

La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada

Guy Tremblay

Volume 41, Number 2, 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026929ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026929ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tremblay, G. (2011). La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada. *Revue générale de droit*, 41(2), 417–449. <https://doi.org/10.7202/1026929ar>

Article abstract

The procedure for amending the Constitution of Canada proves to be rather rigid. The Meech Lake Accord and the Charlottetown Agreement having failed in 1990 and 1992, it is generally felt that a significant constitutional reform has become impossible. Yet, several amendments have been made through the bilateral procedure permitted by section 43 of the *Constitution Act, 1982*, in spite of the fact that that section has received a narrow construction which greatly restricts its potential usefulness. This article questions such a construction and concludes that the bilateral procedure could arguably serve to insert new provisions into the Constitution of Canada. It also reviews the existing provisions of the Constitution that could be amended bilaterally in order to accommodate Quebec.

La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada

GUY TREMBLAY

Professeur associé, Faculté de droit, Université Laval

RÉSUMÉ

La procédure de modification de la Constitution du Canada s'avère plutôt rigide. Les échecs de Meech en 1990 et de Charlottetown en 1992 ont laissé l'impression que la réforme constitutionnelle relevait d'une mission impossible. Plusieurs modifications ont tout de même été apportées par la voie de la procédure bilatérale de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982. Pourtant, cet article a fait l'objet d'une interprétation stricte, qui limite beaucoup son champ d'application potentiel. Le présent texte remet en cause cette interprétation et laisse ouverte la possibilité que la procédure bilatérale permette d'ajouter dans la Constitution des dispositions nouvelles. Il répertorie aussi les dispositions existantes de la Constitution du Canada qui

ABSTRACT

The procedure for amending the Constitution of Canada proves to be rather rigid. The Meech Lake Accord and the Charlottetown Agreement having failed in 1990 and 1992, it is generally felt that a significant constitutional reform has become impossible. Yet, several amendments have been made through the bilateral procedure permitted by section 43 of the Constitution Act, 1982, in spite of the fact that that section has received a narrow construction which greatly restricts its potential usefulness. This article questions such a construction and concludes that the bilateral procedure could arguably serve to insert new provisions into the Constitution of Canada. It also reviews the existing provisions of the Constitution that could be amended

*pourraient être modifiées
bilatéralement dans l'intérêt
du Québec.*

*bilaterally in order to
accommodate Quebec.*

Mots-clés : *Canada,
Constitution, modification,
procédure bilatérale.*

Key-words : *Canada,
Constitution, amendment,
bilateral procedure.*

SOMMAIRE

1.	L'article 43 de la Loi de 1982 permet-il d'enchâsser des dispositions nouvelles?.....	421
1.1	La version française boiteuse.....	421
1.2	Le caractère véritable de la modification.....	426
1.3	L'impact d'une modification bilatérale sur la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	430
1.4	L'impact d'une modification bilatérale sur le partage des compétences.....	433
2.	Le Québec et certaines dispositions existantes de la Constitution du Canada.....	436
2.1	L'article 93 de la Loi de 1867.....	437
2.2	L'article 94 de la Loi de 1867.....	441
2.3	L'article 133 de la Loi de 1867.....	443
2.4	Les articles 23 et 59 de la Loi de 1982.....	446
	Conclusion	448

1. La procédure de modification de la Constitution du Canada, qui a été adoptée par la *Loi constitutionnelle de 1982*¹, est exigeante. Elle requiert en principe l'accord des chambres fédérales et de sept provinces dont la population rassemble la moitié de la population du pays. Dans certains cas, le consentement des dix provinces devient même nécessaire, ce

1. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, ci-après « *Loi de 1982* ».

qui a provoqué l'échec en 1990 de l'Accord du lac Meech visant à rendre acceptable au Québec le rapatriement de 1982 qu'il avait refusé. L'unanimité était aussi requise pour adopter l'Entente de Charlottetown de 1992, mais celle-ci fut rejetée par la population canadienne à l'occasion de référendums.

2. La rigidité de la procédure de modification semble avoir été vue d'un bon œil par les promoteurs du rapatriement de 1982. Le premier ministre fédéral Pierre Elliot Trudeau croyait même que la Constitution nouvelle pourrait durer mille ans². De fait, les autorités fédérales et les provinces anglaises qui ont procédé au rapatriement malgré le désaccord du Québec ont depuis lors rendu plus difficiles encore les modifications constitutionnelles. Le fédéral s'est engagé par une loi à ne pas proposer de modification assujettie à la procédure générale (à moins que les provinces ne disposent d'un droit de retrait) sans avoir l'accord de l'Ontario, du Québec, de la Colombie-Britannique, de deux des provinces maritimes représentant cinquante pour cent de la population de ces provinces et de deux des provinces des Prairies représentant cinquante pour cent de la population de ces provinces — ce qui rassemblerait plus de 90 % de la population du Canada³. Certaines provinces exigent pour leur part qu'un référendum soit tenu chez elles avant qu'elles autorisent une modification⁴.

3. Il se trouve tout de même, à l'intérieur de la procédure de modification constitutionnelle, une avenue facilement praticable. Il s'agit de la procédure de l'article 43 de la Loi de 1982, qui laisse place à une entente multilatérale ou même simplement bilatérale :

43. Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que

2. Pierre ELLIOT TRUDEAU, « Say Goodbye to the Dream of One Canada », dans R. GIBBINS (dir.), *Meech Lake and Canada : Perspectives from the West*, Edmonton, Academic Printing and Publishing, 1988, p. 71.

3. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1.

4. Il s'agit de la Colombie-Britannique et de l'Alberta (*Constitutional Amendment Approval Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67; *Constitutional Referendum Act*, R.S.A. 2000, c. C-25), auxquelles il faut ajouter les provinces qui peuvent tenir un référendum sous l'égide d'une loi générale : Patrick TAILLON, « Les obstacles à une réforme du fédéralisme », Cahier de recherche, Institut de recherche sur le Québec, avril 2007, p. 32-33. Dans cette étude, l'auteur fait ressortir plusieurs autres facteurs qui rendent difficile d'utilisation la procédure de modification de la Constitution du Canada.

par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

- a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;
- b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français et de l'anglais dans une province.

