incorporé en droit canadien, ce qui n'a pas empêché le Canada de mettre en œuvre certaines obligations qui y sont énoncées, par le biais de divers mécanismes, dont la législation, la réglementation et l'élaboration de programmes et de politiques.

[128] Ce *Pacte* n'est pas plus applicable même si on peut y référer en interprétant une obligation domestique. Cela ne signifie pas, comme les demandeurs le prétendent, que les articles 7 et 24 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* doivent s'interpréter en vertu de ce *Pacte*. Si le droit interne est incompatible avec un instrument international qui n'est par ailleurs pas incorporé en droit domestique, le droit interne doit primer. De surcroît, si international que puisse être un instrument transfrontalier, il ne peut empiéter dans les champs de compétences provinciaux à moins du consentement express de l'une ou l'autre des provinces touchées¹⁸.

À cet argument fondé sur ce traité international liant le Québec depuis 1976 qui doit être écarté pour les raisons invoquées ci-haut, s'ajoute un argument prenant sa source dans l'*Acte de Québec* de 1774! Ainsi, dans l'*Affaire Lauzon*, un argument aussi original qu'inusité est présenté par les parties demanderesses qui demandent à la cour de déclarer que les articles 4, 6, 8 à 10, 13 et 16 sont invalides et inopérants en raison du fait qu'ils contreviennent au libre exercice de la religion consacré aux articles V et VII de l'*Acte de Québec* de 1774. Plaidant que l'article 26 de la *Loi constitutionnelle de 1982* préserve expressément les droits préexistants au Canada et que l'article 52 reconnaît aussi par l'emploi de l'expression « comprend » au paragraphe 52 (2) que la liste des lois énumérées à ce paragraphe ne représente pas une définition exhaustive des éléments constitutifs de la Constitution du Canada, les procureurs terminent leur plaidoyer sur cet argument ainsi :

En conclusion, le droit au libre exercice de la religion reconnu aux articles V et VII de l'*Acte de Québec* fait partie intégrante de la Constitution du Canada. Ainsi, l'incompatibilité des lois régulières avec ce droit constitutionnel emporte leur invalidité selon le principe de la

18. Voir *Dumont c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCCS 3213 (notes omises).

suprématie constitutionnelle reconnu à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cet argument est, de toute évidence, formulé de façon à contourner l'obstacle que représente la disposition dérogatoire de l'article 34 de la *Loi sur laïcité de l'État* qui n'est susceptible de s'appliquer qu'aux articles mentionnés à l'article 33 de la *Charte*. Il est toutefois difficile de concevoir qu'un droit préexistant, en l'occurrence le droit au libre exercice de la religion mentionné à l'*Acte de Québec* de 1774, pourrait ne pas faire l'objet d'une dérogation, alors que la même liberté de religion garantie à l'article 2 a) de la *Charte canadienne* peut, elle, faire l'objet d'une telle dérogation. On peut douter que les tribunaux veuillent réduire à néant l'exercice d'une souveraineté parlementaire qui est incarnée dans la clause dérogation de l'article 33 de la *Charte canadienne* et dont on rappellera d'ailleurs toute l'importance lorsqu'il s'agira de l'application des principes constitutionnels qui sont aussi invoqués dans les arguments visant à faire constater l'inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*.

L'atteinte aux principes constitutionnels

Étant vraisemblablement conscientes que les articles 33 et 34 de la *Loi sur la laïcité de l'État* les priveraient d'asseoir leur demande d'inconstitutionnalité des articles de la *Loi sur la laïcité de l'État* sur les dispositions de la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*, chacune des parties demanderesse invoque également des principes constitutionnels.

Ainsi, le principe de l'indépendance judiciaire dont l'existence a été affirmée et réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada, est invoqué dans l'affaire *Hak c. Québec (Procureure générale)* pour faire déclarer les articles 5 et 6 portant les exigences de laïcité de l'État et sur l'interdiction de porter un signe religieux dans leur application aux juges invalide et inopérant¹⁹.

19. Dans cette même *Affaire Hak* et aux paragraphes 151 à 153 de la demande, un argument supplémentaire au soutien d'une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 5 et 6 est fondé sur l'article 100 de *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur l'inamovibilité des

Pour invalider les dispositions sur l'interdiction de porter un signe religieux ainsi que les dispositions diverses de *Loi sur la laïcité l'État* visant à assurer sa mise en œuvre, d'autres principes constitutionnels énoncés par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* sont également invoqués tour à tour par les parties demanderesse, qu'il s'agisse du principe de la primauté du droit, du principe de la démocratie ou du principe la protection des minorités²⁰ (aussi Pinard, 2007; Tremblay, 2012).

