

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000600-128

DATE : 21 avril 2026

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE MARTIN F. SHEEHAN, J.C.S.

DENIS SARRAZIN

Demandeur

c.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

Défendeur

et

FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC.

Intervenante

JUGEMENT

APERÇU

[1] À l'époque de la Confédération, le Parlement du Canada se voit confier le pouvoir exclusif de légiférer à l'égard des « Indiens¹ et [d]es terres réservées pour les Indiens »².

[2] Dès l'adoption des premières lois définissant le statut d'Indien, les femmes Autochtones et leurs descendants font l'objet d'une discrimination directe, manifeste et bien documentée.

¹ Dans le présent jugement, le terme « Indien » fait référence à la définition juridique du statut prévue par la loi applicable. Le terme « non-Indien » désigne quant à lui une personne ne bénéficiant pas de ce statut. Bien que cette terminologie soit désormais considérée comme désuète et inappropriée, le Tribunal y recourt uniquement par souci de précision juridique. Les parties sont priées à n'y voir aucune discourtoisie.

² *Loi constitutionnelle de 1867 (anciennement Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), par. 91(24).

[3] En résumé, un homme ayant le statut d'Indien qui épouse une femme n'ayant pas ce statut le conserve, tandis que son épouse l'acquiert. À l'inverse, une femme ayant le statut d'Indienne ne peut pas le transmettre à son époux non-Indien et, de surcroît, elle perd elle-même son statut d'Indienne du fait de ce mariage.

[4] Les enfants issus d'un père Indien et d'une mère non-Indienne sont reconnus comme des Indiens au sens de la loi alors, que ceux nés d'un père non-Indien et d'une mère ayant le statut d'Indienne ne le sont pas.

[5] Restée pratiquement inchangée jusqu'en 1985, cette situation a eu des effets dévastateurs sur des dizaines de milliers de femmes Autochtones ainsi que leurs descendants, et ce, sur plusieurs générations.

[6] En 1985, le Parlement du Canada adopte la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*³ (la « **Loi de 1985** »), laquelle vise à mettre un terme à la discrimination historique tout en maintenant les droits acquis des personnes qui ont obtenu le statut d'Indien avant 1985.

[7] En 2009, dans l'arrêt *Mclvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)* (« **Mclvor** »)⁴, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut que, dans certains cas, une discrimination fondée sur le sexe subsiste, bien qu'elle soit désormais plus subtile, notamment en raison du maintien des droits acquis des personnes ayant obtenu le statut d'Indien avant 1985.

[8] En 2010, le Parlement adopte une nouvelle loi afin de remédier à ce problème (la « **Loi de 2010** »)⁵. À la suite de son entrée en vigueur, les membres du groupe représentés par le demandeur, Denis Sarrazin (le « **Demandeur** »), obtiennent le droit d'être inscrits au registre des Indiens.

[9] L'article 9 de la *Loi de 2010* prévoit aussi que personne « ne peut réclamer ou recevoir une compensation, des dommages-intérêts ou une indemnité de l'État [...] ou d'un conseil de bande en ce qui concerne les faits — actes ou omissions — accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs attributions, du seul fait qu'une personne n'était pas inscrite [...] à l'entrée en vigueur de la présente loi [...] ».

[10] Le Demandeur réclame des dommages au nom des personnes qui ont fait l'objet de la discrimination résiduelle créée par la *Loi de 1985* entre 1985 et 2010.

[11] Le défendeur, le Procureur général du Canada (« **PGC** »), soulève l'immunité restreinte dont jouit le Parlement dans l'accomplissement de ses fonctions législatives.

[12] L'intervenante, Femmes Autochtones du Québec inc. (« **FAQ** »), a obtenu le droit d'intervenir au dossier pour soutenir la position du Demandeur.

³ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, c. 27.

⁴ *Mclvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée, 2009 CanLII 61383).

⁵ *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c. 18, art. 2 (qui remplace notamment l'al. 6(1)c) et ajoute l'al. 6(1)c.1)).

[13] Le présent jugement n'a pas à se prononcer sur la constitutionnalité de la *Loi de 1985*. Cette cause est entendue⁶.

[14] Il porte plutôt sur la responsabilité potentielle de l'État en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « **Charte** »)⁷ lorsqu'il adopte une loi qui est par la suite déclarée inconstitutionnelle.

CONTEXTE

[15] Le 27 mai 2016, la juge Marie-Anne Paquette (alors juge puinée) autorise le dépôt d'une action collective (le « **Jugement d'autorisation** »)⁸ au nom du groupe suivant :

Toute personne au Canada :

1. dont la grand-mère :

1.1 a perdu le statut d'Indienne à la suite de son mariage à un non-Indien;

et

1.2 a recouvré son statut d'Indienne en vertu du sous-paragraphe 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens*, à la suite des amendements de 1985 à cette loi (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27);

et,

2. dont le seul parent Indien:

2.1 est éligible au statut d'Indien en vertu du sous-paragraphe 6(1)(c.1) de la *Loi sur les Indiens*, telle qu'amendée en 2010 (*Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, ch. 18);

et,

3. qui elle-même:

3.1 est éligible au statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*.

[16] La demande d'autorisation fait suite à l'arrêt *McIvor* qui invalide certains articles de la *Loi sur les Indiens*, tels que modifiés par la *Loi de 1985* au motif qu'ils contreviennent de manière injustifiée à l'article 15 de la *Charte*.

[17] Dans le Jugement d'autorisation, la juge Paquette identifie ainsi les questions qui devront être traitées collectivement :

1. L'article 6 de la *Loi de 1985* et l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* sont-ils discriminatoires, donc inconstitutionnels?

⁶ Bien que la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne lie pas le Tribunal (*R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19), le PGC n'a pas remis en cause l'inconstitutionnalité de la loi.

⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁸ *Sarrazin c. Canada (Procureur général)*, 2016 QCCS 2458 (confirmé par la Cour d'appel, 2018 QCCA 1077).

2. Dans l'affirmative, la doctrine de l'immunité de l'État ou l'article 9 de la *Loi de 2010* empêche-t-il de condamner l'État à réparer les dommages subis en raison de cette disposition discriminatoire?
3. Dans la négative, les membres du groupe peuvent-ils obtenir des dommages en vertu :
 - 3.1 du paragraphe 24(1) de la *Charte*?
 - 3.2 des règles générales de responsabilité civile (articles 1376 et 1457 C.c.Q.)?
 - 3.3 des principes de l'enrichissement sans cause (article 1493 C.c.Q.)?

[18] Pour des raisons de proportionnalité et d'efficacité, la juge Paquette décide de scinder l'instance. La première phase portera sur la question de l'application de l'immunité de l'État ainsi que celle de l'article 9 de la *Loi de 2010*.

[19] Les parties procèdent à la mise en état du dossier pour la phase 1.

[20] En juin 2023, le Demandeur s'adresse à la Cour pour demander le report du procès sur la phase 1. Il fait valoir que la Cour suprême du Canada est saisie d'un dossier portant sur la question de l'immunité de l'État lorsqu'une demande en dommages découle d'une loi adoptée, puis ultérieurement déclarée inconstitutionnelle. Selon lui, ce jugement est susceptible d'avoir un impact important sur les questions soulevées lors de la phase 1. Le PGC ne s'oppose pas à cette demande de remise.

[21] La Cour accède à la demande et ordonne aux parties de lui faire un rapport dans les jours qui suivront le jugement à venir.

[22] Le 19 juillet 2024, la Cour suprême du Canada rend son jugement dans le dossier *Canada (Procureur général) c. Power* (« **Power** »)⁹.

[23] La Cour suprême rejette l'argument du PGC voulant que la Couronne bénéficie d'une immunité absolue à l'encontre d'une poursuite en dommages pour l'adoption d'une loi ultérieurement déclarée inconstitutionnelle. Elle confirme néanmoins que l'immunité restreinte reconnue dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)* (« **Mackin** »)¹⁰ continue de s'appliquer dans certaines circonstances.

[24] Le 17 septembre 2024, le PGC informe la Cour de sa position quant à la portée de l'arrêt *Power*. Il estime que cet arrêt ne permet pas de trancher complètement la question de savoir si l'immunité de l'État fait échec au présent recours. En effet, bien que la Cour écarte l'argument de l'immunité absolue, elle retient l'existence d'une immunité restreinte. Selon le PGC, la scission d'instance demeure pertinente afin de déterminer si les conditions pour lever l'immunité restreinte sont réunies, notamment l'existence d'une loi clairement inconstitutionnelle ou d'un comportement marqué par la mauvaise foi ou l'abus de pouvoir.

[25] Le 17 janvier 2025, le Demandeur modifie sa demande introductive d'instance pour tenir compte de l'arrêt *Power*. Il soutient que la *Loi de 1985* était « clairement

⁹ *Canada (Procureur général) c. Power*, 2024 CSC 26.

¹⁰ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13.

inconstitutionnelle » et que le Parlement a agi de mauvaise foi en l'adoptant notamment parce qu'il avait connaissance de son caractère « clairement inconstitutionnel ».

[26] Le 13 février 2025, le PGC modifie ses motifs de défense. Il soutient que l'État jouit d'une immunité restreinte à l'encontre de toute poursuite en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* que ce soit pour l'adoption ou l'application d'une loi ultérieurement jugée inconstitutionnelle. Ainsi, il fait valoir que les allégations du Demandeur ne démontrent pas que la loi en cause, au moment de son adoption, était « clairement inconstitutionnelle » ou participait d'un comportement de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir.

[27] Le 26 novembre 2025, le Demandeur dépose une demande pour être autorisé à modifier sa demande introductive d'instance. Le PGC s'oppose partiellement à la modification au motif que le Demandeur vise à introduire des éléments de preuve qui sont couverts par le privilège parlementaire et qu'ils sont donc irrecevables.

[28] Les parties conviennent que l'objection à la modification soit traitée dans le cadre du présent jugement. Il en va de même des objections à certaines pièces produites par le Demandeur qui reprennent des extraits de débats en Chambre des communes ou des témoignages rendus devant des comités parlementaires¹¹.

[29] Le 4 novembre 2025, FAQ dépose un acte d'intervention sollicitant la permission de faire des représentations écrites et verbales lors de l'audition portant sur la phase 1.

[30] Le 11 décembre 2025, le Tribunal accueille partiellement la demande d'intervention de FAQ¹².

ANALYSE

1. Conclusion

[31] La juge Paquette formule ainsi la question qui doit être traitée lors de la phase 1 du procès :

En tenant pour acquis que les Amendements de 1985 à l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* sont discriminatoires et inconstitutionnels, le principe de l'immunité de l'État ou l'article 9 des Amendements de 2010 empêchent-ils de condamner l'État à réparer le préjudice et à compenser les dommages subis en raison de cette discrimination?

[32] Pour les raisons qui suivent, le Tribunal conclut que le Demandeur n'a pas démontré que les conditions pour lever l'immunité restreinte dont jouit l'État dans l'exercice de son pouvoir législatif sont satisfaites.

[33] En effet, on ne peut conclure qu'au moment de son adoption, la *Loi de 1985* était clairement inconstitutionnelle.

¹¹ Liste des documents parlementaires visés par une objection du défendeur fondée sur le privilège parlementaire en date du 3 février 2026.

¹² *Sarrazin c. Procureur général du Canada*, 2025 QCCS 4485.

[34] De plus, le Demandeur n'a pas démontré qu'en adoptant la *Loi de 1985*, le Parlement a agi de mauvaise foi ou a fait preuve d'abus de pouvoir.

[35] Dès lors, l'action collective du Demandeur est rejetée.

2. Principes juridiques

2.1 La responsabilité de l'État en lien avec l'adoption d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle

[36] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* permet au tribunal d'accorder, à la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, la réparation qu'il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances »¹³.

[37] Il est possible de cumuler une déclaration d'invalidité d'une disposition en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* avec des dommages-intérêts en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*¹⁴.

[38] Par ailleurs, l'octroi de dommages-intérêts ne découle pas automatiquement d'une déclaration d'invalidité.

[39] En effet, il est généralement reconnu que l'État « doit pouvoir jouir d'une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu'il est seul à pouvoir exercer ». « Les fonctions législatives et l'élaboration de politiques sont un exemple de telles activités étatiques »¹⁵.

[40] Dans *Power*, la Cour suprême du Canada s'est penchée à nouveau sur les circonstances en vertu desquelles des dommages-intérêts peuvent constituer une réparation convenable et juste au sens de l'article 24(1) de la *Charte* lorsque le Parlement adopte une loi qui est subséquemment déclarée inconstitutionnelle.

[41] Les parties reconnaissent que les questions en litige doivent être examinées à la lumière des principes établis par la Cour suprême du Canada dans *Power*.

[42] Monsieur Power plaidait qu'il avait droit à des dommages, puisque des dispositions législatives invalides ont porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* et que les dommages-intérêts sont une réparation convenable et juste pour cette atteinte.

[43] De son côté, le PGC soutenait que le gouvernement doit bénéficier d'une immunité absolue à l'égard des dommages-intérêts fondés sur l'article 24(1) de la *Charte* relativement à l'adoption d'une loi inconstitutionnelle.

[44] Selon la Cour, la réponse à la question requiert de concilier deux principes fondamentaux du droit constitutionnel :

44.1. La souveraineté parlementaire et la séparation des pouvoirs : Le bon

¹³ *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, par. 1 (« **Ward** »).

¹⁴ *Power*, préc., note 9, par. 176.

¹⁵ *Ward*, préc., note 13, par. 39 à 43.

fonctionnement du gouvernement nécessite que la fonction législative du Parlement ne soit pas indument assujettie à des poursuites ou des condamnations pour l'adoption de lois subséquemment jugées invalides. L'« État doit bénéficier de l'autonomie législative nécessaire pour gouverner efficacement »¹⁶. La séparation des pouvoirs « reconnaît que les trois branches du gouvernement ont des fonctions, des attributions institutionnelles et une expertise différentes et qu'elles doivent s'abstenir d'empiéter indûment les unes sur les autres »¹⁷. Par ailleurs, « les dommages-intérêts peuvent contribuer au bon gouvernement en favorisant la conformité à la Constitution et en ayant un effet de dissuasion contre les violations de la *Charte* »¹⁸. En outre, la Cour suprême note que l'adoption de la Charte a fait « passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle »¹⁹.

¹⁶ *Power*, préc., note 9, par. 1.

¹⁷ *Power*, préc., note 9, par. 50 et 82, citant *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469 et 470; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, par. 65 et 66.

¹⁸ *Power*, préc., note 9, par. 46.

¹⁹ *Power*, préc., note 9, par. 55, citant *Sécession du Québec (Renvoi relatif à la)*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72.

44.2. La primauté du droit et l'obligation des tribunaux de protéger les droits garantis par la Charte : La primauté du droit protège les « personnes [...] contre l'arbitraire de l'État » en établissant « la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers »²⁰. La *Charte* s'impose aux trois branches du gouvernement. Elle s'applique au « Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement » et « à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature »²¹. Elle s'impose aussi au judiciaire, qui se doit de protéger les droits et libertés garantis par la *Charte* d'une atteinte par l'État²². La *Charte* doit recevoir « une interprétation large et libérale et non étroite, technique ou légaliste »²³. Les articles 24 de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* « consacrent le rôle de la cour de tenir le gouvernement responsable des violations de la *Charte* »²⁴. En présence d'une loi inconstitutionnelle, la déclaration d'invalidité prononcée en application du paragraphe 52(1) est le « premier et le plus important [des] recours »²⁵. Une personne victime d'une violation de ses droits peut aussi, en vertu de l'article 24(1) de la *Charte*, demander « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Le devoir d'interprétation large « vaut autant pour les réparations fondées sur la *Charte* que pour les droits qui y sont garantis »²⁶. En effet, « les droits garantis par la *Charte* ne sont efficaces que dans la mesure des réparations accordées en cas de violation de ceux-ci »²⁷. Ainsi, la séparation des pouvoirs ne diminue pas le rôle fondamental des tribunaux « de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit »²⁸ en « demandant aux branches exécutive et législative du gouvernement de rendre des comptes dans l'ordre constitutionnel canadien »²⁹.