Ainsi, cet article permet de modifier la Constitution du Canada relativement à des dispositions qui ne concernent qu'une province ou quelques provinces seulement. En pareil cas, la modification est valablement adoptée si elle reçoit l'accord des chambres fédérales et de l'assemblée législative de chaque province concernée. La souplesse de cette procédure particulière est encore accrue par la possibilité de passer outre au défaut d'autorisation du Sénat, dans les conditions prescrites par l'article 47 de la Loi de 1982.

4. L'intérêt de la procédure permise par l'article 43 de la Loi de 1982 ressort clairement de l'évolution constitutionnelle même limitée survenue depuis le rapatriement. À part la modification faite selon la procédure générale afin de préciser les droits des peuples autochtones⁵, les sept autres modifications constitutionnelles complexes⁶ ont été apportées de façon bilatérale, avec l'accord des chambres fédérales et de l'assemblée législative de la province concernée⁷. Pourtant, l'article 43 de la Loi de 1982 qui a permis ces avancées a reçu, de la part de la doctrine, une interprétation plutôt restrictive. Le principal handicap découlant de cette interprétation voudrait que l'article 43 ne puisse servir qu'à modifier des dispositions *existantes* de la Constitution du Canada ne

5. *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102. Voir les par. 35 (3) et (4) et l'art. 35.1 de la Loi de 1982.

6. Des modifications à la Constitution du Canada peuvent aussi être faites par simple loi fédérale ou provinciale, dans les cas visés par les art. 44 et 45 de la Loi de 1982.

7. Ces modifications sont énumérées dans José WOEHLING, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », dans *Mises à jour des études originellement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991)*, vol. 2 (livre 2), Gouvernement du Québec, 2002, 63, p. 86-87. Six d'entre elles sont citées ci-dessous, aux notes 48, 55 et 64 et discutées dans le texte.

s'appliquant qu'à une seule ou à quelques provinces seulement. C'est cette restriction cruciale que nous allons remettre en question dans une première partie. Dans un second temps, nous allons relever que même à partir des dispositions existantes, d'importantes modifications intéressant le Québec pourraient être réalisées par la procédure bilatérale.

1. L'ARTICLE 43 DE LA LOI DE 1982 PERMET-IL D'ENCHÂSSER DES DISPOSITIONS NOUVELLES?

5. Afin d'évaluer l'idée voulant que la procédure de l'article 43 ne permette pas d'enchâsser des dispositions nouvelles, il convient d'abord de réexaminer son libellé. Cette démarche nous fera voir, d'une part, qu'il faut se fier davantage à la version anglaise de l'article et, d'autre part, que le caractère véritable de la modification envisagée est le critère déterminant de sa validité. Par la suite, dans une perspective plus large, il faudra déterminer dans quelle mesure une modification faite sous le régime de l'article 43 peut avoir une incidence sur des dispositions de la Constitution du Canada qui sont soumises à des procédures plus exigeantes. Dans cette perspective, sera pris en compte l'impact d'une modification bilatérale (ou multilatérale) sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et sur le partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces.

1.1 LA VERSION FRANÇAISE BOITEUSE

6. La perception voulant que l'article 43 de la Loi de 1982 ne puisse servir qu'à modifier des dispositions *existantes* de la Constitution du Canada découle de son texte même. Elle provient du fait que l'article 43, de façon explicite, sert à modifier des « dispositions » (« *any provision* ») de la Constitution, contrairement à la procédure générale de l'article 38, qui sert à modifier directement la « Constitution du Canada ». Cette dernière procédure permettrait sans conteste d'ajouter de nouveaux sujets dans la Constitution. Les procédures particulières prescrites par les articles 41 et 42 servent de même à modifier directement la « Constitution du Canada » relativement à des « questions » (« *matters* ») précises : elles permettent donc, elles

aussi, d'ajouter dans la Constitution du Canada des dispositions nouvelles portant sur ces questions.

7. À la réflexion, l'isolement de l'article 43 à cet égard ne nous apparaît pas valable. D'abord, sur le plan textuel, l'article 43 peut être comparé à l'article 44 de la Loi de 1982. Ce dernier article permet au Parlement du Canada de modifier des « dispositions » de la Constitution selon la version française, ce qui n'est pas repris dans la version anglaise. On peut donc remettre en question l'idée somme toute assez simpliste voulant que la seule présence ou la seule absence du mot « dispositions » ou « *provisions* » conditionne le pouvoir d'ajouter ou non de nouveaux sujets dans la Constitution. Et il semble bien que le Parlement fédéral puisse, sur la base de l'article 44, et sous réserve des articles 41 et 42, adopter des modifications « relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes », qui ne sont en aucune façon liées à des dispositions existantes de la Constitution du Canada⁸.

8. Au surplus, seule la version française de l'article 43 suggère la conclusion selon laquelle cette procédure doit s'attacher à des dispositions existantes. La version anglaise de l'article 43 présente le même modèle que les autres procédures permettant de modifier directement « *the Constitution of Canada* » — et ce n'est que dans un second temps qu'elle nous parle de « *provision* » plutôt que de « *matters* » (comme dans les articles 41 et 42) ou de rien du tout (comme dans l'article 38).

9. La version française de l'article 43 laisse à désirer sur deux autres points. Elle n'indique pas, contrairement à la version anglaise, que la procédure peut servir à une modification concernant une disposition applicable à une seule province. Aussi, en exigeant que la modification soit autorisée par les chambres fédérales et l'assemblée législative « de chaque province concernée », la version française de l'article 43 n'indique

8. Voir toutefois les bémols apportés par José WOEHLING, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre THIBAUT et autres (dir.), *Les mélanges Gerald-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 449, p. 456 et sa note 10.

pas que le consentement requis est celui de chaque province à qui s'applique la modification (« *each province to which the amendment applies* »), et non de chaque province visée par la disposition modifiée⁹. La Cour d'appel du Québec a ainsi jugé que n'est pas requis le consentement des provinces qui sont simplement intéressées par la modification¹⁰.