Si la nature de tels principes ainsi que leur place dans la hiérarchie des normes constitutionnelles continuent de faire l'objet de débats, la Cour suprême du Canada en a délimité la portée. S'ils peuvent avoir comme rôle de combler les lacunes de la constitution écrite et qu'ils ont présenté comme des « principes d'interprétation », ils doivent être appliqués, comme l'affirme le tribunal canadien de dernier ressort, « en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement »²¹. Si le principe de la primauté de droit ne peut porter atteinte à la souveraineté parlementaire²², il doit en aller de même des autres principes que sont ceux de la démocratie et la protection des minorités. Et dans le cas qui nous occupe, la souveraineté parlementaire est clairement en jeu puisque, comme le rappelle d'ailleurs le législateur québécois dans le troisième considérant de la *Loi sur laïcité de l'État*, c'est sur celle-ci que repose le choix de recourir au pouvoir de dérogation prévu

juges. Rien n'indique toutefois qu'une sanction d'une violation par les juges à qui la *Loi sur laïcité de l'État* est application pourrait entraîner la destitution d'un juge par l'Assemblée nationale et par conséquent une violation de l'indépendance judiciaire dans sa dimension individuelle qu'est l'immovibilité. Cette question de l'indépendance judiciaire et de l'immovibilité des juges pourrait aussi être abordée en regard de l'article 11 f) de la *Charte canadienne* comme l'a fait la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3.

20. [1998] 2 R.C.S. 217.

21. Voir *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S., 3, par. 29.

22. Comme le rapportent les constitutionnalistes Brun, Tremblay et Brouillet (2014), trois décisions de la Cour suprême du Canada vont dans ce sens : *Colombie britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, aux p. 497-505, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, aux p. 417-418 et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873, aux p. 882-885.

à l'article 52 de la *Charte québécoise* et à l'article 33 de la *Charte canadienne*.

Dès lors, les principes constitutionnels auxquels les parties veulent faire appel pour priver d'effet les règles contenues dans la nouvelle loi fondamentale québécoise devraient être mis à l'écart par les juges appelés à prendre ainsi acte de l'intention clairement exprimée par le Parlement du Québec d'exercer sa souveraineté parlementaire et de donner effet aux dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État* indépendamment d'articles garantissant certains droits fondamentaux enchâssés dans les deux chartes.

S'agissant de l'architecture constitutionnelle, les procureures des parties demandereses dans l'*Affaire Hak* plaident ce qui suit :

Tout comme l'abrogation du droit de vote des minorités religieuses, la transformation des organismes publics en organes uniquement accessibles à un sous-groupe (majoritaire) vise à modifier la nature fondamentalement inclusive de ces institutions et, par conséquent, la structure constitutionnelle canadienne, son « architecture interne. »

Ni le Québec, ni aucune autre province, ni le Parlement n'a la compétence pour modifier unilatéralement cette architecture constitutionnelle, même dans l'exercice d'une de ses compétences législatives. Une province ou le Parlement ne pourrait donc pas empêcher les personnes religieuses de travailler pour une institution publique, tout comme il ne pourrait exclure les femmes ou les personnes racialisées de ces institutions. Une telle exclusion transformerait la nature même de la sphère publique dans la province.

Ainsi, la tentative de Québec de modifier unilatéralement l'architecture de la Constitution canadienne en adoptant les articles 6 et 8 de la Loi est inconstitutionnelle, et ces articles doivent donc être déclarés invalides²³.

Formulé dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*²⁴, le concept d'architecture constitutionnelle est assimilable à celui d'un principe constitutionnel dans la mesure où, comme la Cour suprême l'indique dans l'avis formulé dans le cadre de ce renvoi, « [I]a notion d'architecture exprime le *principe* selon

23. *Supra*, note 3, par. 142 à 144.

24. 2014 CSC 32.

lequel “[c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l’ensemble de sa structure” »²⁵ (aussi Karazivan, 2015 ; Guénette, 2017).