[45] Chacun de ces principes constitue un « grand pilier de notre démocratie »³⁰ et sous-tend à la fois « l'autonomie et la responsabilité du législateur »³¹. Or, « [l]orsque surgissent des conflits apparents entre différents principes constitutionnels, il convient

²⁰ *Power*, préc., note 9, par. 54, citant *Sécession du Québec (Renvoi relatif à la)*, préc., note 19, par. 70 et 71.

²¹ *Charte*, art. 32(1); *Power*, préc., note 9, par. 29, 30 et 81.

²² *Power*, préc., note 9, par. 1.

²³ *Power*, préc., note 9, par. 26, citant *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156.

²⁴ *Power*, préc., note 9, par. 30, citant Marilyn L. PILKINGTON, « Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1984), 62 *R. du B. can.* 517, p. 535 et 552 à 567.

²⁵ *Power*, préc., note 9, par. 24, citant *Ward*, par. 1.

²⁶ *Power*, préc., note 9, par. 32, citant *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 24.

²⁷ *Power*, préc., note 9, par. 39.

²⁸ *Power*, préc., note 9, par. 56, citant *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 26, par. 110.

²⁹ *Power*, préc., note 9, par. 56; *Droits linguistiques garantis par l'article 23 de la Loi sur le Manitoba et par l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de certains)*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 745; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590.

³⁰ *Ernst c. Alberta Energy Regulator*, 2017 CSC 1, par. 25.

³¹ *Power*, préc., note 9, par. 77.

non pas de résoudre ces conflits en subordonnant un principe à l'autre, mais plutôt d'essayer de les concilier »³². Les tribunaux doivent éviter d'instaurer une « hiérarchie des principes constitutionnels » et préférentiellement favoriser « l'interdépendance des principes et parvenir à un équilibre entre l'autonomie gouvernementale et l'obligation de rendre des comptes »³³.

[46] Citant *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*³⁴, la Cour suprême retient que « l'immunité restreinte accordée à l'État constitue justement un moyen d'établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d'avoir un gouvernement efficace ». Selon la Cour, « accorder des dommages-intérêts simplement parce qu'une loi est inconstitutionnelle ne permettrait pas d'atteindre ce juste équilibre, car cela ne répondrait pas à la nécessité d'avoir un gouvernement efficace ». Néanmoins, « l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit “établies et incontestables” qui définissent les droits constitutionnels des individus »³⁵.

[47] Dans *Mackin*, le juge Gonthier avait conclu que des dommages-intérêts pouvaient être octroyés lorsque le comportement de l'État était « clairement fautif » (en anglais « *clearly wrong* »), de « mauvaise foi » ou constituait un « abus de pouvoir »³⁶. Selon lui le critère est satisfait lorsqu'il est démontré que l'État a adopté la loi « négligemment », qu'il a fait preuve « d'aveuglement volontaire à l'égard de ses obligations constitutionnelles »³⁷, lorsque la loi a été adoptée « pour des motifs détournés ou avec la connaissance de son inconstitutionnalité »³⁸.

[48] Au contraire, lorsque le gouvernement procède de bonne foi, sa responsabilité ne devrait pas être retenue :

[79] [...] Ainsi, l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s'ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l'état du droit, et qu'après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n'est pas engagée. Autrement, l'effectivité et l'efficacité de l'action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans tout leur force et effet tant qu'elles ne sont pas invalidées. Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés³⁹.

[49] Les juges majoritaires dans *Power* souscrivent à ces constats, mais ils estiment que la simple négligence « n'évoque pas la gravité de la faute que ce seuil était censé

³² *Power*, préc., note 9, par. 78, citant *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 69.

³³ *Power*, préc., note 9, par. 79.

³⁴ *Mackin*, préc., note 10.

³⁵ *Power*, préc., note 9, par. 65, citant *Mackin*, préc., note 10, par. 79; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 15.

³⁶ *Mackin*, préc., note 10, par. 78 et 79.

³⁷ *Mackin*, préc., note 10, par. 82.

³⁸ *Mackin*, préc., note 10, par. 83.

³⁹ *Mackin*, préc., note 10, par. 79; *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction) c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 4607, par. 409.

viser »⁴⁰. Afin d'éviter toute confusion et de maintenir « la norme élevée exigée par les principes constitutionnels qui sous-tendent l'analyse », la Cour suggère de reformuler le test⁴¹.

[50] Plutôt que d'utiliser le critère de « clairement fautif », la majorité propose de retenir le test énoncé par la professeure Pilkington de « clairement inconstitutionnel ». Selon l'auteure : « *since a primary purpose of imposing liability in damages is to deter unconstitutional acts, it makes sense to limit liability to those acts which are clearly unconstitutional, particularly in light of the evolutionary character of constitutional rights* »⁴².

[51] Le test « amène le juge à examiner objectivement la loi elle-même, plus particulièrement la nature et la portée de son invalidité constitutionnelle »⁴³. L'évaluation doit tenir compte de « la présomption selon laquelle le législateur connaît et respecte les droits fondamentaux garantis par la *Charte* »⁴⁴.

[52] L'importance de tenir compte du caractère évolutif de l'interprétation de la *Charte* est préservée par l'exigence voulant que l'évaluation du caractère « clairement inconstitutionnel » se fasse « au moment de l'adoption de la loi »⁴⁵.

[53] Même si la Cour estime que la norme de la loi « clairement inconstitutionnelle » permettra « dans la plupart des cas » de trancher la question de l'immunité restreinte, elle croit utile de maintenir la responsabilité de l'État lorsque celui-ci agit de mauvaise foi ou qu'il abuse de son pouvoir en adoptant la loi invalide⁴⁶. La Cour postule néanmoins que « [d]ans le contexte de la fonction législative de l'État, au sein de laquelle le Parlement et les institutions législatives ont le droit d'adopter toute loi à l'intérieur de leurs limites constitutionnelles, la mauvaise foi et l'abus de pouvoir requièrent peut-être une faute plus grave que dans d'autres contextes. »⁴⁷

[54] La Cour souligne par ailleurs que ces principes « ne constituent pas des moyens d'évaluer la sagesse ou la raison d'être du processus d'adoption ou de la loi adoptée »⁴⁸.

[55] Après évaluation, la Cour suprême conclut que l'État n'a pas droit à une immunité absolue contre toute responsabilité en dommages-intérêts lorsqu'il adopte une loi inconstitutionnelle. S'appuyant sur sa décision antérieure dans *Mackin*, la Cour suprême confirme néanmoins que l'État bénéficie d'une immunité restreinte dans l'exercice de son

⁴⁰ *Power*, préc., note 9, par. 102.

⁴¹ *Power*, préc., note 9, par. 102.

⁴² Ce test avait été proposé par Marilyn L. PILKINGTON, « Monetary Redress for *Charter* Infringement », in Robert J. SHARPE, *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, p. 307, p. 319 et 320, cité avec approbation dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, préc., note 35, par. 15.

⁴³ *Power*, préc., note 9, par. 103.

⁴⁴ *Power*, préc., note 9, par. 103.

⁴⁵ *Power*, préc., note 9, par. 101, 104, 110 et 112; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, préc., note 35, par. 15; M. L. PILKINGTON, préc., note 42, p. 319 à 332.

⁴⁶ *Power*, préc., note 9, par. 106.

⁴⁷ *Power*, préc., note 9, par. 108.

⁴⁸ *Power*, préc., note 9, par. 108; *McEniry c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 3608, citant avec approbation *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 2885 (confirmé par la Cour d'appel, 2021 QCCA 1871 et autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée (C.S. Can., 2022-07-28) 40042).

pouvoir législatif. Des dommages-intérêts pourront seulement être accordés en vertu du paragraphe 24(1) pour l'adoption d'une loi qui viole un droit garanti par la *Charte* si :

- 55.1. Le demandeur démontre que la loi était « clairement inconstitutionnelle » au moment de son adoption; ou
- 55.2. que son adoption résultait d'un comportement de mauvaise foi ou d'un abus de pouvoir.

[56] La Cour confirme « qu'il s'agit d'un seuil élevé, mais pas insurmontable »⁴⁹.

2.2 Le privilège parlementaire

[57] L'objection du PGC à la demande de modification du Demandeur ainsi que l'objection à la production de certains extraits des débats et témoignages devant des comités parlementaires s'appuie sur le privilège parlementaire.

[58] Le privilège parlementaire s'entend de 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 »⁵⁰.

[59] Le principe du privilège parlementaire est commun à tous les pays dont le régime parlementaire s'inspire du système britannique. Il est codifié à l'article 9 du *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni⁵¹ qui prévoit : « *That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyament.* » Il est incorporé dans notre droit par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui témoigne du désir des provinces d'établir « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »⁵².

[60] Le privilège permet, entre autres, au législateur d'« exercer ses activités législatives libre de toute ingérence de la part d'organismes ou d'institutions externes, y compris les tribunaux »⁵³. Il « constitue donc l'un des moyens qui permettent d'assurer le respect du principe fondamental de la séparation constitutionnelle des pouvoirs »⁵⁴.

[61] Une des déclinaisons du privilège confère aux parlementaires une liberté de parole et une immunité à l'encontre de toute poursuite pouvant résulter de paroles prononcées en Chambre ou d'écrits préparés à l'occasion de leurs travaux⁵⁵. De même, on ne peut contraindre un député ou un tiers à témoigner sur ce qu'il a dit pendant les travaux de la Chambre, du Sénat ou d'un comité parlementaire, ni se servir des transcriptions afin de

⁴⁹ Power, préc., note 9, par. 4 et 103.

⁵⁰ Power, préc., note 9, par. 52; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 29(2) (« **Vaid** »).

⁵¹ *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni, 1 Will & Mar. sess. 2, ch. 2.

⁵² Vaid, préc., note 50, par. 21.

⁵³ Vaid, préc., note 50, par. 20.

⁵⁴ Vaid, préc., note 50, par. 21.

⁵⁵ Joseph J. P. MAINGOT, *Le privilège parlementaire au Canada*, 2^e éd., Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 1997, p. 25 à 41.

le contre-interroger ou le discréditer⁵⁶. Cette immunité et la protection de la liberté de parole « assurent le bon fonctionnement d'une démocratie représentative ». « Elles permettent l'existence d'un espace où les voix de tous, y compris de ceux qui ont des opinions susceptibles d'être impopulaires, peuvent être entendues et prises en considération. »⁵⁷

[62] Les privilèges parlementaires ne sont pas illimités. Leur existence et portée doivent être « fermement ancrées dans leur raison d'être ». Le privilège doit être strictement « délimité par les objectifs qu'il vise »⁵⁸.

[63] Le privilège ne s'applique donc que dans la mesure où il est « indispensable pour protéger les législateurs dans l'exécution de leurs fonctions législatives et délibératives »⁵⁹. Il « ne doit pas s'étendre au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les fonctions démocratiques fondamentales du législateur »⁶⁰.

[64] Lorsqu'un privilège est revendiqué relativement à une sphère d'activité, « le tribunal ne doit pas seulement prendre en compte les origines historiques de la revendication, mais aussi déterminer si la catégorie de privilège inhérent demeure, encore aujourd'hui, nécessaire au bon fonctionnement de l'organe législatif »⁶¹.

[65] « La partie qui invoque l'immunité que confère le privilège parlementaire a le fardeau d'en établir l'existence. »⁶²

[66] Le critère applicable est celui de la nécessité⁶³. Ce critère doit être rigoureux « parce que le privilège parlementaire est susceptible de protéger le processus décisionnel parlementaire de tout contrôle judiciaire, y compris le contrôle de la conformité à la *Charte* »⁶⁴.

[67] « Pour justifier la revendication d'un privilège parlementaire, l'assemblée ou le membre qui cherchent à bénéficier de l'immunité qu'il confère doivent démontrer que la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l'exercice, par l'assemblée ou son membre, de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement. »⁶⁵ « Si

⁵⁶ *Solkin c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 4041, par. 47; *Canada (Sous-commissaire, Gendarmerie royale du Canada) c. Canada (Commissaire, Gendarmerie royale du Canada)*, 2007 CF 564 (C.F.), par. 64 et 65; *Gagliano c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 576 (C.F.), par. 26 à 29 et 77.

⁵⁷ *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39 (« **Chagnon** »), par. 20 et 23.

⁵⁸ *Chagnon*, préc., note 57, par. 2, 25 et 27; *Power*, préc., note 9, par. 88.

⁵⁹ *Chagnon*, préc., note 57, par. 27; *Vaid*, préc., note 50, par. 41 à 46; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 381 à 385.

⁶⁰ *Power*, préc., note 9, par. 88.

⁶¹ *Vaid*, préc., note 50, par. 29(6); *Chagnon*, préc., note 57, par. 31; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 59, par. 387.

⁶² *Vaid*, préc., note 50, par. 29(8); *Chagnon*, préc., note 57, par. 32.

⁶³ *Chagnon*, préc., note 57, par. 29.

⁶⁴ *Chagnon*, préc., note 57, par. 42.

⁶⁵ *Vaid*, préc., note 50, par. 46; *Chagnon*, préc., note 57, par. 32.

une sphère d'activité de l'organe législatif [peut] relever du régime de droit commun du pays sans que cela nuise à la capacité de l'assemblée de s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles, l'immunité [n'est] pas nécessaire et le privilège revendiqué inexistant. »⁶⁶

[68] « [L]orsque 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 en tentant de les concilier. »⁶⁷ Cet exercice est nécessaire pour « que le privilège n'ait pas une portée plus large que nécessaire pour le bon fonctionnement de notre démocratie constitutionnelle »⁶⁸.

[69] On reconnaît, par exemple, que les débats parlementaires peuvent être utilisés à des fins d'interprétation législative, même s'il faut éviter de donner « plus de poids à des déclarations individuelles faites de manière spontanée qu'au texte adopté par le législateur dont on doit présumer que chaque mot a été choisi avec soin »⁶⁹.

[70] Les débats parlementaires sont généralement admissibles dans les dossiers constitutionnels afin d'aider le tribunal à déterminer le contexte et l'objet du texte,⁷⁰ bien que, là encore, leur poids et leur fiabilité sont limités⁷¹. En outre, « l'intention de certains députés n'est pas toujours la même que celle de l'ensemble du Parlement »⁷². « Les tribunaux doivent aborder avec une grande prudence les débats parlementaires, et reconnaître que le dossier regorgera souvent de déclarations contradictoires, que les personnes prenant la parole peuvent faire des erreurs par inadvertance en présentant un texte de loi ou en en parlant, et que prélever sélectivement des passages apparemment utiles du dossier est une mauvaise pratique. »⁷³

2.3 L'interaction entre le privilège parlementaire et l'évaluation du caractère « clairement inconstitutionnel » d'une loi

[71] Reste à savoir si les débats parlementaires peuvent être utilisés pour démontrer le caractère « clairement inconstitutionnel » d'une loi ou encore la mauvaise foi du Parlement.