10. En définitive, pour comprendre la portée de l'article 43, il faut lire sa version anglaise; sa version française est boiteuse, elle ne peut être déterminante par elle-même. Les auteurs anglophones n'ont d'ailleurs pas eu tendance à restreindre la portée de l'article 43 aux dispositions existantes de la Constitution. En fait, s'ils discutent de l'article 43 à partir de dispositions existantes ne s'appliquant pas à toutes les provinces, ils ne disent pas que l'article en question empêche d'adopter des dispositions nouvelles¹¹. Ou ils sont convaincus qu'il permet d'adopter des dispositions nouvelles¹².

11. Le cas du professeur Monahan est particulièrement intéressant. Comme constitutionnaliste, il avait participé aux tractations concernant l'Accord du lac Meech. Juste avant l'échec de cet Accord, l'entente constitutionnelle du 9 juin 1990, qui est à l'origine de l'ajout par la procédure bilatérale

9. Le professeur Daniel Proulx a relevé, à partir des dispositions correspondantes du projet précédent, qu'une erreur de rédaction s'est glissée sur ce point dans la version française de l'art. 43 : « La *Modification constitutionnelle de 1997* relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide », (1998) 58 *R. du B.* 41, 85-86.

10. *Potter c. P.G. Québec*, [2001] R.J.Q. 2823, 2832-2833 (C.A.).

11. J. P. MEEKISON, « The Amending Formula », (1982-83) 8 *Queen's L.J.* 99, 117-118; Stephen A. SCOTT, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20 *U.W.O.L.R.* 247, 296-298; Stephen A. SCOTT, « The Canadian Constitutional Amendment Process », (1982) 45 *Law & Contemp. Prob.* 249, 276; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2009-1, section 4.5; Katherine SWINTON, « Amending the Canadian Constitution : Lessons from Meech Lake », (1992) 42 *U.T.L.J.* 139, 150-152.

12. Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law, 2006, p. 201; Peter OLIVER, « Canada, Quebec, and Constitutional Amendment », (1999) 49 *U.T.L.J.* 519, 584. Warren J. Newman est peut-être d'opinion contraire, mais il n'aborde pas directement la question : voir « Defining the "Constitution of Canada" Since 1982 : The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* », (2003) 22 *S.C.L.R.* (2nd) 423, 485, et « Living with the Amending Procedures : Prospects for Future Constitutional Reform in Canada », (2007) 37 *S.C.L.R.* (2nd) 383, 389.

d'une protection des communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick, ne s'était pas préoccupée de raccrocher la disposition nouvelle à une disposition existante de la Constitution du Canada¹³; selon le professeur Monahan, la reconnaissance du Québec comme société distincte aurait pu de la même façon être édictée par la procédure bilatérale¹⁴. Cette position fut contestée par Katherine Swinton parce que, selon elle, l'article 43 ne permet pas d'adopter une disposition conçue pour interpréter l'ensemble de la Constitution du Canada plutôt que pour interpréter seulement une portion s'appliquant au Québec¹⁵. Le professeur Monahan s'est rendu à pareil argument dans le traité de droit constitutionnel qu'il a publié à compter de 1997¹⁶. Alors que dans l'édition originale, il liait cette question à l'idée que l'article 43 *ne permet de modifier que des dispositions existantes*, il change d'idée à compter de la deuxième édition¹⁷:

On the other hand, it should be possible to create new or additional "special arrangements" that apply to particular provinces, as long as there is no necessity to amend an existing constitutional provision that applies to all provinces.

La prohibition de modifier par l'article 43 des dispositions s'appliquant à toutes les provinces n'équivaut donc pas à une prohibition d'adopter des dispositions entièrement nouvelles s'appliquant à une seule province ou à quelques provinces.

13. L'entente plaçait la nouvelle disposition après l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 5 (« Loi de 1867 »), lequel ne concerne pas le Nouveau-Brunswick ni les communautés linguistiques : on trouve le texte de l'entente dans André TREMBLAY, *La réforme de la Constitution du Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 381, 392 et 398. En 1993, la modification effective a plutôt été placée après l'art. 16 de la Loi de 1982, avec lequel elle a un lien approximatif : voir le par. 50 ci-dessous.

14. Patrick J. MONAHAN, *After Meech Lake : An Insider's View*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1990, p. 35.

15. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 11, 151 (note 46).

16. Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, Concord (Ont.), Irwin Law, 1997, p. 184 (note 59); Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, p. 203 (note 64); P. J. MONAHAN, *op. cit.*, note 12, p. 201.

17. P. J. MONAHAN, 2002 et 2006, *op. cit.*, notes 12 et 16. L'auteur donne comme exemple la modification de 1993 concernant le Nouveau-Brunswick; voir la note 13 ci-dessus.

12. Ce sont des constitutionnalistes francophones qui ont buté sur la question des dispositions nouvelles¹⁸. Le professeur Daniel Proulx¹⁹ a examiné l'histoire législative de l'article 43, à partir de la Formule Fulton de 1961. Elle lui permet de conclure sur la question de savoir quels consentements sont requis, mais elle ne laisse pas voir que l'adoption de dispositions nouvelles était à exclure.

13. Dans son contexte, la procédure de l'article 43 se trouve, comme les autres, dans la partie de la Loi de 1982 qui sert à la « modification de la Constitution du Canada », et elle est placée sur le même pied que les autres par les articles 46 et 47 concernant l'initiative, la révocation d'une résolution d'agrément et le contournement du Sénat. À défaut d'indications plus précises, il n'y a pas lieu de tronquer la portée de l'article 43 en faisant de sa procédure la seule qui empêche d'ajouter de nouvelles dispositions dans la Constitution.