Ainsi, et comme pour les principes constitutionnels, le concept d’architecture constitutionnelle ne saurait être invoqué avec succès pour priver d’effet les règles de la *Loi sur la laïcité de l’État* et devrait aussi être écarté de façon à ce que soit assuré le respect de souveraineté du Parlement du Québec et son droit de donner effet à sa loi indépendamment d’articles garantissant certains droits fondamentaux enchâssés dans les deux chartes.

L’atteinte au partage des compétences législatives

C’est dans le seule l’*Affaire Hak* qu’est présenté l’argument voulant que l’adoption par l’Assemblée nationale du Québec de la *Loi sur la laïcité de l’État* est à l’origine d’une violation du partage des compétences législatives prévue par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon les parties demanderesse à cette demande de révision judiciaire et de déclaration d’invalidité, la nouvelle loi fondamentale québécoise porte sur le droit criminel qui est une compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu de l’article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’argument est ainsi formulé :

La réunion de l’objet de la Loi, des interdictions qu’elle prévoit et des sanctions qu’elle crée démontre clairement que le caractère véritable de la Loi est l’imposition d’une conception morale de la société québécoise qui élimine les personnes qui portent des signes religieux au sein des organismes publics.

La Cour suprême a conclu, dans certains arrêts comme *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 RCS 229 ; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. c. Ville de Montréal*, [1955] RCS 799 ; et, plus récemment, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295, que le Parlement a la compétence exclusive pour contraindre ou interdire l’observance religieuse dans la poursuite d’un objectif lié à la moralité en vertu de sa compétence en droit criminel conféré par le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

25. *Id.*, par. 26 (l’italique est de nous).

En raison son caractère véritable, la Loi entrave le contenu essentiel de la compétence législative du Parlement, ce qui la rend *ultra vires*²⁶.

De longs développements pourraient être consacrés à cet argument et une étude l'abondante jurisprudence s'imposera, y compris l'analyse de l'avis récent de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*²⁷. Qu'il suffise de dire que parmi les critères qui ont été énoncés pour qu'une législation soit qualifiée de nature criminelle, l'un d'entre eux est particulièrement déterminant, soit celui qui veut que la conduite à assujettir mérite le stigmate de la criminalité. Les sanctions visées par la *Loi sur la laïcité de l'État* semblent loin de vouloir s'intéresser à une telle conduite et ne sont nullement destinées à s'attaquer à un fléau (« public wrong ») ou à un mal (« evil »). Ne visent-elles pas à assurer le respect d'une loi visant à mettre en œuvre un principe de laïcité qui recherche la séparation de l'État et des religions, la neutralité religieuse de l'État, l'égalité de tous les citoyens et citoyennes et la liberté de conscience et la liberté de religion ?

Conclusion

En adoptant la *Loi sur la laïcité de l'État* et y incorporant des dispositions dérogatoires visant à neutraliser la possibilité pour les tribunaux de rendre inopérantes les dispositions mettant en œuvre le principe de laïcité, le gouvernement du Québec avait sans doute à l'esprit un jugement de la Cour suprême du Canada dans lequel il a été affirmé qu'une « réponse laïque obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l'entrée de la salle d'audience est incompatible avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n'est justifiable »²⁸.

26. Voir *Affaire FAE*, par. 107-108.

27. 2020 CSC 17.

28. Voir *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 2. Voir aussi les propos du juge Lebel dans cet arrêt qui fait également mention du multiculturalisme : « Nous pouvons dire à juste titre aujourd'hui qu'à l'art. 27 de la Charte, le Canada accepte l'importance que revêt le multiculturalisme dans son quotidien. Le Canada y affirme accepter de changer tous les jours,

Sans doute, s'agissait-il aussi d'opter pour une vision qui prend ses distances avec le concept du multiculturalisme qui est enchâssé dans la *Charte canadienne* et qui pourrait être un obstacle à l'affirmation, que l'on retrouve dans le dernier considérant du préambule de la loi, selon laquelle il faut assurer un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne.

Et, peut-être, le législateur et quasi-constituant québécois voulait-il poser un acte qui, comme le rappelaient récemment plusieurs citoyennes du Québec, « permet pour la première fois d'inscrire la laïcité dans l'ordre et de la reconnaître comme une condition essentielle à la protection de la liberté de conscience et à l'égalité de tous les citoyens » (Ben Anmar *et al.*, 2020).

Bibliographie

Les sources juridiques sont référencées dans les notes infrapaginales. Nous ne signalons ici que la littérature.