[72] La réponse à cette question permettra de trancher l'objection du PGC à l'égard du privilège parlementaire ainsi que son opposition à la demande de modification de la procédure du Demandeur.

[73] De prime abord, on a vu qu'un tribunal qui décide de la constitutionnalité d'une loi peut faire référence aux débats pour déterminer, notamment, si celle-ci satisfait aux

⁶⁶ *Vaid*, préc., note 50, par. 29(5).

⁶⁷ *Chagnon*, préc., note 57, par. 28, citant avec approbation *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, préc., note 32, par. 69.

⁶⁸ *Chagnon*, préc., note 57, par. 28.

⁶⁹ *MédiaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, par. 37.

⁷⁰ *Power*, préc., note 9, par. 92; *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39, par. 88 à 90 et 96 à 99; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463, p. 484 et 485; *R. c. Whyte*, [1988] 2 RCS 3, p. 21 et 25; *R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 RCS 713, par. 62 et s.

⁷¹ *R. c. Morgentaler*, préc., note 70, p. 484.

⁷² *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788.

⁷³ *Renvoi relatif à la Loi sur l'évaluation d'impact*, 2023 CSC 23, par. 89.

critères de l'article premier de la *Charte*. Si la référence aux débats est permise pour déterminer si la loi est « inconstitutionnelle », il semble plutôt incongru d'interdire toute référence aux débats pour juger du caractère « clairement inconstitutionnel » de la loi. Conclure autrement placerait le tribunal dans une position délicate s'il avait à trancher à la fois une demande d'inconstitutionnalité en vertu de l'article 52 de la *Charte* et une demande de réparation sous l'article 24(1). Le tribunal pourrait faire référence aux débats pour statuer sur la constitutionnalité dans le cadre de son analyse sous l'article 1 de la *Charte* mais devrait ignorer la preuve analysée dans le cadre de son analyse du caractère clairement inconstitutionnel en vertu de l'article 24(1). Le Tribunal ne peut souscrire à cette position.

[74] Les débats sont parfois utilisés pour évaluer la bonne foi, un aveuglement volontaire ou l'insouciance grave du législateur⁷⁴.

[75] Notons qu'en 2023, la Cour suprême observait que les débats parlementaires pourraient être invoqués pour démontrer que le Parlement était au courant des effets indésirables d'une loi⁷⁵. Dans *Brazeau*⁷⁶, la Cour d'appel de l'Ontario s'est appuyée sur des mémoires et des rapports gouvernementaux pour examiner une action en dommages-intérêts intentés en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*.

[76] Dans *Power*, certains juges dissidents faisaient valoir que l'immunité de l'État devait être absolue, puisqu'une immunité restreinte risquerait inévitablement d'empiéter sur le privilège parlementaire de la liberté de parole.

[77] Or, la majorité rejette ce point de vue concluant plutôt qu'« [u]ne immunité restreinte permet de concilier l'importance du privilège parlementaire et la *Charte* en veillant à ce que le privilège n'ait pas une plus grande portée que ce qui est justifié pour assurer une démocratie constitutionnelle fonctionnelle »⁷⁷.

[78] La Cour observe que « les questions concernant l'admissibilité des déclarations parlementaires ne peuvent être tranchées dans l'abstrait »⁷⁸, mais elle concède cependant que « le privilège parlementaire peut empêcher les demandeurs de produire certains types d'éléments de preuve liés au processus législatif » (par exemple, d'assigner des députés à témoigner) et « limiter ainsi la capacité pratique du demandeur de satisfaire au seuil dans un cas donné »⁷⁹.

[79] Par ailleurs, la Cour rejette explicitement « la proposition du Canada que des catégories reconnues de privilège parlementaire s'étendent de manière à interdire la révision externe de toutes les étapes du processus législatif, ainsi que de tous les discours et les actes des représentants et ministres du gouvernement liés à ce processus, y compris leurs motivations non verbalisées »⁸⁰.

⁷⁴ *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 3 et 38; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 63.

⁷⁵ *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2023 CSC 17, par. 117.

⁷⁶ *Brazeau v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONCA 184, par. 74 à 86.

⁷⁷ *Power*, préc., note 9, par. 89.

⁷⁸ *Power*, préc., note 9, par. 90.

⁷⁹ *Power*, préc., note 9, par. 91.

⁸⁰ *Power*, préc., note 9, par. 87.

[80] Elle note que « les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* pour l'adoption d'une loi inconstitutionnelle ne sont pas réclamés contre des membres individuels participant au processus législatif, mais plutôt contre l'État »⁸¹. Dès lors, « [l']action de M. Power ne met pas en jeu l'immunité personnelle des membres à l'égard des discours parlementaires. Elle n'entrave pas non plus le pouvoir du Parlement de contrôler ses propres débats et travaux, ni ne dicte la manière dont la fonction législative est exercée »⁸².

[81] Le recours à des sources extrinsèques (incluant les débats de la Chambre des communes et les témoignages devant les comités parlementaires) ne risque pas, dans le cas présent, de porter atteinte à la capacité des députés d'accomplir leur travail. L'objectif n'est pas de soulever la responsabilité individuelle des députés, mais bien de démontrer si les critères pour invoquer l'immunité restreinte du Parlement sont satisfaits.

[82] En outre, la Cour suprême souligne que « [l]es tribunaux ne minent pas de façon irrégulière le privilège parlementaire lorsque, dans l'exercice d'une fonction judiciaire légitime, ils examinent la preuve et se prononcent sur une revendication de privilège dans le contexte d'une action en dommages-intérêts »⁸³.

[83] D'ailleurs, dans certains arrêts qui se sont penchés sur une réparation sous l'article 24(1) de la *Charte*, on a fait référence aux débats parlementaires⁸⁴.

[84] C'est ce qui est demandé ici.

[85] Pour ces motifs, le Tribunal rejette l'opposition du PGC à la demande introductive d'instance modifiée et rejette son objection fondée sur le privilège parlementaire.

[86] Le Tribunal note, par ailleurs, que cette question n'est pas déterminante ici.

[87] Tant les documents visés par l'objection fondée sur le privilège parlementaire que les autres éléments de preuve produits au dossier mènent à la même conclusion : la *Loi de 1985* n'était pas clairement inconstitutionnelle au moment de son adoption et le Parlement n'a pas agi de mauvaise foi ou abusé de son pouvoir législatif lorsqu'il a adopté la loi.

3. Discussion

[88] En plaidoirie, le PGC a avancé que l'article 9 de la *Loi de 2010* n'avait pas pour objet d'accorder au gouvernement plus de protection que celle reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Power*. Le Tribunal souscrit à ce point de vue.

[89] Dans les circonstances, le présent jugement traitera de la défense d'immunité sans égard à l'article 9 de la *Loi de 2010* sous réserve de l'argument du Demandeur

⁸¹ *Power*, préc., note 9, par. 85.

⁸² *Power*, préc., note 9, par. 86.

⁸³ *Power*, préc., note 9, par. 92.

⁸⁴ *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction) c. Procureur général du Québec*, préc., note 39, par. 417.

(discuté plus bas⁸⁵) voulant que la présence d'une telle clause confirme que le Parlement était conscient en 2010 du caractère clairement inconstitutionnel de la *Loi de 1985*.

3.1 La *Loi de 1985* n'était pas « clairement inconstitutionnelle » au moment de son adoption

3.1.1 Contexte législatif

i) *La Loi sur les Indiens avant 1985*

[90] Comme mentionné, peu de temps après la Confédération, il est déjà prévu que les femmes qui épousent un Indien acquièrent ce statut, lequel est également transmis à leurs enfants⁸⁶. Dès 1869, on établit qu'une femme Indienne qui épouse un non-Indien perd son statut⁸⁷. Cette législation traduisait la vision des sociétés coloniales à l'égard des femmes⁸⁸, une vision en profond décalage avec les façons dont les Premières Nations définissaient l'appartenance⁸⁹.

[91] Les modifications législatives ultérieures maintiendront cette injustice jusqu'en 1985⁹⁰. Elles confirment en outre que l'enfant d'une femme qui a perdu son statut en raison d'un mariage à un non-Indien n'est pas un Indien. Au contraire, l'enfant d'un Indien ayant épousé une non-Indienne est un Indien.

[92] En 1951, la *Loi sur les Indiens* subit une révision majeure. On instaure le registre des Indiens, où est consigné le nom de chaque personne ayant le droit d'être inscrite comme Indien en vertu de la loi⁹¹. Le terme « Indien » désigne « une personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d'Indien ou a droit de l'être »⁹². L'article 11 établit les critères pour être inscrit alors que l'article 12 définit les critères d'exclusion. Le paragraphe 11(f) maintient le droit d'inscription à « l'épouse ou la veuve d'une personne ayant le droit d'être inscrite [...] ». Le sous-paragraphe 12(1)b) reprend la règle d'exclusion par mariage pour toute femme qui a épousé un non-Indien. Les enfants acquièrent le statut d'Indien seulement si leur père est Indien⁹³. Lorsqu'un Indien épouse une femme non-Indienne, tout enfant issu de cette union est considéré comme Indien.

[93] À partir de 1951 toutefois, lorsque la grand-mère paternelle d'un enfant Indien est elle-même non-Indienne avant le mariage, l'enfant perd son statut d'Indien à l'âge de 21

⁸⁵ Par. [231] et suivants du présent jugement.

⁸⁶ *Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres de Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42, art. 15.

⁸⁷ *Acte pourvoyant l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6, art. 6.

⁸⁸ Shelagh DAY, « The Charter and Family Law », dans Sloss ed., dir., *Family in Canada: New Directions* (Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1985), p. 28.

⁸⁹ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 86.

⁹⁰ *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, L.R.C., 1876, c. 18, art. 3; *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, par. 2(d) et 14.

⁹¹ *Loi sur les Indiens*, L.C. 1951, c. 29, art. 5 (la « *Loi de 1951* »).

⁹² *Loi de 1951*, art. 2(1)g).

⁹³ *Loi de 1951*, art. 11(d).

ans⁹⁴. Cette disposition, connue sous le nom de règle de la double filiation maternelle (« *double mother rule* »), restreint partiellement la transmission du statut par la lignée paternelle, dans les cas où deux générations consécutives d'hommes Indiens épousent des femmes non-Indiennes. La *Loi de 1951* prévoit cependant la possibilité pour une bande de demander que cette règle ne s'applique pas à ses membres⁹⁵.

[94] Des refontes de la *Loi sur les Indiens* ont eu lieu en 1952⁹⁶ et en 1970⁹⁷, mais elles n'ont pas d'impact sur les questions en litige.

[95] Ainsi, aux fins des présentes, il faut retenir que la législation qui précède l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte* (et la *Loi de 1985*) comporte trois caractéristiques importantes :

- 95.1. Premièrement, une femme perd son statut d'Indienne si elle épouse un non-Indien. En revanche, un Indien conserve son statut s'il épouse une non-Indienne et son épouse acquiert également ce statut.
- 95.2. Deuxièmement, un enfant né d'un mariage entre un Indien et une non-Indienne n'est Indien que si son père est Indien. Les règles applicables aux enfants illégitimes sont plus complexes, mais ne sont pas pertinentes au présent débat.
- 95.3. Enfin, à partir de 1951, lorsqu'un Indien épouse une femme non-Indienne, tout enfant issu de cette union obtient le statut d'Indien. Toutefois, si la mère de l'Indien était également non-Indienne avant le mariage, l'enfant perd son statut d'Indien à l'âge de 21 ans, conformément à la règle de la double filiation maternelle.

ii) Les événements ayant mené à la Loi de 1985

[96] Comme le souligne la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *McIvor*, les dispositions légales conférant le statut d'Indien, étaient, dès le départ, incompatibles avec les traditions Autochtones de plusieurs Premières Nations. À la fin du XX^e siècle, elles contreviennent également aux normes sociales plus générales. Entre autres, l'idée selon laquelle les femmes n'ont pas d'identité personnelle distincte de celle de leur mari apparaît clairement choquante. De plus, les difficultés personnelles vécues par de nombreuses femmes Indiennes lorsqu'elles perdent leur statut d'Indienne et leur appartenance à une bande deviennent plus apparentes. Certaines Premières Nations s'opposent également à la règle de la double filiation maternelle, estimant que les personnes ayant une ascendance Indienne et élevées dans une culture Autochtone doivent conserver leur statut même si elles n'ont qu'un seul grand-parent d'origine Indienne⁹⁸.

⁹⁴ *Loi de 1951*, art. 12(1)a) iv).

⁹⁵ *Loi de 1951*, art. 4(2).

⁹⁶ *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149, art. 4(2), 12(1) a) iv) et 12(1)b).

⁹⁷ *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 4(2), 12(1) a) iv) et 12(1)b).

⁹⁸ *McIvor*, préc., note 4, par. 24.

[97] Dans les années 1960, le gouvernement fédéral veut repenser la politique envers les Peuples Autochtones (principalement les Premières Nations dites « Indiens »). Estimant que la *Loi sur les Indiens* crée une séparation et des inégalités qui maintiennent les Peuples Autochtones dans une situation défavorisée, il publie le « Livre blanc »⁹⁹ qui propose d'éliminer toute distinction en abolissant la loi et, par le fait même, le statut juridique réservé aux Indiens.

[98] La réponse fut extrêmement négative, le Livre blanc étant perçu comme une tentative d'assimilation forcée et de suppression de l'identité, des droits collectifs et des traités anciens des Autochtones.

[99] En réponse au livre blanc, des dirigeants Autochtones rédigent le *Red Paper (Citizens Plus)*¹⁰⁰ (le « **Livre rouge** ») qui rejette le Livre blanc et affirme le droit à l'autodétermination des Premières Nations. Le Livre rouge fait valoir que les membres des Peuples Autochtones sont des « citoyens plus ». Ils sont citoyens canadiens à part entière et en plus, ils possèdent des droits additionnels issus : i) de traités; ii) de leur statut de Peuples Autochtones distincts; et iii) de leur présence antérieure à la création du Canada.

[100] La mobilisation stimulée par cette controverse contribue à renforcer les mouvements Autochtones.

[101] Deux de ces mouvements sont particulièrement pertinents à notre analyse.

[102] Un premier mouvement émerge pour demander l'éradication des différences de traitement entre les hommes et les femmes relativement à la détermination du statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[103] En parallèle, un second mouvement réclame des pouvoirs accrus d'autonomie gouvernementale pour les bandes, incluant quant à la détermination du statut d'Indien. Pour les adeptes de ce mouvement, les Autochtones n'ont jamais renoncé à leur droit de définir eux-mêmes qui pouvait être membre de leur bande. Selon eux, il n'appartenait pas au gouvernement fédéral de décider des conditions d'appartenance à une bande ou du statut d'Indien, même dans le but d'effectuer des réformes bien intentionnées ou nécessaires.

[104] La question divise les leaders Autochtones puisque les deux mouvements peuvent mener à des solutions contradictoires.

[105] Illustrant le premier mouvement, au début des années 1970, mesdames Yvonne Bédard et Jeanne Corbière Lavell invoquent leur droit à « l'égalité devant la loi » en vertu de l'article 1(b) de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁰¹ pour invalider l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*.

⁹⁹ Canada, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, « *Statement of the Government of Canada on Indian Policy* », (« *The White Paper* »), Ottawa, Gouvernement du Canada, 1969, pièce D-7.