14. Cela ne veut pas dire qu'une province pourrait se soustraire au régime général et se définir un statut particulier de gré à gré avec le fédéral. En effet, l'article 43 ne permet pas de modifier les dispositions applicables à toutes les provinces, comme celles qui confèrent les compétences législatives au fédéral et aux provinces. « Ainsi, le Québec ne pourrait récupérer avec l'accord du fédéral la compétence sur le mariage et le divorce, parce que cette compétence fédérale résulte d'une disposition applicable à toutes les provinces »²⁰. Par rapport aux dispositions existantes de la Constitution du Canada, la question que pose l'article 43 consiste à se demander si elles

18. Le professeur Benoît Pelletier, auquel nous nous rallions, argumente que l'art. 43 permet d'adopter des dispositions nouvelles : *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996, p. 236-239, et « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », (1999) 33 *R.J.T.* 1, 35. La position contraire est exposée par le professeur Daniel Proulx, *loc. cit.*, note 9, 63-65; voir aussi Jacques-Yvan MORIN, José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, tome 1, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 516-517; A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 85; J. WOEHLING, *op. cit.*, note 7, p. 85-86, et *op. cit.*, note 8, p. 454 et suiv. Après l'édition de 1997, les auteurs suivants sont devenus moins catégoriques : Henri BRUN, Guy TREMBLAY : *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 234 (« l'article 43 ne semble viser que les dispositions existantes de la Constitution du Canada »).

19. *Loc. cit.*, note 9, 75 et suiv.

20. Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 229.

s'appliquent ou non à toutes les provinces. Quant aux dispositions nouvelles, elles peuvent être ajoutées selon la procédure de l'article 43 si, de par leur caractère véritable, elles se veulent applicables à une seule province ou à quelques-unes et si elles ne cherchent pas à contourner la prohibition de modifier une disposition existante s'appliquant à toutes les provinces.

1.2 LE CARACTÈRE VÉRITABLE DE LA MODIFICATION

15. Certes, l'approche consistant à restreindre la portée de l'article 43 aux dispositions existantes de la Constitution ne se fonde pas seulement sur des arguments de texte. Elle est aussi basée « sur la logique constitutionnelle », sur une conception idéale du fédéralisme que le professeur Woehrling a formulée comme suit²¹:

Le principe général, dans un système fédéral, est celui de l'égalité de statut des entités fédérées, qui entraîne l'application uniforme des dispositions constitutionnelles à leur endroit. L'asymétrie et les statuts particuliers constituent l'exception par rapport à la règle. Les dispositions existantes de la Constitution du Canada qui ne s'appliquent qu'à certaines provinces identifient en quelque sorte les domaines dans lesquels le Constituant a jugé bon de créer des asymétries et des statuts particuliers et en marquent les frontières.

Or, cet argument ne convainc pas parce qu'il met de l'avant une conception trop étroite de ce que sont le « système fédéral » et le « constituant ».

16. D'une part, nous ne croyons pas que le système fédéral postule « l'égalité de statut des entités fédérées » et « l'application uniforme des dispositions constitutionnelles à leur endroit »²². Rien n'empêche qu'un régime fédéral accommode deux ou trois nations dans l'aménagement du statut et des pouvoirs des entités fédérées²³. Le fédéralisme canadien est

21. J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 7, p. 85-86. Voir de même J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 8, p. 456.

22. La position du professeur D. PROULX, *loc. cit.*, note 9, est elle aussi inspirée par la méfiance envers les « statuts particuliers » ou « asymétries constitutionnelles » et par la promotion du « principe prépondérant de l'égalité des provinces » (p. 64-65).

23. Voir Alain-G. GAGNON, *La raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008.

lui-même largement binational, en raison des deux peuples fondateurs qui l'ont négocié, mais il comporte dix entités fédérées. Certes, les asymétries dans les lois constitutionnelles actuelles restent des exceptions par rapport au supposé dogme de l'égalité des provinces, mais le fédéralisme subsisterait au Canada en dépit de la reconnaissance d'un fort statut particulier pour le Québec. L'essence du fédéralisme, ce n'est pas l'égalité des entités fédérées, mais bien l'autonomie réciproque des deux ordres de gouvernement, garantie par la Constitution²⁴. En fait, l'idée qu'un statut particulier au Québec violerait l'essence du principe fédéral n'est que la concrétisation de l'idéologie politique de Pierre Elliot Trudeau, récupérée par le Canada anglais depuis la fin des années 1970²⁵.

17. D'autre part, en limitant les asymétries aux « dispositions existantes », la citation ci-dessus indique que seul le « constituant » du passé pouvait juger bon d'en créer. Or, le constituant nouveau instauré par la partie V de la Loi de 1982 est tout aussi souverain que l'ancien. Et ce constituant s'exprime notamment par la procédure de l'article 43, dans les cas où cette procédure vaut. Comme nous l'avons vu, le constituant ne pourrait pas, par le biais de l'article 43, viser à modifier des dispositions applicables à toutes les provinces; mais il pourrait créer des asymétries nouvelles qui n'auraient pas cet objet dominant ou cet effet substantiel.

18. La bonne façon de juger de la validité d'une modification constitutionnelle au Canada consiste à raisonner comme on le fait traditionnellement aux fins du partage des compétences législatives²⁶. C'est le *caractère véritable* de la mesure en cause qui compte et non ses effets accessoires. Le caractère véritable ressort d'abord et avant tout de « l'objectif dominant » qui est poursuivi — ce qui suppose que les objectifs secondaires, s'il en est, n'entachent pas la mesure. Les effets de la disposition adoptée peuvent aussi être pris en compte afin d'en extraire le caractère véritable. Des indices dans

24. Voir H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 20, p. 404-407.

25. P. J. MONAHAN, *op. cit.*, note 14, p. 19.

26. Voir P. W. HOGG, *op. cit.*, note 11, section 15.5; H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 20, p. 448-450.

l'histoire et les lois constitutionnelles canadiennes pointent clairement vers cette conclusion.