Ben Anmar, Amani *et al.* « Droits des femmes. Choisir une société laïque ». *Le Devoir*, 15 septembre 2020 : A-7. En ligne.

Brun, Henri, Tremblay, Guy et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*. Éditions Yvon Blais, 6^e éd, 2014.

Karazivan, Noura. « De la structure constitutionnelle dans le Renvoi relatif au Sénat : vers une gestalt constitutionnelle ? ». *Revue de droit de McGill*, 60, 4 (juin 2015) : 793-838.

Guénette, Dave. « L'architecture constitutionnelle. Dimension artistique d'une construction juridique ». *Les Cahiers de droit*, 58, 1-2 (mars-juin 2017) : 33-65.

Morel, André. « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne ». *Revue juridique Thémis [R.J.T.]*, 21, 1 (1987) : 4-7.

Pinard, Danielle. « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada ». *Jahrbuch des öffentlichen Rechts [JöR]*, 55 (2007) : 625. En ligne.

Tremblay, Luc. B. « Les principes constitutionnels non écrits ». *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, 15, 1 (2012) : 15-51. En ligne.

mais du même coup, la reconnaissance du multiculturalisme se fait dans le cadre de la Constitution elle-même, et elle reste ancrée dans les traditions politiques et juridiques canadiennes. La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l'acceptation du principe qu'elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine » (p. 761, par. 72).

ANNEXE

TABLEAU DES AFFAIRES RELATIVES
À L'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI SUR LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT

AFFAIRES	Hak et al. c. P.G. Québec No 500-17-108353-17 Demande de révision judiciaire (Déclaration d'invalidité) et demande de suris provisoire (17 juin 2019)	Lauzon et al. c. P.G. Québec No 500-17-109731-193 Demande introduction d'instance en jugement déclaratoire et dommages-intérêts (26 septembre 2019)	<i>English Montreal School Board</i> et al. c. P.G. Québec No 500-17-109983-190 Demande de révision judiciaire et pour jugement déclaratoire (21 octobre 2019)
DEMANDES	Déclarer l'ensemble de la Loi sur la laïcité de l'État (Loi) invalide et inopérante Déclarer que les articles 5 et 6 de la Loi invalides et inopérants Déclarer que les articles 6 et 8 de la Loi invalides et inopérants Déclarer l'article 8 (annexe III, 1 ^o) de la Loi invalides et inopérants	Déclarer que les articles 4 et 6 de la Loi invalides et inopérants Déclarer que les articles 4, 6, 7 à 10 et 13 à 16 de la Loi invalides et inopérants Déclarer que les amendements apportés au préambule et à l'article 9.1 de la Charte québécoise portent atteinte aux articles 2 et 15 de la Charte canadienne Déclarer que l'amendement apporté à l'article 1 de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État [...] portent atteinte aux articles 2 et 15 de la Charte canadienne Verser des dommages-intérêts	Déclarer que les articles 4, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14 et 16 de la Loi violent la Charte canadienne et sont inopérantes Déclarer que les articles 4, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14 et 16 de la Loi violent la Charte canadienne et sont inopérantes à l'égard des commissions scolaires de langue anglaise au Québec Déclarer que les articles 4, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14 et 16 de la Loi violent la Charte canadienne et sont inopérantes à l'égard des Commission scolaire <i>English-Montréal</i>
ARGUMENT 1	Violation du principe d'indépendance judiciaire Violation du partage des compétences (Loi constitutionnelle de 1867 (LC 1867), art. 91 (27) (Droit criminel) Atteinte injustifiée à l'article 3 de la Charte canadienne	Violation du principe de la primauté du droit Contravention au droit au libre exercice de la religion (Acte de Québec, 1774, articles V et VII) Violation injustifiée des articles 2 et 15 de la Charte canadienne Violation injustifiée des articles 2 et 15 de la Charte canadienne Article 24 de la Charte canadienne (500,00 \$)	Violation injustifiée des articles 2 (a) et (b) et 15 de la Charte canadienne Violation injustifiée de l'article 23 de la Charte canadienne Violation injustifiée de l'article 23 de la Charte canadienne
ARGUMENT 2	Atteinte à l'inamovibilité des juges (LC 1867, art. 100) Violation pour cause d'imprécision	Violation du partage des compétences (LC 1867, art. 91 (27) (Droit criminel)	Violation injustifiée de l'article 23 de la Charte canadienne
ARGUMENT 3	Violation du principe de la primauté du droit	Violation injustifiée à l'article 28 de la Charte canadienne	Violation injustifiée de l'article 28 de la Charte canadienne
ARGUMENT 4	Altération de l'architecture constitutionnelle	Violation injustifiée des articles 3 et 10 de la Charte québécoise	
ARGUMENT 5	Violation des principes constitutionnels (Démocratie et protection des minorités)	Violation injustifiée des articles 2 et 15 de la Charte canadienne	