¹⁰⁰ Indian Association of Alberta, *Citizens Plus*, (« *The Red Paper* »), Edmonton, Indian Association of Alberta, 1970, pièce D-8.

¹⁰¹ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

[106] Madame Lavell, née Jeannette Vivian Corbière, était membre de la bande d'Indiens Wikwemikong et inscrite au registre des Indiens. Après avoir épousé un non-Indien, son nom fut rayé du registre des Indiens.

[107] Madame Bédard, née de parents Indiens dans la réserve des Six Nations a épousé un non-Indien. À la suite de leur séparation, elle est retournée vivre dans la réserve, sur une propriété pour laquelle sa mère détenait un certificat de possession. Cette propriété lui avait été léguée par testament, lequel avait été approuvé par le Conseil des Six Nations ainsi que par le Ministère conformément à la *Loi sur les Indiens*. Le Conseil a toutefois exigé qu'elle se départisse de la propriété et qu'elle quitte la réserve.

[108] Les deux plaignantes avaient eu gain de cause devant les tribunaux inférieurs, mais, en 1973, la Cour suprême du Canada accueille l'appel du PGC¹⁰². La majorité conclut que l'égalité devant la loi en vertu de la *Déclaration des droits* signifie égalité de traitement dans l'application des lois du Canada et l'interprétation et l'application de l'alinéa b) du paragraphe (1) de l'article 12 ne comporte nécessairement aucune telle inégalité¹⁰³.

[109] En 1970, la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada recommandait que la *Loi sur les Indiens* soit modifiée afin de permettre à une femme Indienne qui épouse un non-Indien : (a) de conserver son statut d'Indienne; et (b) de transmettre son statut d'Indienne à ses enfants¹⁰⁴.

[110] En juin 1979, les Canadiens élisent un nouveau gouvernement.

[111] Certains groupes d'intérêts en profitent pour faire entendre leur point de vue. Les revendications insistent sur l'élimination de la discrimination envers les femmes et l'obtention de pouvoirs des conseils relativement au statut d'Indien. Plusieurs soulèvent aussi des inquiétudes à l'égard d'une augmentation substantielle du nombre de personnes pouvant bénéficier du statut compte tenu des ressources disponibles au niveau des conseils de bandes¹⁰⁵. L'on remarque que les traditions des Peuples Autochtones valorisent les droits collectifs plutôt que les droits individuels et on avise qu'en isolant les droits individuels des droits collectifs, on risque de s'engager dans une voie encore plus discriminatoire.

[112] Le ministre des Affaires Indiennes annonce aux chefs Autochtones son intention de poursuivre les efforts pour réformer la *Loi sur les Indiens*¹⁰⁶. Cette réforme sera guidée par cinq principes qui reviendront souvent dans les années à venir. Deux de ces principes font écho aux mouvements soulignés plus haut :

¹⁰² *P.G. du Canada c. Corbiere Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

¹⁰³ *P.G. du Canada c. Corbiere Lavell*, préc., note 102, p. 1364 à 1366.

¹⁰⁴ Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, 28 septembre 1970, recommandation n°106, pièce D-9.

¹⁰⁵ National Committee Indian Rights for Indian Women, *Soumission*, 1^{er} juillet 1979, pièce D-30; Noël STARBLANKET, chef et président du *National Indian Brotherhood*, *Discours*, 18 juillet 1979, pièce D-32.

¹⁰⁶ Jake EPP, ministre, *Lettre aux Chefs*, 27 juillet 1979, pièce D-34, citée dans *Mclvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, 2007 BCSC 827, par. 57.

1) the need to recognize Indian self-government and to develop a legislative base upon which bands, which choose to do so, can exercise responsibility for their own social, economic, cultural and political development;

[...]

4) discrimination within the Act against Indian women should be eliminated;

[...]

[113] Le ministre demande aux chefs de commenter ces principes.

[114] Malgré un nouveau changement de gouvernement en février 1980, la révision de la *Loi sur les Indiens* demeure une priorité. Les commentaires de l'époque traduisent une préoccupation de trouver un compromis entre les différents principes en cause, notamment, l'élimination de la discrimination et l'octroi de pouvoirs accrus aux conseils de bandes¹⁰⁷. À titre d'exemple, dans une allocution aux leaders Autochtones en avril 1980, le premier ministre Trudeau mentionne :

When we address the subject of amending the Indian Act, one problem poses a real dilemma for the government. What should be done with those sections which deprive Indian women of status if they marry non-Indians?

The government made a commitment to remove that discriminatory provision from the Act. That commitment has generated controversy among Indians, some of whom believe band councils should be free to decide who has status and who has not.

*I hope we can soon reach an agreement which will respect the rights of both Indian women and band councils*¹⁰⁸.

[115] En 1981, alors que les démarches gouvernementales visant à modifier la *Loi sur les Indiens* sont en cours, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies statue dans l'affaire de madame Sandra Lovelace. Madame Lovelace avait perdu son statut d'Indienne en 1970 en épousant un non-Indien. Alors que son mariage a pris fin, elle souhaite retourner vivre dans la réserve. Le conseil de bande refuse parce qu'elle n'a plus le statut d'Indienne. Le Comité juge que ce refus est déraisonnable et que les effets persistants de la perte de statut en vertu de l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* constituent une violation à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰⁹.

[116] La *Charte* entre en vigueur le 17 avril 1982. Cependant, l'article 15 prend effet trois ans plus tard, soit le 17 avril 1985,¹¹⁰ afin de laisser du temps aux gouvernements de

¹⁰⁷ John MUNRO, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Notes de discours prononcé à la National Brotherhood Conference of all Chiefs and Elders*, Ottawa, 28 avril et 1^{er} mai 1980, pièce D-39.

¹⁰⁸ Pierre TRUDEAU, premier ministre du Canada, *Bulletin adressé à la National Conference of Indian Chiefs and Elders*, Ottawa, 9 avril 1980, pièce D-40, p. 12, cité dans *Mclvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, préc., note 106, par. 59.

¹⁰⁹ *Lovelace c. Canada*, Comité des droits de l'homme des Nations Unies, comm. n° 24/1977, constatations du 30 juillet 1981, doc. ONU CCPR/C/13/D/24/1977, pièce D-48.

¹¹⁰ *Charte*, art. 32(2).

s'assurer que leurs lois sont compatibles avec le droit à l'égalité. L'entrée en vigueur anticipée de l'article 15 de la *Charte* le 17 avril 1985 donne un sentiment d'urgence à la nécessité de modifier la loi, puisque tous reconnaissent le caractère discriminatoire du régime alors en vigueur.

[117] Le 15 juillet 1982, le ministre Munro propose de former un comité parlementaire pour tenir des audiences et recevoir des mémoires des Indiens et autres groupes d'intérêts¹¹¹. Le 4 août 1982, la Chambre des communes entérine la recommandation¹¹².

[118] Ce Comité permanent crée lui-même un Sous-comité sur les femmes Indiennes et la *Loi sur les Indiens*, lequel entend le ministre ainsi que 41 témoins représentant 27 groupes¹¹³. Le rapport du sous-comité est déposé à la Chambre des communes le 21 septembre 1982¹¹⁴. Le rapport note les inquiétudes rapportées par certains groupes Autochtones quant à une reconnaissance rétroactive de personnes qui ne sont plus en contact avec leur communauté :

The Assembly of First Nations said that by concentrating upon the discrimination in the Indian Act against individual Indian women, there was the danger that remedies might be damaging to internationally recognized collective rights:

*"Under international standards the collective rights under civil and political rights is recognized... all we are saying is that if you deal with the individual right in isolation of the collective right, part of the collective right being the right for men and women to form their own government and to determine their own policy on citizenship questions, that is part of the civil and political right issue that we are talking about under international standards. So you are taking away from it. By dealing with the one issue on a sex basis, you are discriminating against all Indians, never mind women, under those standards you are citing to me now."*¹¹⁵

[...]

*"That brings me to my other point. As Indian people, we cannot afford to deal with individual rights overriding collective rights. Our societies have never been structured in that way, unlike yours, and that is where the clash comes as well with the Charter of Rights issue under the Constitution. If you isolate the individual rights from the collective rights, then you are heading down another path that is even more discriminatory."*¹¹⁶

¹¹¹ John MUNRO, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Mémoire*, Ottawa, 15 juillet 1982, pièce D-63.

¹¹² Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 32^e législature, 1^{re} session, 4 août 1982, pièce D-68.

¹¹³ Canada, *Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur les Femmes indiennes et la Loi sur les Indiens du Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, 32^e législature, 1^{re} session, 1^{er}, 8, 9, 10, 13 et 14 septembre 1982, pièces D-70, D-71, D-72, D-73, D-74; *Mclvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, préc., note 106, par. 66.

¹¹⁴ Canada, *Rapport du Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, 32^e législature, 1^{re} session, 21 septembre 1982 (incluant le *Rapport du Sous-comité sur les Femmes indiennes et la Loi sur les Indiens*), pièce D-76.

¹¹⁵ Pièce D-76, p. 15, cité dans *Mclvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, préc., note 106, par. 41.

¹¹⁶ Pièce D-76, p. 17.

[119] Certains groupes de femmes Autochtones plaidaient aussi en faveur du retrait rétroactif du statut d'Indien octroyé à des non-Indiennes par le fait du mariage à un Indien « ...when a white woman or a non-Indian woman marries an Indian man it does not make her an Indian »¹¹⁷.

[120] En septembre 1982, le Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens est formé. 60 audiences sont tenues commençant en novembre 1982¹¹⁸. Le Comité dépose son rapport (connu sous le nom de rapport Penner) le 3 novembre 1983.

iii) Le projet de loi C-31

[121] Le 18 juin 1984, le projet de loi C-47 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*) est déposé, mais il meurt au feuilleté suivant le déclenchement des élections¹¹⁹. Le projet de loi C-52 (*Loi relative à l'autonomie gouvernementale des nations indiennes*), déposé contemporanément au projet de loi C-47, subit le même sort¹²⁰.

[122] Dans le cadre des débats sur le projet de loi C-47, certaines représentantes Autochtones font valoir qu'« [e]n essayant d'amener l'égalité entre les sexes, le gouvernement provoquera un génocide culturel »¹²¹. Même si le reproche était formulé dans un contexte où la législation maintenait que le droit à l'enregistrement ou au statut était lié à l'appartenance à une bande et au droit de vivre dans une réserve (une position qui ne fut pas retenue dans le texte final), il reflète néanmoins la multitude de points de vue que le gouvernement devait considérer.

[123] Les propos suivants du ministre Monro à l'égard du projet de loi C-47 demeurent pertinents à l'analyse des propositions subséquentes :

L'obstacle qui a retardé la présentation de ce projet de loi est le même que celui auquel ont dû faire face le Sous-comité sur les droits des femmes indiennes et le Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens. Il s'agit d'un conflit entre deux idéaux très chers à plusieurs.

D'un côté, il y a le droit des femmes à jouir des mêmes droits que les hommes; de l'autre, il y a les bandes indiennes qui désirent avoir le droit de décider, sans

¹¹⁷ Pièce D-76, p. 19 et s.

¹¹⁸ Canada, Chambre des communes, *Minutes des audiences et rapport du Comité spécial sur l'autonomie gouvernementale des Indiens*, 32^e législature, 1^{re} session, 12 octobre 1983, pièce D-81 (liste des groupes rencontrés aux p. 186, 187 et 197).

¹¹⁹ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, première lecture du *Projet de loi C-47*, 32^e législature, 2^e session, 18 juin 1984, pièce D-122; Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 32^e législature, 2^e session, deuxième lecture du *Projet de loi C-47*, 22 au 29 juin 1984, pièce D-121; Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, 32^e législature, 2^e session, 26 au 28 juin 1984, pièces D-125, D-126 et D-130; Canada, Chambre des communes, *Projet de loi C-47*, 32^e législature, 2^e session, adopté le 29 juin 1984, pièce D-132.

¹²⁰ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, première lecture du *Projet de loi C-52*, 32^e législature, 2^e session, 27 juin 1984, pièce D-127; Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 32^e législature, 2^e session, 27 juin 1984, pièce D-131.

¹²¹ Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, 32^e législature, 2^e session, 28 juin 1984, pièce D-130, p. 19 :30, cité dans *Mclvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, préc., note 106, par. 44.

l'intervention de tiers, d'accorder ou de refuser l'appartenance à qui elles l'entendent. Il est reconnu que ce dernier point serait un pouvoir essentiel des gouvernements des Nations indiennes¹²².

[124] Le ministre affirme aussi les objectifs qui le guideront dans sa démarche :

Par son action visant à éliminer la discrimination en fonction du sexe, le gouvernement affirme: que personne ne devrait perdre ou gagner le statut ou l'appartenance à une bande par le mariage.

Que le Statut et l'appartenance à la bande ne devraient pas être déterminés en fonction du sexe;

Que personne ne devrait perdre son statut ou l'appartenance à la bande contre sa volonté;

Que les enfants issus d'union entre non-Indien et Indien (ce dernier ayant au moins un quart de sang indien), devraient jouir du statut et du droit d'appartenir à la même bande que celle du parent indien;

Que personne ne devrait perdre son statut par suite de ces modifications;

Que les conjoints non indiens, et ne faisant pas partie d'une bande, de même que les enfants, devraient avoir le droit de résider dans la même réserve que celle du parent indien¹²³.

[125] Un nouveau gouvernement est élu en septembre 1984. À l'automne 1984 et à l'hiver 1985, il reçoit de nouvelles représentations de groupes intéressés sur les modifications à apporter à la *Loi sur les Indiens*¹²⁴. Même si tous semblent en faveur de l'élimination de la discrimination, des réserves importantes sont toujours exprimées à l'égard d'une obligation de réintégration qui serait susceptible de compromettre la culture et les traditions Autochtones¹²⁵.

¹²² Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, 32^e législature, 2^e session, 26 juin 1984, pièce D-125, p. 17:9.

¹²³ Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, 32^e législature, 2^e session, 26 juin 1984, pièce D-125, p. 17:10.

¹²⁴ D. CROMARTY, grand chef de la *Nishnawbe-Aski Nation*, *Lettre et mémoire adressés à David Crombie*, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 7 septembre 1984, pièces D-150 et D-151; C. HOSEK, présidente du *National Action Committee on the Status of Women*, *Lettres adressées à David Crombie*, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 22 novembre 1984 et 21 janvier 1985, pièces D-153 et D-174; E. HENDRY, président(e) par intérim du *Canadian Advisory Council on the Status of Women*, *Lettre adressée à David Crombie*, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 7 décembre 1984, pièce D-158; Coalition of Aboriginal Women, *Proposition adressée au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, 28 janvier 1985, pièce D-186; W. TWINN, chef du *Sawridge Group of Companies*, *Lettre à Brian Mulroney*, premier ministre du Canada, 6 février 1985, pièce D-198.

¹²⁵ Pièce D-150, p. 1 : « The Nishnawbe-Aski Nation is very concerned that the Government of Canada in repealing the discriminatory aspects of the *Indian Act* must not go beyond and intrude upon the rights of the Nishnawbe-Aski Nation. [...] To protect its culture and traditions, it must be recognized that each band has the right to determine who its members are. The question of how to deal with re-instated

[126] Le projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*) est présenté en première lecture le 28 février 1985¹²⁶ et en deuxième lecture le 1^{er} mars 1985¹²⁷.