19. D'abord, il existe dans la partie V de la Loi de 1982 (la partie qui prévoit la « procédure de modification de la Constitution du Canada ») deux procédures particulières qui étaient jusqu'alors incluses directement dans le partage des compétences législatives. Il s'agit des articles 44 et 45 de la Loi de 1982, qui auparavant se trouvaient dans les paragraphes 91 (1) et 92 (1) de la Loi de 1867. Comme ces derniers paragraphes se prêtaient nécessairement à l'analyse en fonction du caractère véritable de la loi en cause²⁷, cette analyse vaut maintenant pour les articles qui les ont remplacés sans en changer la substance²⁸. Si deux des cinq procédures permettant de modifier la Constitution du Canada engendrent un type particulier de raisonnement, les trois autres procédures, qui leur sont voisines et complémentaires, doivent faire de même.

20. Par ailleurs, depuis 1867, la version anglaise des lois constitutionnelles du Canada est remarquablement systématique en ce qui concerne la façon de suggérer que c'est le caractère véritable de la mesure contestée qu'il convient de dégager : toutes les dispositions confèrent des compétences « *in relation to* » certaines matières²⁹. Or, c'est cette même expression qui est utilisée en anglais pour les procédures qui, dans la Loi de 1982, permettent de modifier la Constitution du Canada³⁰. Le constituant de 1982 a donc choisi de rendre l'approche séculaire du caractère véritable applicable au mécanisme régissant la modification de la Constitution du Canada. La doctrine a

27. *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600; *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1024; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

28. Au nom de la majorité, le juge Beetz dans *SEFPO*, *id.*, p. 33, laisse entendre, mais sans se prononcer, que la jurisprudence portant sur le par. 92 (1) de la Loi de 1867 vaut pour l'art. 45 de la Loi de 1982. Voir aussi H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 20, p. 217, 224.

29. Voir en particulier les par. introductifs des art. 91, 92 et 93, chacun des quatre par. de l'art. 92A, ainsi que les art. 94, 94A et 95 de la Loi de 1867. Cette approche systématique ne se retrouve pas dans la version française officielle de la Loi de 1867, ni dans sa version française préparée en vertu de l'art. 55 de la Loi de 1982 : Guy TREMBLAY, « La version française des lois constitutionnelles du Canada », (2000) 41 *C. de D.* 33, 47-49.

30. Art. 41, 42, 43 et 44 de la Loi de 1982; l'expression ne se trouve pas dans l'art. 45 et elle n'a pas sa place dans l'art. 38 parce que la procédure résiduaire ne renvoie à aucune matière. La version française de la Loi de 1982 est moins rigoureuse.

d'ailleurs eu tendance à recourir naturellement à cette approche. Dès 1982, le professeur Scott, discutant de la portée de l'article 43 qu'il trouvait particulièrement nébuleuse, cherchait à voir ce qui serait « *in relation to* » certaines dispositions par opposition à ce qui serait seulement « *incidental* »³¹. Pour sa part, le professeur Woehrling a rejeté la prétention voulant que la sécession d'une province nécessiterait l'unanimité prévue à l'article 41 de la Loi de 1982 parce qu'elle affecterait la « charge » de lieutenant-gouverneur qui y est protégée :

Un tel raisonnement revient cependant à insister sur les *conséquences indirectes* de la sécession d'une province, plutôt que sur son *objet véritable* (*pith and substance*), pour déterminer la procédure de modification applicable. Or l'article 41, selon ses propres termes, ne vise que les modifications « portant sur les questions suivantes » (*in relation to the following matters*); par conséquent les questions que l'on veut rattacher à l'article 41 doivent porter sur les sujets mêmes qui y sont mentionnés, et non pas seulement « affecter » ces sujets. Or le fait que la sécession d'une province fasse disparaître la « charge » de son lieutenant-gouverneur n'est évidemment pas l'« objet » d'une telle modification, mais uniquement un de ses effets secondaires.³²

De façon plus systématique, M^e Warren J. Newman du ministère de la Justice du Canada a prôné l'approche du caractère véritable pour interpréter les procédures de modification constitutionnelle et il l'a plaidée au nom du Procureur général du Canada dans les affaires *Potter* et *Hogan*³³. De fait, à propos de la modification constitutionnelle de 1998 réalisée de façon bilatérale, les tribunaux de Terre-Neuve ont rejeté la prétention voulant qu'un effet quelconque sur une matière visée par une procédure plus exigeante entraîne l'obligation de recourir à cette procédure³⁴.

31. S. A. SCOTT, *loc. cit.*, note 11 (*U.W.O.L.R.*), 293, 296-297, 305.

32. José WOEHRLING, « Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada », dans Gérard-A. BEAUDOIN et autres (dir.), *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 325, p. 341.

33. W. J. NEWMAN, 2007, *loc. cit.*, note 12, 403-405.

34. *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)*, (1998) 156 D.L.R. (4th) 139 (C.S. T.-N.), 169; *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)*, (2000) 183 D.L.R. (4th) 225 (C.A. T.-N.), 265-272.

21. La modification constitutionnelle de 1983³⁵ est un bon exemple d'une mesure qui est valide de par son caractère véritable, en dépit de ses effets accessoires ou secondaires. Cette modification a ajouté à la Loi de 1982 l'article 35.1 en vertu duquel les gouvernements fédéral et provinciaux s'engagent à convoquer une conférence constitutionnelle et à inviter les représentants des peuples autochtones à participer aux travaux portant sur toute modification constitutionnelle les concernant. Cet ajout effectué malgré l'abstention du Québec ne devient pas invalide du fait qu'il alourdit la procédure de modification de la Constitution du Canada : selon le paragraphe 41 (e) de la Loi de 1982, il faut l'unanimité pour modifier cette procédure, mais pas nécessairement pour créer des obligations ayant des effets accessoires sur elle.