AFFAIRES	<p>Fédération autonome de l'enseignement c. Jean-François Roberge, Simon Jolin-Barrette et Procureure générale du Québec No 500-17-107204-193</p> <p>Demande d'injonction permanente et en inconstitutionnalité, d'inapplicabilité, d'invalidité, d'inopérabilité et de nullité (6 novembre 2019)</p>
DEMANDES	<p>Déclarer inconstitutionnelles des demandes de dénombrement des signes religieux chez les membres du corps enseignant [...]</p> <p>Déclarer inconstitutionnels, nuls, inapplicables, invalides, inopérants les articles 4, 6, 12, 13, 14 et du paragraphe 10 de l'annexe II de la Loi;</p> <p>Déclarer inconstitutionnel, nul, inapplicable, invalide, inopérant l'article 16 de la Loi;</p> <p>Déclarer l'existence d'une pratique constitutionnelle selon laquelle le texte quasi-constitutionnel de la Charte québécoise ne peut être modifié que par une décision unanime de l'Assemblée nationale;</p> <p>Déclarer que le législateur québécois n'a pas respecté pratique constitutionnelle selon laquelle le texte quasi-constitutionnel de la Charte québécoise ne peut être modifié que par une décision unanime de l'Assemblée nationale, à l'occasion de l'adoption des articles 18 et 19 de la Loi;</p> <p>Déclarer inconstitutionnels, nuls, inapplicables, invalides, inopérant les article 18 et 19 de la Loi;</p> <p>Déclarer inconstitutionnels, nuls, inapplicables, invalides, inopérant l'article 31 de la Loi;</p> <p>Déclarer les articles 33 et 34 de la Loi inconstitutionnels, nuls, inapplicables, invalides, inopérants.</p>
ARGUMENT 1	<p>Violation de la liberté de religion</p> <p>Violation des articles 2 a), 15 et 28 de la Charte canadienne</p> <p>Violation de l'article 2 b) de la Charte canadienne</p> <p>Violation des articles 2 a) de la Charte canadienne</p> <p>Violation des articles 2 a), 2 b) et 6 de la Charte canadienne</p> <p>Le législateur québécois n'a pas respecté les conditions prescrites par l'article 33 de la Charte canadienne et l'article 52 de la Charte québécoise lors de l'adoption des article 33 et 34 de la Loi</p>
ARGUMENT 2	<p>Violation du droit de ne pas être discriminé sur la base de sa religion</p> <p>Violation des articles 1, 4, 10, 10.1, 11 12, 13, 16, 17, 18, 18.1, 20, 49, 52 et 54 de la Charte québécoise</p> <p>Violation des articles 1, 3, 4, 10, 10.1, 11 12, 13, 16, 17, 18, 18.1, 20, 49, 52 et 54 de la Charte québécoise</p> <p>Violation du principe constitutionnel de la protection des minorités</p> <p>Violation du principe constitutionnel de la protection des minorités</p>
ARGUMENT 3	<p>Violation du droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination basée sur le sexe et l'appartenance religieuse</p> <p>Violation des articles 2, 18, 26 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte)</p> <p>Violation des articles 2, 18, 19, 26 et 27 du Pacte</p> <p>Violation des articles 1, 3, 4, 10, 10.1, 11 12, 13, 16, 17, 18, 18.1, 20, 49, 52 et 54 de la Charte québécoise</p> <p>Violation des articles 1, 3, 4, 10, 10.1, 11 12, 13, 16, 17, 18, 18.1, 20, 49, 52 et 54 de la Charte québécoise</p>
ARGUMENT 4	<p>Violation du principe constitutionnel de la protection des minorités</p> <p>Violation des articles 2, 18, 19, 26 et 27 du Pacte</p> <p>Violation des articles 2, 18, 19, 26 et 27 du Pacte</p>