[127] Présentant le projet de loi en deuxième lecture, le ministre Crombie énonce les principes sur lesquels repose le projet de loi C-31, lesquels font écho à ceux exprimés par le ministre Monro :

The first principle is that discrimination based on sex should be removed from the Indian Act.

The second principle is that status under the Indian Act and band membership will be restored to those whose status and band membership were lost as a result of discrimination in the Indian Act.

The third principle is that no one should gain or lose their status as a result of marriage.

The fourth principle is that persons who have acquired rights should not lose those rights.

*The fifth principle is that Indian First Nations which desire to do so will be able to determine their own membership*¹²⁸.

[128] Reconnaissant que la solution proposée demeure un compromis qui ne satisfera pas tout le monde, il poursuit :

This legislation achieves balance and rests comfortably and fairly on the principle that those persons who lost status and membership should have their status and membership restored. While there are some who would draw the line there, in my view fairness also demands that the first-generation descendants of those who were wronged by discriminatory legislation should have status under the Indian Act so that they will be eligible for individual benefits provided by the federal Government.

[...]

While there may be other ways to reach these objectives. I have to reassert what is unshakeable for this Government with respect to this Bill. First, it must include removal of discriminatory provisions in the Indian Act; second, it must include the restoration of status and membership to those who lost status and membership as a result of those discriminatory provisions; and third, it must ensure that Indian First Nations who wish to do so can control their own membership. Those are the three principles which allow us to find balance and fairness and to proceed confidently in the face of any disappointment which may be expressed by persons

people and first-time registered people will be a difficult one. »; Pièce D-198, p. 5 : « To reinstate unilaterally is to open pandora's box. Legally there is no requirement to do so. »

¹²⁶ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, première lecture du projet de loi C-31, 33^e législature, 1^{re} session, 28 février 1985, pièce D-208.

¹²⁷ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, deuxième lecture du projet de loi C-31, 33^e législature, 1^{re} session, 1^{er} mars 1985, pièce D-216.

¹²⁸ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, deuxième lecture du projet de loi C-31, 33^e législature, 1^{re} session, 1^{er} mars 1985, pièce D-216, p. 2645, cité dans *Mclvor*, préc., note 4, par. 31.

*or groups who were not able to accomplish 100 per cent of their own particular goals*¹²⁹.

[129] Le projet de loi C-31 est ensuite transmis par la Chambre des communes au Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien¹³⁰.

[130] Pendant sept semaines, le Comité permanent entend des représentations de plus de 35 groupes et personnes Autochtones¹³¹. Certains d'entre eux réitèrent leurs inquiétudes profondes en lien avec le maintien des droits acquis et la restitution du statut :

*34. If the Bill is not amended to permit high impact bands to avoid the consequences referred to above, they will be forced to defend their right of survival through the courts. We have been advised that they are likely to succeed. In its broadest concept, the Constitution, including the Charter of Rights and Freedoms, exists to guard against unjustifiable inequalities. In its efforts to grant equal protection of the law to the individual, the Bill overlooks the fact that the Charter also protects collective rights and freedoms, particularly where they impact upon cultural identity and survival. In rectifying injustices done to individuals (Indians who have been unjustly deprived of Indian status) the courts will not permit the rights of collectivities (the high impact bands) to be destroyed*¹³².

¹²⁹ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, deuxième lecture du projet de loi C-31, 33^e législature, 1^{re} session, 1^{er} mars 1985, pièce D-216, p. 2645 et 2646.

¹³⁰ Canada, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien concernant le projet de loi C-31*, 33^e législature, 1^{re} session, 7 mars 1985, pièce D-218.

¹³¹ Présentations, mémoires et documents déposés : Chef et conseil de la *Blood Tribe* (Alberta), *Présentations et mémoires*, 1^{er} mars 1985, pièce D-211; Ontario Metis and Non-Status Indian Association, *Présentations et mémoire*, 1^{er} mars 1985, pièce D-214; Native Council of Manitoba, *Document de position présenté au Comité permanent des affaires indienne et du Nord canadien de la Chambre des communes en réponse au projet de loi C-31*, 1^{er} mars 1985, pièce D-215; National Action Committee on the Status of Women, *Présentation au Comité permanent de la Chambre des communes sur le projet de loi C-31*, 13 mars 1985, pièce D-221; Assembly of First Nations, *Présentation au Comité permanent des affaires indiennes de la Chambre des communes concernant le projet de loi C-31*, 14 mars 1985, pièce D-226; Women of the Tobique Reserve, *Présentation*, 14 mars 1985, pièce D-227; Sarcee Nation, *Présentation*, 15 mars 1985, pièce D-228; Native Alliance of Quebec, *Présentation*, 19 mars 1985, pièce D-235; Members of the Treaty 8 Group of Indian Bands, *Présentations*, 25 mars 1985, pièces D-243 et D-245; Quebec Native Women's Association, *Présentation*, 26 mars 1985, pièce D-247; Mary EBERTS et Barbara SYMES, *Rapport préparé pour Indian Rights for Indian Women*, 26 mars 1985, pièce D-248; Committee on Indian Rights for Indian Women, *Présentation*, 26 mars 1985, pièce D-249; Professional Native Women's Association, *Présentation*, 26 mars 1985, pièce D-253; Muskegog Cree Council, *Présentation*, 27 mars 1985, pièce D-257; Native Women's Association of Canada, *Présentation*, 28 mars 1985, pièce D-261; Federation of Saskatchewan Indian Nations, *Présentation*, 28 mars 1985, pièce D-258, p. 28A; Canada, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien concernant le projet de loi C-31*, 33^e législature, 1^{re} session, 7 mars 1985, pièce D-218; 12 mars 1985, pièce D-220; 13 mars 1985, pièce D-223; 14 mars 1985, pièce D-225; 18 mars 1985, pièce D-232; 19 mars 1985, pièce D-233; 19 mars 1985, pièce D-236; 20 mars 1985, pièces D-238 et D-239; 21 mars 1985, pièce D-241; 25 mars 1985, pièce D-244; 26 mars 1985, pièces D-250 et D-251; 27 mars 1985, pièces D-254 et D-256; 28 mars 1985, pièces D-258 et D-259; 1^{er} avril 1985, pièce D-264; 17 avril 1985, pièce D-269; 18 avril 1985, pièce D-270; 22 avril 1985, pièce D-271; 23 avril 1985, pièce D-272; 24 avril 1985, pièce D-277; 25 avril 1985, pièce D-278.

¹³² Members of the Treaty 8 Group of Indian Bands, *Rapport présenté au Comité permanent des affaires indiennes et du Nord canadien de la Chambre des communes et au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 25 mars 1985, pièce D-243, par. 34.

[131] En parallèle, le projet de loi C-31 est soumis au Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles pour étude. Le Comité sénatorial tient des audiences les 14, 19, 20, 26, 27 et 28 mars, les 1^{er}, 2, 23 et 25 avril, ainsi que les 7 et 14 mai 1985¹³³.

[132] Le Comité permanent soumet son rapport sur le projet de loi C-31 à la Chambre des communes le 6 mai 1985¹³⁴. Le 10 juin 1985, la Chambre des communes commence l'étude du projet de loi C-31 avec les propositions d'amendements du Comité permanent¹³⁵. Le projet de loi C-31 est adopté par la Chambre des communes le 12 juin 1985¹³⁶.

[133] Après la troisième lecture à la Chambre des communes, le projet de loi C-31 est transmis au Sénat. Il reçoit sa première lecture le 13 juin 1985¹³⁷ et sa deuxième lecture le 17 juin 1985¹³⁸. Il est ensuite référé à nouveau au Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, qui tient trois jours d'audition additionnels¹³⁹ durant lesquels il entend huit groupes d'intérêts¹⁴⁰.

[134] Le projet de loi C-31 est adopté par le Sénat le 27 juin 1985¹⁴¹ et il reçoit la sanction royale le 28 juin 1985¹⁴².

iv) La Loi de 1985

[135] La *Loi de 1985* est adoptée avec une date d'entrée en vigueur rétroactive au 17 avril 1985 (prise d'effet de l'article 15 de la *Charte*)¹⁴³.

[136] Les modifications principales peuvent être résumées comme suit :

¹³³ Canada, *Débats du Sénat*, 33^e législature, 1^{re} session, 14 et 19 mars 1985, pièce D-234; 20 mars 1985, pièce D-240; 26 mars 1985, pièce D-252; 27 mars 1985, pièce D-255; 28 mars 1985, pièce D-260; 1^{er} avril 1985, pièce D-266; 2 avril 1985, pièce D-267; 23 avril 1985, pièce D-273; 25 avril, 7 mai et 14 mai 1985, pièce D-290.

¹³⁴ Canada, *Rapport du Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien à la Chambre des communes*, 6 mai 1985, pièce D-287.

¹³⁵ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 33^e législature, 1^{re} session, discussion relative au projet de loi C-31, 10 juin 1985, pièce D-296.

¹³⁶ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 33^e législature, 1^{re} session, discussion relative au projet de loi C-31, 12 juin 1985, pièce D-299; Projet de loi C-31, *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, 33^e législature, 1^{re} session, 1985, pièce D-297.

¹³⁷ Canada, *Débats du Sénat*, 33^e législature, 1^{re} session, 13 juin 1985, pièce D-301.

¹³⁸ Canada, *Débats du Sénat*, 33^e législature, 1^{re} session, 17 juin 1985, pièce D-304.

¹³⁹ Canada, *Procès-verbaux et témoignages du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 18 juin 1985, pièce D-312; 20 juin 1985, pièce D-317; 25 juin 1985, pièce D-324.

¹⁴⁰ E. DANIELS, directeur exécutif de la *Prairie Treaty Nations Alliance*, *Lettre*, 19 juin 1985, pièce D-314; Coalition of First Nations, *Télex*, 19 juin 1985, pièce D-315; L. BRUYERE, président du *Native Council of Canada*, *Lettre*, 19 juin 1985, pièce D-316; L. BRUYERE, président du *Native Council of Canada*, *Lettre*, 20 juin 1985, pièce D-319; Native Council of Canada, *Propositions d'amendements*, 20 juin 1985, pièce D-320; D. AHENAKEW, chef national de l'*Assembly of First Nations*, *Lettre*, 20 juin 1985, pièce D-321; B. COURTOIS, président du *Quebec Native Women's Association*, *Télex*, 20 juin 1985, pièce D-322; Hadassah Wizo Organization of Canada, *Télex*, 20 juin 1985, pièce D-323.

¹⁴¹ Canada, *Débats du Sénat*, troisième lecture, 33^e législature, 1^{re} session, 26 juin 1985, pièce D-325; Canada, *Débats du Sénat*, sanction royale, 33^e législature, 1^{re} session, 27 juin 1985, pièce D-330.

¹⁴² Canada, Sanction royale, *Débats de la Chambre des communes*, 28 juin 1985, pièce D-329.

¹⁴³ Art. 23 de la *Loi de 1985*.

- 136.1. Toute personne qui avait droit au statut d'Indien avant 1985 conserve ce droit (alinéa 6(1)a)), notamment les femmes non-Indiennes qui avaient obtenu le statut Indien par leur mariage avec un Indien.
- 136.2. La règle d'exclusion par mariage est abolie.
- 136.3. Les personnes qui avaient perdu leur statut ou à qui on avait refusé l'admissibilité au statut en raison de critères qui, avant 1985, reflétaient une discrimination fondée sur le sexe sont réintégrées. Par exemple :
 - Les femmes qui ont perdu leur statut d'Indienne en raison de la règle de l'exclusion par mariage peuvent récupérer leur statut en vertu de l'alinéa 6(1)c).
 - Les personnes qui ont perdu leur statut d'Indien en raison de la règle de la double filiation maternelle peuvent également récupérer leur statut en vertu de l'alinéa 6(1)c).

[137] La *Loi de 1985* établit de nouvelles catégories d'inscription aux termes des paragraphes 6(1) et 6(2). La différence entre les deux catégories réside dans la capacité de transmettre le droit à l'inscription à ses enfants :

- 137.1. Une personne peut être inscrite en vertu du paragraphe 6(1) si ses deux parents sont ou étaient inscrits ou avaient le droit de l'être en vertu de la *Loi*.
- 137.2. Si une personne inscrite en vertu du paragraphe 6(1) a un enfant avec une personne qui n'a pas le droit d'être inscrite (non-Indienne), l'enfant a le droit d'être inscrit en vertu du paragraphe 6(2).
- 137.3. Si une personne inscrite en vertu du paragraphe 6(2) a un enfant avec une personne qui n'a pas le droit d'être inscrite (non-Indienne), l'enfant n'a pas le droit d'être inscrit.

[138] Le paragraphe 6(2) introduit également la « règle de l'exclusion après la seconde génération ». Cette règle étend le statut d'Indien à une personne qui a un seul parent Indien, mais ne permet pas à cette personne de transmettre son statut à son enfant, sauf si cet enfant est issu d'une union avec un autre parent Indien.

[139] Cette restriction quant à la transmissibilité du statut au-delà de la deuxième génération touche la personne dont un seul parent est Indien (statut 6(2)), et non la personne dont les deux parents sont Indiens (statut 6(1)).

v) *Le problème*

[140] La présente action collective résulte du fait que la *Loi de 1985* :

- 140.1. Maintient le statut des femmes initialement non-Indiennes qui ont acquis un statut d'Indienne à la suite d'un mariage avec un Indien;

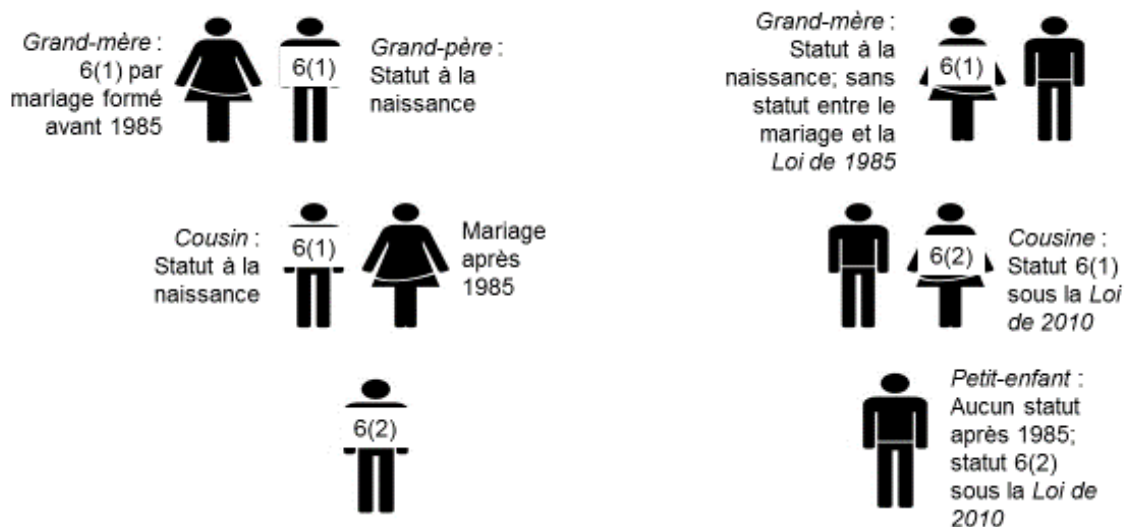
- 140.2. Rétablit le statut d'Indienne pour les femmes qui l'ont perdu en raison de leur mariage à un non-Indien (1^{re} génération) et leur reconnaît un statut d'Indienne selon l'alinéa 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens*;
- 140.3. Rétablit le statut des personnes qui ont perdu leur statut d'Indien en raison de la règle de la double filiation maternelle et leur reconnaît un statut d'Indien en vertu de l'alinéa 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens*;
- 140.4. Introduit la règle de l'exclusion après la seconde génération qui étend le statut d'Indien à une personne qui a un seul parent Indien, mais ne permet pas à cette personne de transmettre son statut à son enfant sauf si cet enfant est issu d'une union avec un autre parent Indien;
- 140.5. Ne va pas jusqu'à accorder le statut d'Indien à toutes les personnes dont un ancêtre avait perdu ce statut en vertu de dispositions discriminatoires antérieures.