22. Dans cette perspective, l'idée d'enchaîner le caractère distinct du Québec en recourant à la procédure bilatérale peut se défendre, même si cet enchaînement pourrait influencer de manière incidente sur l'interprétation à donner à des dispositions sujettes à des procédures de modification plus rigides. À l'inverse, si la clause nouvelle visait surtout à modifier au profit du Québec la portée de la Charte canadienne ou du partage des compétences, elle deviendrait problématique³⁶.

1.3 L'IMPACT D'UNE MODIFICATION BILATÉRALE SUR LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

23. Le projet de rapatriement initial présenté en 1980 par le premier ministre Trudeau prévoyait expressément que les modifications à la *Charte canadienne des droits et libertés* relèvent de la procédure générale; mais cette exigence fut éliminée afin de permettre qu'une province adhère aux droits linguistiques de la Charte grâce à la procédure bilatérale, beaucoup plus souple³⁷. Or, des conséquences autres que celle-là peuvent résulter du silence que la procédure de modification constitutionnelle laisse subsister à l'égard de la Charte.

35. *Op. cit.*, note 5.

36. C'est ce que vraisemblablement avaient à l'esprit K. SWINTON, *loc. cit.*, note 11 et P. J. MONAHAN, *op. cit.*, note 16 et texte correspondant.

37. D. PROULX, *loc. cit.*, note 9, p. 80, 84-85.

24. Certes, d'une manière générale, les modifications à la Charte canadienne doivent se faire par la procédure requérant le consentement des chambres fédérales et des assemblées législatives d'au moins sept provinces représentant cinquante pour cent de la population du pays. Cependant, cette conclusion n'est valable que parce que la procédure en question est la procédure résiduaire de modification constitutionnelle³⁸. Dans la mesure, donc, où des parties de la Charte sont visées par des procédures particulières, la procédure résiduaire, générale ou subsidiaire ne vaut pas pour elles³⁹.

25. De fait, selon le professeur Woehrling, l'article 23 de la Charte canadienne relève de la procédure exigeant l'unanimité des provinces et du fédéral, en raison du paragraphe 41 (c) de la Loi de 1982⁴⁰. Aussi reconnaît-il la validité de la modification constitutionnelle de 1993 ajoutant dans la Charte canadienne, par la procédure bilatérale de l'article 43, une protection pour les communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick⁴¹. Et il écrit que le Québec pourrait, par la même procédure bilatérale, s'assujettir à des obligations semblables à celles des paragraphes 16 (2), 17 (2), 18 (2), 19 (2) et 20 (2) de la Charte canadienne⁴². Il est dès lors surprenant de lire sous sa plume que l'article 43 ne peut pas servir à modifier la Charte canadienne, « que ce soit d'ailleurs pour la *renforcer* ou pour l'*affaiblir* »⁴³.

26. À notre point de vue, rien n'empêche que des modifications à la Charte canadienne des droits résultent des procédures particulières plutôt que de la procédure générale, résiduaire. Dans le cas d'une modification faite de façon bilatérale (ou multilatérale) par la voie de l'article 43, l'objectif

38. Art. 38 de la Loi de 1982.

39. L'art. 38 de la Loi de 1982 « applies when none of the four more specific procedures (in ss. 41, 43, 44 and 45) is applicable » : P. W. HOGG, *op. cit.*, note 11, section 4.3 (a); voir aussi la section 4.3 (g) et W. J. NEWMAN, 2007, *loc. cit.*, note 12, 387.

40. J. WOEHLING, *op. cit.*, note 7, p. 90.

41. *Id.*, p. 88.

42. *Id.*, p. 92. Voir aussi J. Y. MORIN, J. WOEHLING, *op. cit.*, note 18, p. 516 (note 1342b); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, 579.

43. J. WOEHLING, *op. cit.*, note 7, p. 90. Le professeur Woehrling est très soucieux de faire en sorte que les modifications qu'il propose sous le régime de l'art. 43 ne portent pas atteinte à la Charte canadienne (p. 93, 95). Voir aussi J. WOEHLING, *op. cit.*, note 8, p. 478.

dominant poursuivi par le constituant (son caractère véritable) ne doit pas être de modifier une disposition applicable à toutes les provinces, mais bien de rendre la mesure adoptée applicable à une seule province (ou à quelques-unes). Évidemment, une telle modification à la Charte ne pourrait être valide si elle était visée par l'une des « questions » mentionnées aux articles 41 et 42. La procédure générale de l'article 38, pour sa part, pour conserver son caractère résiduaire, ne peut se substituer aux procédures particulières directement applicables. Elle ne peut non plus empêcher les modifications valables d'avoir sur la Charte des effets purement accessoires.

27. Dans cette perspective, pourrait être viable la suggestion faite récemment par deux politologues ontariens de recourir à la procédure bilatérale de l'article 43 pour enchâsser dans la Charte canadienne la spécificité française, voire culturelle, du Québec⁴⁴. Tout dépend de la qualification qui serait donnée aux deux objectifs importants que ces auteurs déclarent poursuivre⁴⁵. Leur objectif dominant est-il simplement de confirmer une réalité linguistique et culturelle déjà présente dans la vie politique et la jurisprudence constitutionnelle et de sécuriser à cet égard la population francophone du Québec? Dans ce cas, la modification serait valide même si elle peut aussi influencer, accessoirement, sur l'évaluation de la raisonnable des limites aux droits que permet l'article premier de la Charte. Si, par contre, l'objectif d'ajuster pour le Québec l'interprétation de la Charte canadienne est considéré comme dominant, la modification deviendrait vulnérable. À notre avis, la disposition proposée par les professeurs Cameron et Krikorian devrait être ajoutée dans la Constitution du Canada, mais en dehors de la Charte canadienne; compte

44. David R. CAMERON, Jacqueline D. KRIKORIAN, « Recognizing Quebec in the Constitution of Canada: Using the Bilateral Constitutional Amendment Process », (2008) 58 *U.T.L.J.* 389. Les auteurs ne cherchent pas à trouver un ancrage dans une disposition existante de la Constitution; ils croient que l'art. 43 permet d'adopter des dispositions nouvelles: p. 405 (« [...] *may initiate a constitutional provision* [...] »); p. 407 (« [...] *on any constitutional matter* [...] »); et ils proposent soit d'ajouter à l'art. 16 de la Charte canadienne une variante de ce qui fut fait en 1993 pour le Nouveau-Brunswick, soit d'inclure dans cette Charte une disposition interprétative semblable à celle qui concerne le multiculturalisme (art. 27): p. 415-417.