[141] L'effet combiné de ces mesures fait en sorte que :

- 141.1. Les enfants (deuxième génération) des femmes qui récupèrent leur statut en vertu de la *Loi de 1985* obtiennent généralement un statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2). Ainsi, si ces enfants de deuxième génération ont eux-mêmes un enfant issu d'une union avec un non-Indien, leur enfant (troisième génération) ne pourra pas obtenir le statut d'Indien, puisque son parent détenant un statut d'Indien (deuxième génération) le détient en vertu du paragraphe 6(2) et non du paragraphe 6(1).
- 141.2. En revanche, les enfants (deuxième génération) des femmes qui ont acquis un statut d'Indienne en mariant un homme Indien avant la *Loi de 1985* ont droit au statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1). En effet, ces enfants sont considérés comme ayant deux parents Indiens. Ainsi, si à leur tour, ces enfants de deuxième génération ont un enfant issu d'une union avec un non-Indien, ces derniers (troisième génération) ne seront pas privés d'un statut d'Indien. Ils recevront plutôt un statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2) puisque leur parent détenant un statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1).

[142] En somme, en vertu de la *Loi de 1985*, l'enfant de la troisième génération n'aura pas le statut d'Indien si, avant l'entrée en vigueur des amendements, sa grand-mère Indienne a marié un non-Indien; alors qu'il aura le statut d'Indien si son grand-père Indien a marié une non-Indienne.

[143] Ce problème est illustré par le schéma suivant qui se trouve au plan d'argumentation de FAQ au soutien de sa demande d'intervention :



[144] La grand-mère du Demandeur, madame Marie-Louise Tienis (Genis) Gagné, a perdu son statut d'Indienne parce qu'elle s'est mariée avec un non-Indien. Elle est redevenue admissible au statut d'Indien après le 17 avril 1985 en vertu de l'article 6(1)(c) de la *Loi de 1985*.

[145] La mère du Demandeur, madame Thérèse Sarrazin (née Gagné), a obtenu le statut d'Indienne conformément à l'article 6(2) en raison du statut nouvellement retrouvé par sa propre mère.

[146] Avant l'adoption de la *Loi de 2010*, le statut 6(2) dont bénéficiait madame Thérèse Sarrazin n'était pas transmissible à ses enfants, dont le Demandeur, monsieur Denis Sarrazin. Celui-ci s'est donc vu refuser le statut d'Indien lors de sa première demande. Il n'a obtenu son statut qu'en 2012, après l'adoption de la *Loi de 2010*.

[147] En conséquence, le Demandeur soutient qu'il a été privé des avantages auxquels il aurait eu droit en tant qu'Indien inscrit tant au cours de ses études que dans sa carrière, d'où sa demande d'autorisation d'exercer une action collective.

3.1.2 L'arrêt *Mclvor*

[148] Madame Sharon Donna Mclvor est née le 9 octobre 1948. Sa mère n'a pas le statut d'Indienne parce qu'elle est née d'un père non-Indien. Elle épouse monsieur Charles Terry Grismer (un non-Indien) le 14 février 1970. En épousant un non-Indien, madame Mclvor perd le droit d'être inscrite au registre des Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[149] Monsieur Charles Jacob Grismer (« **Jacob** »), né le 3 juin 1971, est le fils de madame Sharon Mclvor et de monsieur Charles Terry Grismer.

[150] Le 25 septembre 1985, soit après l'entrée en vigueur de la *Loi de 1985*, madame Mclvor présente une demande visant son inscription et celle de son fils Jacob à titre Indiens en vertu du paragraphe 6(1) de cette loi.

[151] Le registraire permet l'inscription de madame Mclvor sous l'article 6(2) de la *Loi de 1985*. Il conclut que la mère de madame Mclvor n'avait pas droit au statut d'Indienne à sa naissance, mais qu'elle a retrouvé son droit d'inscription en vertu de la *Loi de 1985*. Puisque le père de madame Mclvor n'est pas Indien, madame Mclvor a droit à un statut sous l'article 6(2). Ce statut n'est pas transmissible à ses enfants à moins que l'autre parent ait un statut en vertu de l'article 6(1). Puisque le père de Jacob n'a pas le statut d'Indien, le registraire refuse d'inscrire ce dernier au registre.

[152] Madame Mclvor et Jacob intentent donc un recours soutenant que les dispositions de la *Loi de 1985* contreviennent à la *Charte* au motif qu'elles discriminent en fonction du sexe et de l'état civil. Essentiellement, madame Mclvor fait valoir qu'elle devrait avoir le droit de transmettre le statut d'Indien à ses enfants, même si son père n'était pas Indien et que son mari n'est pas Indien. En bref, bien que les dispositions législatives soient complexes, la plainte dans le dossier *Mclvor* repose essentiellement sur le fait que les enfants de monsieur Grismer auraient le statut d'Indien si celui-ci leur avait été transmis par leur père plutôt que par leur mère.

[153] Le PGC conteste. Il affirme que :

- 153.1. Le régime instauré par la *Loi de 1985* est non discriminatoire pour l'avenir. La différence de traitement qui demeure après l'adoption de la loi résulte uniquement d'événements survenus avant l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte* (dans ce cas-ci du mariage de madame Mclvor avec un non-Indien) et de la volonté du gouvernement de conserver les droits acquis (pour les femmes qui ont acquis un statut avant 1985 en mariant un Indien). Comme la *Charte* n'a pas d'application rétroactive, il soutient que les plaignants ne peuvent invoquer l'article 15 pour faire valoir leur demande.
- 153.2. Il n'existe aucune discrimination ni quant à l'intention ni quant aux effets, et l'application d'un groupe de comparaison approprié démontre clairement que les plaignants n'ont pas été privés d'aucun avantage accordé à d'autres.
- 153.3. À titre subsidiaire, si la *Loi de 1985* est considérée comme étant discriminatoire, elle doit néanmoins être déclarée valide, puisqu'elle constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique (article 1 de la *Charte*).

[154] Madame Mclvor et Jacob ont gain de cause en première instance.

[155] La Cour d'appel rejette l'appel, mais sur une base « beaucoup plus restreinte que celle retenue par la juge de première instance »¹⁴⁴.

[156] Certaines des conclusions de la Cour d'appel sont importantes pour évaluer le caractère « clairement inconstitutionnel » de la *Loi de 1985*.

¹⁴⁴ *Mclvor*, préc., note 4, par. 154.

[157] D'une part, la Cour souligne qu'il ne fait guère de doute que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui existaient avant les modifications de la *Loi de 1985* auraient violé l'article 15 de la *Charte* si elles étaient demeurées en vigueur après le 17 avril 1985¹⁴⁵.

[158] Elle note également que le système mis en place à compter de la *Loi de 1985* ne fait aucune distinction fondée sur le sexe. Depuis le 17 avril 1985, nul ne peut acquérir ou perdre son statut d'Indien en raison d'un mariage. L'enfant de deux Indiens est Indien. L'enfant dont l'un des parents est Indien et l'autre non-Indien a droit au statut, à moins que le parent Indien n'ait lui-même eu un parent non-Indien. En résumé, la *Loi de 1985* supprime les distinctions entre les hommes et les femmes en ce qui concerne leurs droits au statut lors du mariage et leurs droits de transmettre ce statut à leurs enfants et petits-enfants¹⁴⁶.

[159] Ainsi, si les dispositions de la *Loi de 1985* avaient toujours existé, on ne pourrait prétendre que le régime est discriminatoire et fondé sur le sexe. Selon la Cour d'appel, la difficulté réside dans la transition entre un régime discriminatoire fondé sur le sexe et un régime qui ne l'est pas¹⁴⁷.

[160] La Cour d'appel confirme que la *Loi de 1985* n'a été promulguée qu'après de nombreuses consultations et qu'elle représente une tentative sincère d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe :

*[10] The 1985 legislation was enacted only after extensive consultation. It represents a bona fide attempt to eliminate discrimination on the basis of sex*¹⁴⁸.

[161] Pour la Cour d'appel, la bonne foi du gouvernement ne peut pas être sérieusement mise en cause :

*[124] [...] It cannot be seriously suggested that the government acted other than in good faith in enacting legislation in pursuit of these objectives*¹⁴⁹.

[162] Bien que la Cour d'appel rejette les arguments du PGC, la décision fait une analyse détaillée de chacun des arguments démontrant qu'aucun des arguments n'était considéré comme étant frivole. La décision de la Cour d'appel comporte 166 paragraphes, celle de première instance en comportait 351.

¹⁴⁵ *Mclvor*, préc., note 4, par. 9.

¹⁴⁶ *Mclvor*, préc., note 4, par. 8.

¹⁴⁷ *Mclvor*, préc., note 4, par. 9 : « *Equally, it is clear that if the current provisions had always been in existence, there could be no claim that the regime discriminates on the basis of sex. The difficulty lies in the transition between a regime that discriminated on the basis of sex and one that does not.* ») et par. 60 (« *It is, however, the overlay of the 1985 amendments on the previous legislation that accounts for the bulk of the differential treatment that the plaintiffs complain about.* »).

¹⁴⁸ *Mclvor*, préc., note 4, par. 10.

¹⁴⁹ *Mclvor*, préc., note 4, par. 24.

[163] D'abord, s'appuyant sur un arrêt de la Cour suprême rendu en 1997¹⁵⁰, la Cour d'appel rejette l'argument du PGC relativement à l'application rétroactive de la loi. Elle note cependant que la question n'est pas simple¹⁵¹. D'ailleurs, un argument semblable avait été retenu dans l'affaire *Edwards Books*¹⁵², l'une des premières décisions rendues en matière de droit à l'égalité.

[164] Elle fait ensuite l'analyse détaillée de l'évolution de l'interprétation législative du droit à l'égalité de 1985 à 2009¹⁵³ tout en mettant l'emphasis sur la décision alors récente de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kapp*¹⁵⁴ qui raffine encore une fois le test applicable. La Cour d'appel conclut au caractère discriminatoire de la *Loi de 1985* en ce que la législation « fait écho » à une discrimination historique. La Cour observe que la loi contribue à perpétuer, au moins dans une certaine mesure (« *at least in a small way* »), les attitudes discriminatoires du passé¹⁵⁵.

[165] Néanmoins, cette conclusion repose sur l'effet combiné des dispositions qui, prises ensemble, produisent une inégalité de traitement. C'est la structure globale du régime transitoire qui accorde un traitement avantageux aux personnes auparavant visées par la règle de double filiation maternelle qui entraîne une discrimination résiduelle.

[166] Finalement, la Cour d'appel se penche sur le caractère potentiellement justifié de la discrimination en vertu de l'article 1 de la *Charte*, en appliquant les critères de l'arrêt *Oakes*¹⁵⁶, tel que reformulés dans l'arrêt *Hislop*¹⁵⁷ :

- 166.1. L'objectif de la loi est-il urgent et réel?
- 166.2. Existe-t-il un lien rationnel entre la loi et son objectif?
- 166.3. La loi constitue-t-elle une atteinte minimale au droit ou à la liberté en cause que garantit la Charte?
- 166.4. Les effets préjudiciables de la violation de la Charte l'emportent-ils sur les effets bénéfiques de la loi?

[167] Sur ces questions, le PGC faillit, mais de peu.

[168] D'une part, la Cour accepte que les objectifs du gouvernement (mentionnées au paragraphe [126], ci-haut) étaient urgents et réels¹⁵⁸.

¹⁵⁰ *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 RCS 358.

¹⁵¹ *Mclvor*, préc., note 4, par. 49 : « *Unfortunately, differentiating between ongoing discrimination and mere effects of concluded pre-Charter discrimination is not always a simple matter.* ».

¹⁵² *R. c. Edwards Books and Art*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 786, par. 157.

¹⁵³ *Mclvor*, préc., note 4, par. 68 à 117.

¹⁵⁴ *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, par. 19 à 24.

¹⁵⁵ *Mclvor*, préc., note 4, par. 111.

¹⁵⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁵⁷ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 44.

¹⁵⁸ *Mclvor*, préc., note 4, par. 123 à 133.

[169] En particulier, l'objectif de préserver les droits acquis, qui, selon la cour, est celui qui entraîne la discrimination résiduelle dans la *Loi de 1985*, est urgent et important, étant reconnu que la loi accorde généralement une grande importance à la protection des droits acquis dans les situations où des personnes ont fait des choix de vie et planifié leur avenir en se fondant sur leur statut juridique¹⁵⁹.

[170] La Cour d'appel retient également que le législateur poursuivait un objectif impérieux et important en préservant le statut du groupe de comparaison, sans étendre ce statut au groupe auquel appartient Jacob :

[129] In my view, there was such an objective, though the objective is apparent only when one examines the broader provisions and goals of the regime put in place in 1985. The 1985 legislation was passed only after years of consultation and discussion. The legislation resulted in a significant increase in the number of people entitled to Indian status in Canada. There were widespread concerns that the influx might overwhelm the resources available to bands, and that it might serve to dilute the cultural integrity of existing First Nations groups. The goal of the legislation, therefore, was not to expand the right to Indian status per se, but rather to create a new, non-discriminatory regime which recognized the importance of Indian ancestry to Indian status.

[...]

[133] Given that there is a clear pressing and substantial objective in preserving the status of those who had Indian status prior to 1985, and given that it would be anomalous and not in keeping with the post-1985 regime to extend status to people in Mr. Grismer's situation, I am of the view that the first part of the s. 1 test is satisfied in this case. The legislative regime is premised on a pressing and substantial governmental objective¹⁶⁰.

[171] La Cour d'appel conclut qu'il existe un lien rationnel entre la *Loi de 1985* et ses objectifs¹⁶¹.

[172] Elle considère aussi que les effets bénéfiques de la loi l'emportent sur les effets préjudiciables de la violation de la *Charte*¹⁶².

[173] En fait, la seule partie du test que le gouvernement n'a pas réussi à satisfaire est celle de l'atteinte minimale.

[174] La Cour d'appel reconnaît qu'une législation qui vise à concilier divers intérêts concurrents et contradictoires (dite « polycentrique ») mérite une certaine déférence à l'égard des choix effectués par le gouvernement¹⁶³. Elle estime néanmoins que la *Loi de 1985* ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale en ce que, en abolissant la règle de la double filiation maternelle, le gouvernement accorde un avantage additionnel à un groupe déjà avantagé :

¹⁵⁹ *Mclvor*, préc., note 4, par. 126.

¹⁶⁰ *Mclvor*, préc., note 4, par. 129 et 133.

¹⁶¹ *Mclvor*, préc., note 4, par. 134.

¹⁶² *Mclvor*, préc., note 4, par. 144 à 150.

¹⁶³ *Mclvor*, préc., note 4, par. 136, citant *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304 et 305.

[140] [...] Had the 1985 legislation merely preserved the right of children of persons in the comparator group to Indian status until the age of 21, the government could rely on preservation of vested rights as being neatly tailored to the pressing and substantial objective under s. 1. Such legislation would have minimally impaired Mr. Grismer's right to equality. Instead, the 1985 legislation appears to have given a further advantage to an already advantaged group. I am unable to accept that this result is in keeping with the minimal impairment requirement of the Oakes test¹⁶⁴.

[175] Confirmant le caractère complexe de la solution à adopter, la Cour d'appel décide de ne pas donner un caractère rétroactif à la déclaration d'invalidité demandée par les demandeurs, mais plutôt d'en suspendre les effets pendant un an afin de permettre au législateur de concevoir une solution appropriée¹⁶⁵.

[176] En fait, même après son analyse exhaustive, la Cour d'appel admet qu'elle ne peut pas confirmer quel choix législatif aurait été fait en 1985 si la violation de l'article 15 avait alors été reconnue. Elle est encore moins certaine des options que le gouvernement pourrait choisir aujourd'hui pour rendre la législation constitutionnelle¹⁶⁶.

[177] De telles remarques sont incompatibles avec la thèse soutenant que la *Loi de 1985* était « clairement inconstitutionnelle ». En fait, si la *Loi de 1985* n'était pas clairement inconstitutionnelle en 2009, elle pouvait difficilement l'être en 1985.

[178] L'arrêt de la Cour d'appel exprime plutôt une appréciation du caractère complexe et « polycentrique » de la loi et de la nécessité de reconnaître une marge de manœuvre au législateur afin de concevoir une solution qui soit normativement viable. Ce constat est difficilement conciliable avec la conclusion que la loi était « clairement inconstitutionnelle » au moment de son adoption.

3.1.3 La Loi de 2010

[179] Le 15 décembre 2010, en réponse à l'arrêt *Mclvor*, le Parlement adopte la *Loi de 2010*, qui entre en vigueur le 31 janvier 2011.

[180] Avec l'entrée en vigueur de cette loi, les membres du groupe représentés par le Demandeur obtiennent le droit à l'inscription au registre des Indiens.

[181] L'article 9 de la *Loi de 2010* prévoit :

9. Il est entendu qu'aucune personne ni aucun organisme ne peut réclamer ou recevoir une compensation, des dommages-intérêts ou une indemnité de l'État, de ses préposés ou mandataires ou d'un conseil de bande en ce qui concerne les faits — actes ou omissions — accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs attributions, du seul fait qu'une personne n'était pas inscrite — ou que le nom d'une personne n'était pas consigné dans une liste de bandes — à l'entrée en vigueur

¹⁶⁴ *Mclvor*, préc., note 4, par. 140.

¹⁶⁵ *Mclvor*, préc., note 4, par. 152 à 161.

¹⁶⁶ *Mclvor*, préc., note 4, par. 159 : « I cannot say which legislative choice would have been made in 1985 had the violation of s. 15 been recognized. I am even less certain of the options that the government might choose today to make the legislation constitutional. ».

de la présente loi et que l'un de ses parents a le droit d'être inscrit en vertu de l'alinéa 6(1)c.1) de la *Loi sur les Indiens*, édicté par le paragraphe 2(3).

[182] Les parties sont tous d'avis que cet article ne peut accorder au Parlement une immunité plus grande que celle prévue dans l'arrêt *Power*.

[183] Puisque le Tribunal souscrit à ce constat, il n'est pas nécessaire de se pencher plus amplement sur cet article.

3.1.4 Conclusion sur le caractère clairement inconstitutionnel de la *Loi de 1985*

[184] Le Demandeur et l'Intervenante soumettent essentiellement quatre raisons pour lesquelles la *Loi de 1985* devrait être déclarée « clairement inconstitutionnelle » :

- 184.1. Le gouvernement n'a cherché qu'à respecter le minimum constitutionnel requis;
- 184.2. Le gouvernement était davantage préoccupé par des considérations financières;
- 184.3. Le gouvernement était au courant de critiques qui considéraient que le projet de loi ayant mené à la *Loi de 1985* était inconstitutionnel;
- 184.4. L'adoption d'une clause d'immunité dans la *Loi de 2010* démontre que le gouvernement était conscient du caractère « clairement inconstitutionnel » de la *Loi de 1985*.

[185] Avec égards, ces arguments ne sont pas convaincants.

i) Le minimum constitutionnel et les considérations financières

[186] Les deux premiers arguments seront traités ensemble.

[187] L'historique législatif décrit plus haut démontre sans l'ombre d'un doute que le gouvernement, en adoptant la *Loi de 1985*, devait concilier de nombreux objectifs souvent contradictoires.

[188] Par exemple, les droits individuels des parties revendiquant le statut d'Indien ou demandant que ce statut soit conservé même s'il résultait d'une loi jugée discriminatoire qui se trouvaient parfois en porte-à-faux avec les droits collectifs et à l'autodétermination chers aux conseils de bandes. Une solution satisfaisante et qui respectait les droits et les revendications de l'ensemble des parties était donc difficile, voire impossible à atteindre. Un compromis s'avérait nécessaire¹⁶⁷.

[189] La Cour d'appel dans *Mclvor* note, entre autres, que s'il était clair que le régime législatif permettant de déterminer le statut d'Indien devait être modifié, il était toutefois

¹⁶⁷ *Mclvor*, préc., note 4, par. 31.

compliqué de trouver un nouveau régime pour le remplacer, notamment en raison de diverses revendications, souvent contradictoires :

*[27] [...] There was simply no consensus among First Nations groups as to who should be reinstated to Indian status, and as to what the future rules governing status should be. Some groups were fearful that a sudden reinstatement to status of a large number of persons might overwhelm the resources available to Indian bands, or dilute traditional First Nations culture. In addition, there was a strong movement among First Nations groups to seek a level of control over band membership. Pressures aimed at a higher degree of self-government made it difficult for the government of the day to impose a new regime by legislation.*¹⁶⁸

[190] Dans un tel contexte, il est difficile de conclure au caractère « clairement inconstitutionnel » de la *Loi de 1985*.

[191] La situation était fort complexe et le résultat ne pouvait faire autrement que d'aboutir à un compromis visant à réconcilier ces objectifs multiples, dont la reconnaissance de l'égalité entre les sexes, la préservation des droits acquis et la capacité d'absorption des bandes.

[192] Or, dans un contexte où il faut établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes, mais opposées, par exemple, dans l'évaluation du critère de l'atteinte minimale sous l'article 1 de la *Charte*, la Cour suprême nous rappelle qu'« il n'est certes pas facile de déterminer avec précision le point d'équilibre »¹⁶⁹. « En arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, [le législateur est souvent] obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve »¹⁷⁰. « [L]orsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. »¹⁷¹

[193] « Les tribunaux reconnaissent qu'il peut y avoir plus d'une solution à un problème social donné, et que les législatures sont souvent mieux placées que les juges pour choisir parmi cet éventail d'options lorsqu'elles sont confrontées à des questions sociales complexes. »¹⁷² « [L]a difficulté des choix, de leurs répercussions sur différents secteurs de la société et des avantages inhérents dont bénéficie le législateur en évaluant ces questions dans une société démocratique » impose au judiciaire de faire preuve de souplesse et de retenue¹⁷³.

[194] Bien que prononcés dans le cadre de l'analyse requise au niveau de l'article 1 de la *Charte*, ces propos demeurent pertinents lorsque vient le temps de juger, avec la vision parfaite que permet le recul, du caractère « clairement inconstitutionnel » d'une loi.

¹⁶⁸ *McIvor*, préc., note 4, par. 27.

¹⁶⁹ *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 163, p. 285.

¹⁷⁰ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993.

¹⁷¹ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 152, p. 772.

¹⁷² *Taylor c. Terre-Neuve-et-Labrador*, 2026 CSC 5, par. 192, citant *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, par. 53.

¹⁷³ *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 163, p. 285.

[195] Les observations de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Schmidt*, bien qu'émisses dans un autre contexte, sont fort utiles ici. Elle note que lorsqu'un ministre présente un projet de loi, « il est très difficile d'évaluer la constitutionnalité avec certitude et d'estimer la probabilité que le projet de loi soit déclaré inconstitutionnel »¹⁷⁴. La *Charte* « est un document empreint de nuances »¹⁷⁵. « Le droit constitutionnel est variable, discutable et souvent incertain. »¹⁷⁶

[196] Ainsi, « l'exécutif ne se limite pas à proposer des mesures qui sont assurément constitutionnelles ou probablement constitutionnelles. Au contraire, d'un point de vue constitutionnel, [...] il est habilité à présenter un projet de loi qui, après un examen rigoureux [de ses] dispositions, est défendable devant les tribunaux. »¹⁷⁷

[197] La *Loi de 1985* est l'aboutissement d'un long processus de consultation amorcé bien avant son adoption, auquel ont contribué des gouvernements successifs issus de différentes formations politiques. Cette démarche a été alimentée par de nombreux rapports émanant de commissions spécialisées ainsi que de divers groupes d'intérêts.

[198] Quant à l'argument voulant que le Parlement était surtout motivé par des considérations financières, il est vrai que certains documents auxquels le Demandeur fait référence élaborent des projections quant à l'impact financier des options discutées par les diverses parties prenantes¹⁷⁸. Cette discussion est tout à fait appropriée et conforme à un processus parlementaire responsable. Qui plus est, les documents en question confirment le vœu du gouvernement de se conformer aux exigences de la *Charte*.

[199] Dès 1981, le cabinet du ministre postulait : « *Although the amendments involve substantial financial implications, the Government should not reject the proposals on primarily financial grounds* »¹⁷⁹.

[200] D'ailleurs, l'évolution des mesures adoptées démontre que les considérations financières n'ont pas prévalu sur les considérations juridiques. Les options qui s'offraient au gouvernement s'articulaient sur deux axes principaux : (i) d'une part, l'instauration d'un régime non discriminatoire applicable uniquement aux demandes futures ou la mise en place d'un régime rétablissant le droit à l'inscription des personnes qui l'avaient perdu dans le passé; (ii) d'autre part, le retrait du statut aux non-Indiens l'ayant acquis par mariage ou le maintien des droits acquis par ceux et celles ayant obtenu ce statut avant l'entrée en vigueur de la *Loi de 1985*. Or, dans les deux cas, le gouvernement a opté pour

¹⁷⁴ *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, par. 100 (« **Schmidt** ») (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2019 CanLII 25897).

¹⁷⁵ *Schmidt*, préc., note 174, par. 35 et 87.

¹⁷⁶ *Schmidt*, préc., note 174, par. 90.

¹⁷⁷ *Schmidt*, préc., note 174, par. 87.

¹⁷⁸ Gordon S. SMITH, *note de service au ministre d'État au Développement social*, 27 février 1984, pièce D-96; Gordon S. SMITH, *Addendum à une note de service du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien au Cabinet*, 10 mai 1984, pièce D-104, p. 35; Plan de présentation au sous-ministre, 11 décembre 1984, pièce D-164; Mémoire du secrétaire du conseil du trésor, 23 janvier 1985, pièce D-175; Note de service au ministre des finances, 26 janvier 1985, pièce D-187; Lettre du ministre des finances au ministre des affaires indiennes, 30 janvier 1985, pièce D- 189.

¹⁷⁹ P. M. TELLIER, *note d'information au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, 8 octobre 1981, pièce D-52.

la solution la plus onéreuse, choisissant à la fois de rétablir les droits précédemment retirés et de préserver le statut des personnes l'ayant acquis avant 1985.

[201] Le passage suivant de la note du 29 janvier 1985 est éloquent à cet égard :

Our preferred option would be to eliminate discrimination as of the date of amendment of the Indian Act. (This would cost the government approximately \$11M over five years.) We are advised by Justice that this would fulfill the government's strict legal obligations under the Charter. However, we do not see this option as being realistic since it would not address the issue of reinstating those who have lost status over the years.

*Consequently, we would support the spending of some \$326M over five years to cover the costs of eliminating both past and future discrimination*¹⁸⁰.

[202] Par ailleurs, certains documents internes préalables à la mise en place de comités permanents visant à entendre les parties prenantes évoquent les coûts de telles consultations¹⁸¹. Ces coûts n'ont pas empêché le gouvernement de recommander des consultations étendues.

[203] Ainsi, l'argument selon lequel le choix du gouvernement était motivé par des considérations purement mercantiles ne peut être retenu.

ii) L'existence de critiques et la connaissance du caractère discriminatoire de la loi

[204] Nul doute que la loi a fait l'objet de critiques.

[205] Certains membres du gouvernement ou des représentants des Premières Nations ayant participé au processus de consultation ont même soulevé des doutes quant à la constitutionnalité de la loi proposée¹⁸².

¹⁸⁰ Note de service au ministre des Finances, 26 janvier 1985, pièce D-187.

¹⁸¹ *Consultation strategy for Amendments to the Indian Act to remove discrimination*, 31 mars 1982, pièce D-56, p. 17.

¹⁸² Paul M. TELLIER, Note de breffage au ministre des Affaires indiennes et du Nord, 8 octobre 1981, pièce D-52, p. 3; John MUNRO, ministre des Affaires indiennes, *Mémoire au Cabinet*, 25 septembre 1980, pièce D-51, p. 2, par. 11; Questions pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord sur le projet de loi C-31, 28 février 1985, pièce D-210; Projet de discours pour David Crombie, 1^{er} mars 1985, pièce D-213, p. 2103; Présentation au Comité permanent, 1^{er} mars 1985, pièce D-214, p. 2, 4-6 et 9; Document de questions et réponses potentielles pour le Comité permanent, 13 mars 1985, pièce D-222, p. 1; Procès-verbal du Comité permanent, 13 mars 1985, pièce D-224, p. 14:24; Témoignage de madame Shirley Bear devant le Comité permanent, 14 mars 1985, pièce D-225, p. 16:8, 16:9, 16:37 et 16:44; Présentation des *Women of the Tobique Reserve*, 14 mars 1985, pièce D-227; Madeleine DELANEY-LEBLANC, *Lettre au ministre David Crombie*, 18 mars 1985, pièce D-231; Procès-verbal du Comité permanent, 19 mars 1985, pièce D-236, p. 18:60 et 18:63; Présentation au Comité permanent, 26 mars 1985, pièce D-247, p. 18, 19, 24, 28, 32, 33, 34, 35, 36 et 37; Procès-verbal du Comité permanent, 26 mars 1985, pièce D-250, p. 24:5 et s.; Procès-verbal du Comité permanent, 23 avril 1985, pièce D-272, p. 34:51.

[206] D'autres, faut-il le rappeler, croyaient que la proposition allait trop loin et qu'elle risquait d'être inconstitutionnelle parce qu'elle violait les droits collectifs des Premières Nations, des droits qui sont également protégés par la *Charte*¹⁸³.

[207] Ainsi, une vision nuancée de l'ensemble des interventions explique plutôt pourquoi l'exercice parlementaire nécessitait des compromis.

[208] À tout événement, l'existence de telles critiques ne peut en soi démontrer le caractère « clairement inconstitutionnel » d'une loi. Notre processus démocratique encourage les discussions et les débats. Cette dynamique est vitale au processus législatif.

[209] Conclure qu'une loi est « clairement inconstitutionnelle » sur la foi d'avis de certains groupes ou députés de l'opposition qui soulèvent des problèmes potentiels au cours d'adoption, suscitant par le fait même une responsabilité de l'État une fois que ce pronostic s'avère confirmé par un tribunal, entraînerait inmanquablement une diminution significative des consultations préalables sur des propositions législatives controversées.