45. *Id.*, p. 418-419.

tenu du fait que les dispositions constitutionnelles sont toutes sur le même pied et qu'elles s'interprètent les unes par rapport aux autres, l'ajout pourrait tout de même avoir un impact sur la Charte canadienne, sans qu'on puisse qualifier celui-ci de primordial. Comme l'a écrit le professeur Woehrling, « l'adoption d'une disposition constitutionnelle en dehors de la Charte, même si cette disposition devra être prise en compte dans l'interprétation de la Charte, n'est évidemment pas une modification de la Charte »⁴⁶.

1.4 L'IMPACT D'UNE MODIFICATION BILATÉRALE SUR LE PARTAGE DES COMPÉTENCES

28. Comme la Charte canadienne, le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces n'est pas expressément visé par la procédure de modification de la Constitution du Canada. C'est dire qu'il peut être modifié par l'un ou l'autre des mécanismes compris dans cette procédure, en fonction de leur utilité propre. Par exemple, le paragraphe 93 (4) de la Loi de 1867 confère au Parlement fédéral une compétence réparatrice en matière d'écoles confessionnelles, mais cette compétence a pu être éliminée à l'égard du Québec grâce à la procédure bilatérale de l'article 43. Aux yeux des tribunaux québécois, il s'agissait là d'une compétence « accessoire » ou « ancillaire » à la protection conférée par les autres paragraphes de l'article 93, lequel ne s'applique pas à toutes les provinces⁴⁷. Selon nous, des impacts incidents sur le partage des compétences peuvent aussi résulter valablement de modifications qui ne s'ancreraient pas dans une disposition existante de la Constitution. Nous allons soulever quelques hypothèses à cet égard.

29. Supposons que Québec et Ottawa s'entendent pour établir un service régulier de traversier entre la Gaspésie et les îles de la Madeleine. Il est difficile d'admettre que la constitutionnalisation des obligations réciproques à cet égard pourrait se faire par raccrochement à la disposition semblable qui

46. J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 8, p. 486 et 488.

47. Potter, *supra*, note 10, p. 2828-2829; Potter c. Quebec (Attorney General), [1999] R.J.Q. 165 (C.S.), 178.

se trouve dans les *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*⁴⁸. En même temps, on ne peut concevoir que l'enchâssement d'une telle entente par la procédure bilatérale serait empêché du seul fait qu'on ne trouve pas de disposition existante à laquelle la raccrocher.

30. À notre avis, l'ajout dans la Constitution d'une mesure assurant un service de traversier pour les îles de la Madeleine pourrait se faire par le biais de l'article 43 de la Loi de 1982, même si cet ajout avait pour effet secondaire de changer en partie le partage des compétences. L'entente Ottawa-Québec pourrait par exemple reconnaître que l'entreprise de traversier relèvera de la compétence législative de la province, comme les autres services québécois qui font la navette sur le Saint-Laurent. Une telle reconnaissance pourrait avoir pour effet de transférer du fédéral au Québec la compétence relativement à l'entreprise, dans la mesure où le traversier sortirait des eaux québécoises pour se rendre aux îles de la Madeleine ou en revenir⁴⁹. L'authenticité de la mesure, à titre de disposition constitutionnelle applicable à une seule province, la ferait relever à bon droit de l'article 43 de la Loi de 1982.

31. Dans un autre ordre d'idées, l'immigration est de compétence concurrente, avec prépondérance fédérale, en vertu de l'article 95 de la Loi de 1867. Le fédéral a longtemps monopolisé le secteur, mais les besoins particuliers du Québec ont conduit en 1978 à l'entente Cullen-Couture par laquelle les gouvernements fédéral et québécois se sont partagé les responsabilités en la matière⁵⁰. Cette entente a par la suite été

48. L.R.C. 1985, app. II, n° 12, p. 5, où le gouvernement du Canada est chargé des dépenses occasionnées par un « service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver »; ce service fut remplacé par un pont en vertu de la *Modification constitutionnelle de 1993 (Île-du-Prince-Édouard)*, TR/94-50. Pour sa part, l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. 1985, app. II, n° 10, prévoit la construction, et non l'exploitation, de la ligne de chemin de fer de l'Île de Vancouver : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

49. Voir le sous-par. 92 (10) (a) de la Loi de 1867. Il est toutefois possible qu'une portion du golfe du Saint-Laurent fasse partie du territoire du Québec : H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 20, p. 130-131.

50. Voir H. BRUN, E. BROUILLET, « Le partage des pouvoirs en matière d'immigration : une perspective québécoise », dans P. THIBAUT et autres (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 55.

renouvelée et elle a été appliquée constamment jusqu'à ce jour. Elle vise expressément à préserver et respecter le caractère distinct du Québec. Depuis plus de trente ans, en matière d'immigration, le fédéralisme canadien fonctionne de façon asymétrique : la sélection des immigrants indépendants et des réfugiés qui se trouvent hors du Canada est faite par le Québec, selon ses propres critères, alors que le fédéral applique les critères canadiens pour toutes les autres provinces.