[210] Un tel résultat est incompatible avec la notion d'immunité relative qui protège l'État lorsque celui-ci s'astreint de bonne foi à son obligation législative. En outre, encourager une telle vision serait contraire à l'intérêt des citoyens qui sont en droit de compter sur le fait, qu'avant de statuer sur des enjeux qui impliquent des intérêts concurrents et divergents, le législateur s'assure de bien comprendre les points de vue de chacune des parties potentiellement affectées par la mesure.

[211] Comme le souligne sagement la juge Mandeville de la Cour supérieure dans le cadre d'une demande en rejet d'un recours fondé sur l'article 24(1) de la *Charte*, la présence de critiques au moment de l'adoption d'une loi ne justifie pas à elle seule une condamnation à des dommages :

[28] Si, selon les faits tenus pour avérés, le projet de loi ayant mené à l'adoption de la Loi a pu être critiqué et des avis de possible inconstitutionnalité ont pu être soumis, ceci n'est que le fruit du processus usuel d'adoption des lois, lequel fait partie intégrante du système démocratique parlementaire canadien.

[29] Conclure à un comportement fautif de l'État ou à un abus de ses pouvoirs du seul fait qu'un projet de loi fait l'objet de critiques et qu'il est néanmoins adopté aurait pour effet de nuire au bon fonctionnement de l'État. L'État doit adopter des lois après les avoir soumises aux critiques de l'arène parlementaire.

[...]

[31] Le Tribunal précise qu'effectivement il doit tenir pour avéré le fait que le Gouvernement aurait été avisé de l'effet rétrospectif de l'article 10(1) de la Loi et qu'il aurait également reçu certains avis quant à son inconstitutionnalité.

[32] Or, c'est le propre d'un système parlementaire que les projets de loi fassent l'objet de débats et de critiques, parfois même virulentes, avant leur adoption par les deux Chambres. Il est fréquent que des préoccupations en lien avec leur

¹⁸³ Art. 35 de la *Charte*.

constitutionnalité soient émises au stade où les projets de loi sont soumis aux parlementaires avant leur adoption.

[33] Même si elles ont fait l'objet d'âpres débats avant leur adoption, les lois, une fois adoptées, sont présumées valides et doivent être appliquées.

[34] Il ne faut pas paralyser une des fonctions principales de l'État, soit celle du Parlement de légiférer après avoir considéré l'ensemble des avis reçus, et d'adopter, dans l'intérêt du public, une disposition qui pourrait ultérieurement être déclarée inconstitutionnelle.

[35] Tout ce qui est allégué dans le présent dossier est que le Parlement aurait adopté une disposition de la Loi en dépit de certains avis critiquant sa constitutionnalité. Or, l'État n'a fait que son devoir. Les faits tenus pour avérés ne permettent pas de supporter une proposition voulant que l'État ait eu, en adoptant une disposition même controversée, un comportement clairement fautif ou qu'il ait agi de façon malveillante en ayant des intentions secondaires. Aucun fait allégué ne permet de soutenir une telle affirmation¹⁸⁴.

[212] Ici, les efforts du gouvernement pour solliciter et comprendre les enjeux vécus par les différentes parties prenantes ont été importants. Le sérieux de la démarche ne fait aucun doute.

[213] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *McIvor* le souligne et conclut sans conteste à la bonne foi du gouvernement¹⁸⁵.

[214] Même si la Cour d'appel n'accepte pas les arguments du PGC, l'analyse détaillée qu'elle en fait illustre que ces arguments étaient loin d'être frivoles et que la *Loi de 1985* ne peut pas être qualifiée de « clairement inconstitutionnelle ».

[215] Finalement, mettre trop d'emphasis sur les opinions évoquées lors d'un processus de consultation risque de transformer l'analyse objective requise en une analyse subjective rejetée par la Cour suprême¹⁸⁶.

[216] En effet, de telles critiques reposent généralement sur l'opinion d'intervenants souvent influencés par les intérêts particuliers qu'ils cherchent à défendre. De plus, une preuve issue des débats parlementaires doit être utilisée avec réserve et n'est généralement pas concluante. D'une part, comme mentionné par la Cour suprême du Canada, l'intention de certains députés ne reflète pas toujours celle du Parlement. D'autre part, les déclarations sont souvent contradictoires et une utilisation sélective des témoignages devant les comités parlementaires peut donner une impression qui ne reflète pas la réalité¹⁸⁷.

[217] Le PGC affirme qu'une loi devrait être déclarée « clairement inconstitutionnelle » seulement si aucun argument crédible ne pouvait être avancé à l'appui de sa compatibilité

¹⁸⁴ *Canada (Procureure générale) c. Gagné*, 2016 QCCS 2088, par. 28 et 29; *Procureur général du Québec c. Les avocats et notaires de l'État québécois*, 2021 QCCA 559 (demandes pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetées (C.S. Can., 2021-10-14) 39695), par. 130.

¹⁸⁵ *McIvor*, préc., note 4, par. 10 et 124.

¹⁸⁶ *Power*, préc., note 9, par. 103.

¹⁸⁷ Voir les décisions citées au paragraphe [70] du présent jugement.

avec la *Charte* au moment de son adoption. Or, cette interprétation est rejetée par la majorité dans *Power*¹⁸⁸.

[218] Sans adopter le critère sévère proposé par le gouvernement, il demeure qu'il faut établir une violation « grave ou manifeste »¹⁸⁹. Or, le demandeur n'a pas établi qu'au moment de son adoption, la *Loi de 1985* devait être considérée comme étant « clairement inconstitutionnelle ».

[219] Cette conclusion s'impose d'autant plus en raison de l'obligation de la Cour de se replacer au moment de l'adoption afin de juger du caractère « clairement inconstitutionnel ». Rappelons qu'au moment de l'adoption de la *Loi de 1985*, la *Charte* n'est en vigueur que depuis quelques mois. La jurisprudence sur l'interprétation de l'article 15 de la *Charte* est rare, voire inexistante.

[220] Lorsque l'on se replace en 1985, les seules décisions rendues l'étaient en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁹⁰. Or, l'application de la *Déclaration* demeurerait limitée et l'interprétation donnée par les tribunaux quant au droit à l'égalité était fort restrictive. Le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Lavell*¹⁹¹, discuté plus haut, est fort instructif à cet égard.

[221] Certes, l'article 15 de la *Charte* reçoit aujourd'hui « une interprétation beaucoup plus large »¹⁹² et qui « marque une rupture avec la façon dont elle était auparavant interprétée et appliquée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* »¹⁹³. La Cour suprême elle-même reconnaît que « cette tendance jurisprudentielle n'allait aucunement de soi à l'époque de l'adoption de la *Charte* »¹⁹⁴.

[222] En fait, le cadre analytique applicable à l'examen des revendications en matière de droit à l'égalité a connu de « multiples formulations »¹⁹⁵. L'élaboration même d'un tel cadre constitue « une tâche redoutable »¹⁹⁶.

[223] Les grands arrêts sur lesquels s'appuie la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour conclure au caractère discriminatoire de la *Loi de 1985* ne seront rendus que des années plus tard¹⁹⁷ et, comme le note la Cour d'appel fédérale dans *Schmidt*, l'interprétation qu'a reçue l'article 15 de la *Charte* depuis son adoption démontre à quel point « le droit constitutionnel peut changer »¹⁹⁸. Cette évolution continue. Dans un arrêt récent traitant de l'article 15 de la *Charte*¹⁹⁹, la Cour suprême, lorsqu'elle énonce le test

¹⁸⁸ *Power*, préc., note 9, par. 104.

¹⁸⁹ *Power*, préc., note 9, par. 104.

¹⁹⁰ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 101.

¹⁹¹ *Procureur général du Canada c. Lavell*, préc., note 102.

¹⁹² *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 170.

¹⁹³ *Québec (Procureur général) c. Kanyinda*, 2026 CSC 7, par. 35.

¹⁹⁴ *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2024 CSC 10, par. 304.

¹⁹⁵ *R. c. Sharma*, préc., note 70, par. 34.

¹⁹⁶ Beverley MCLACHLIN, « Equality: The Most Difficult Right », (2001) 14 S.C.L.R. 17, p. 17, cité avec approbation dans *R. c. Sharma*, préc., note 195, par. 34.

¹⁹⁷ *R. v. Kapp*, préc., note 154; *Law c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, préc., note 192.

¹⁹⁸ *Schmidt*, préc., note 174, par. 92.

¹⁹⁹ *Québec (Procureur général) c. Kanyinda*, préc., note 193, par. 48 et 49.

applicable, appuie sa position sur quatre décisions rendues après le jugement de la Cour d'appel dans *McIvor*²⁰⁰.

[224] Dans *Mackin*, le juge Gonthier a rejeté l'action en dommages contre le gouvernement en s'appuyant, entre autres, sur le fait que la loi en question dans cette affaire avait été adoptée bien avant les opinions des tribunaux qui « changeait considérablement la donne » en la matière²⁰¹.

[225] Ici, la *Loi de 1985* a été adoptée près de 25 ans avant la déclaration d'inconstitutionnalité.

[226] Par ailleurs, toute analyse du caractère « clairement inconstitutionnel » de la loi doit demeurer fidèle à la nature dynamique du processus législatif à l'aune de l'adoption de la *Charte*, qui reconnaît que la conformité constitutionnelle d'une loi peut faire l'objet d'un dialogue institutionnel et d'un processus d'ajustement progressif entre le Parlement et les tribunaux²⁰². Comme le souligne la Cour d'appel fédérale dans *Schmidt*, « dans notre système de gouvernement, la compatibilité avec les droits garantis [...] est atteint grâce aux efforts concertés des trois organes du gouvernement qui travaillent dans un but commun »²⁰³.

[227] Finalement, le Demandeur affirme que la connaissance de l'État du caractère inconstitutionnel de loi s'est prolongée postérieurement à 1985.

[228] Il s'appuie notamment sur des rapports postérieurs à l'adoption de la *Loi de 1985* qui soulignaient la présence de discrimination résiduelle dans la *Loi de 1985*²⁰⁴.

[229] Or, puisque l'analyse de la Cour doit porter sur le caractère « clairement inconstitutionnel », suivant un examen objectif, à la lumière du droit à l'époque de son adoption, ces rapports ne sont pas pertinents à l'analyse.

[230] D'ailleurs, une fois la loi adoptée, l'État doit présumer que la loi est valide jusqu'à une décision contraire du Tribunal.

iii) L'adoption d'une clause d'immunité

[231] Un mémorandum du cabinet de 1984 suggérait que la *Loi de 1985* inclue une disposition protégeant le gouvernement fédéral et les bandes contre des poursuites éventuelles provenant de personnes ayant perdu leur statut en raison des dispositions discriminatoires dans la *Loi sur les Indiens*²⁰⁵.

²⁰⁰ *R. c. Sharma*, préc., note 195, par. 28; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, par. 27; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, par. 25; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, par. 22.

²⁰¹ *Mackin*, préc., note 10, par. 82; *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction) c. Procureur général du Québec*, préc., note 39, par. 421.

²⁰² *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668, par. 57; Robert J. SHARPE, *Good Judgment: Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, p. 244 à 248.

²⁰³ *Schmidt*, préc., note 174, par. 88.

²⁰⁴ Pièces P-96, p. 6; D-343, p. 8; D-345.

²⁰⁵ Mémorandum de mai 1984, pièce D-117, p. 4.

[232] Cette recommandation n'a pas été retenue. À tout événement, puisque les recours anticipés visaient la discrimination antérieure à 1985, le Demandeur a tort d'y voir une reconnaissance du caractère discriminatoire de la *Loi de 1985*.

[233] Comme susmentionnée, une clause d'immunité a par ailleurs été ajoutée à la *Loi de 2010*. Cette clause prévoit que personne « ne peut réclamer ou recevoir une compensation, des dommages-intérêts ou une indemnité de l'État [...] ou d'un conseil de bande en ce qui concerne les faits — actes ou omissions — accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs attributions, du seul fait qu'une personne n'était pas inscrite [...] à l'entrée en vigueur de la présente loi [...] ».

[234] Cette clause, adoptée en 2010 après l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *McIvor*, ne peut non plus servir d'assise à une conclusion que le Parlement savait en 1985 que la loi qu'il envisageait alors serait déclarée inconstitutionnelle près de 20 ans plus tard.

3.2 L'adoption de la *Loi de 1985* ne résultait pas d'un comportement de mauvaise foi ou d'un abus de pouvoir

[235] Dans *Power*, la Cour suprême observe que la norme de la loi « clairement inconstitutionnelle » réglera généralement l'application de l'immunité restreinte.

[236] Elle reconnaît néanmoins que, dans certains cas « rares », on pourra retenir la responsabilité de l'État lorsqu'il « existe des éléments de preuve démontrant que l'État a agi de mauvaise foi ou qu'il a abusé de son pouvoir en adoptant la loi invalide »²⁰⁶.

[237] Bien que la Cour suprême n'ait pas défini précisément la mauvaise foi ou l'abus de pouvoir, elle indique que la norme serait satisfaite, par exemple « dans les cas où l'État a agi pour un motif illégitime ou a été malhonnête »²⁰⁷. Elle note par ailleurs que « [d]ans le contexte de la fonction législative de l'État, au sein de laquelle le Parlement et les institutions législatives ont le droit d'adopter toute loi à l'intérieur de leurs limites constitutionnelles, la mauvaise foi et l'abus de pouvoir requièrent peut-être une faute plus grave que dans d'autres contextes »²⁰⁸.

[238] Les commentaires énoncés ci-haut quant au sérieux de la démarche du gouvernement dans le cadre de l'adoption de la *Loi de 1985*, entraîne également le rejet de l'argument du Demandeur selon lequel le Parlement a agi de mauvaise foi ou en abusant de son pouvoir en adoptant la loi.

[239] La trame factuelle complexe dément toute suggestion que l'État a agi avec une insouciance grave ou qu'il aurait utilisé le processus législatif à des fins illégitimes. Au contraire, la démarche était transparente et empreinte d'importants efforts de consultation et de réflexion.

²⁰⁶ *Power*, préc., note 9, par. 106.

²⁰⁷ *Power*, préc., note 9, par. 107.

²⁰⁸ *Power*, préc., note 9, par. 108.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[240] **REJETTE** l'opposition du Procureur général du Canada (« **PGC** ») à la *Re-Amended Originating Application* du 24 novembre 2025 et **AUTORISE** la production de cette procédure;

[241] **REJETTE** l'objection du PGC quant aux documents énumérés à la Liste des documents parlementaires visés par une objection du défendeur fondée sur le privilège parlementaire en date du 3 février 2026;

[242] **ACCUEILLE** la défense du PGC fondé sur l'immunité restreinte de l'État;

[243] **REJETTE** la *Re-Amended Originating Application* du demandeur;

[244] **LE TOUT**, avec frais de justice.

MARTIN F. SHEEHAN, J.C.S.

M^e Christine Nasraoui
MERCHANT LAW GROUP LLP
Avocate du demandeur

M^e Josianne Philippe
M^e François Joyal
M^e Kateri Vincent
MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA
Avocats du défendeur

M^e David Schulze
M^e Marie-Ève Dumont
M^e Sara Andrade
DIONNE SCHULZE S.E.N.C.
et
M^e Mary Eberts
LAW OFFICE OF MARY EBERTS
Avocats de l'intervenante

Dates d'audience : 26 au 29 janvier 2026