32. Selon nous, l'enchâssement de l'entente Cullen-Couture dans la Constitution du Canada pourrait se faire par des résolutions des chambres fédérales et de l'Assemblée nationale du Québec, conformément à l'article 43 de la Loi de 1982. Une telle modification constitutionnelle, de par son caractère véritable, ne viserait que le Québec, en plus évidemment des autorités fédérales; elle ne constituerait pas un stratagème ou un déguisement visant à contourner la procédure résiduaire requérant l'assentiment de sept provinces; elle ne ferait qu'entériner une évolution particulière du fédéralisme canadien déjà annoncée dans diverses dispositions de la Constitution du Canada⁵¹. Ce qui serait artificiel en l'espèce, ce serait de rechercher dans les lois constitutionnelles une disposition particulière à laquelle la modification pourrait être raccrochée.

33. Certes, dans le secteur du partage des compétences, les aspects potentiellement indésirables des effets accessoires peuvent être neutralisés par l'ordre de gouvernement central ou par les tribunaux mêmes. Ainsi, le fédéral peut légiférer de façon prépondérante à partir de ses propres compétences et les tribunaux peuvent déclarer une loi invalide en partie seulement ou encore en restreindre l'applicabilité constitutionnelle. Rien n'empêche que des techniques analogues se

51. La modification en question pourrait être contestée du fait qu'elle change la portée de l'art. 95 de la Loi de 1867, une disposition applicable à toutes les provinces. Mais il s'agit là d'un effet accessoire. Une « disposition » peut être n'importe quelle portion d'un article ou toute combinaison d'articles ou parties d'articles : *Re Loi modifiant le droit pénal*, [1970] R.C.S. 777. En l'occurrence, l'objectif dominant de la modification est de compléter les dispositions assurant la spécificité linguistique et culturelle du Québec (voir le point 2 ci-dessous). Voir cependant J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 8, p. 488.

développent en matière de modification constitutionnelle, dans une jurisprudence destinée à s'étendre sur plusieurs décennies.

2. LE QUÉBEC ET CERTAINES DISPOSITIONS EXISTANTES DE LA CONSTITUTION DU CANADA

34. Même si est contestable la thèse voulant que la procédure bilatérale ne puisse servir à enchâsser des dispositions nouvelles, il faut réaliser que cette procédure a jusqu'à maintenant été utilisée de façon à modifier des dispositions existantes de la Constitution du Canada⁵². Une réforme adoptée par Québec et Ottawa qui se « raccrocherait » à une disposition existante de la Constitution serait d'une validité incontestable⁵³. Par delà les considérations théoriques sur la force du lien qui ferait le raccrochement, nous pensons que les tribunaux auraient tendance à respecter un arrangement fédéral-provincial que les hommes et les femmes politiques auraient pris la peine d'enchâsser dans la Constitution. La marge de manœuvre des autorités politiques en ce qui concerne les modifications bilatérales apparaît sensiblement plus large qu'elle n'est généralement admise.

35. Le professeur Woehrling a relevé les dispositions de la Constitution qui ne s'appliquent pas à toutes les provinces et qui pourraient faire l'objet d'une modification bilatérale intéressant le Québec⁵⁴. Nous allons nous concentrer sur celles qui semblent le plus susceptibles de porter des fruits.

52. *Op. cit.*, note 7 ci-dessus. Voir toutefois la note 13, à propos de la modification de 1993.

53. La modification faite par l'art. 43 doit « venir modifier une disposition existante [...] ou, du moins, pouvoir y être raccrochée, dans le sens qu'elle se situe dans le domaine couvert par une telle disposition ou est relative à une « question » traitée par celle-ci » : J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 7, p. 85. À la p. 87, le même auteur approuve la condition du « lien tangible » (entre la modification et une disposition existante) qu'il emprunte aux professeurs Stephen A. Scott et Daniel Proulx. Il trouve cependant que la modification doit porter sur le « domaine précis » couvert par la disposition existante, par opposition à son domaine général ou à un domaine apparenté (p. 88). Il approuve malgré tout l'ajout en 1993 de l'art. 16.1 à la Charte canadienne par entente du fédéral et du Nouveau-Brunswick, même si le nouvel art. sort du domaine précis de l'art. 16, notamment parce que celui-ci envisage « la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ».

54. *Id.*, p. 90 et suiv. Voir aussi J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 8, p. 478 et suiv.

2.1 L'ARTICLE 93 DE LA LOI DE 1867

36. L'alinéa introductif de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces une compétence exclusive relativement à l'éducation; suivent ensuite quatre paragraphes qui donnent des garanties en matière d'écoles confessionnelles. Selon leur teneur à l'origine et lors de l'entrée de nouvelles provinces dans la fédération, ces paragraphes constituent incontestablement des dispositions qui ne s'appliquent pas à toutes les provinces et qui sont sujettes à la procédure de l'article 43. Le mécanisme bilatéral a d'ailleurs été utilisé à quatre reprises pour modifier l'article 93 ou la clause correspondante dans la *Loi sur Terre-Neuve* — et les tribunaux ont jugé valides les modifications constitutionnelles qui en ont résulté⁵⁵.

37. Dans le cas du Québec, la modification constitutionnelle de 1997 a tout simplement rendu inapplicables les quatre paragraphes de l'article 93⁵⁶, afin de pouvoir placer le système scolaire sur des bases linguistiques plutôt que confessionnelles. Les paragraphes en question ne subsistent pas moins et ils peuvent se prêter à de nouvelles modifications, même en ce qui concerne le Québec. Par exemple, l'article 93A ajouté en 1997 pourrait être modifié selon la procédure bilatérale de façon à remettre en application une partie des garanties confessionnelles de l'article 93. Selon nous, la procédure bilatérale pourrait aussi servir à greffer à l'article 93 des garanties en matière linguistique. Nous allons discuter de cette hypothèse à partir de la suggestion qui fut faite de recourir à une entente Ottawa-Québec pour remédier au jugement de la Cour suprême du Canada sur les « écoles-passerelles »⁵⁷.

55. *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/88-11; *Modification constitutionnelle de 1997 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/97-55; *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141; *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25; Potter, *supra*, note 10; Hogan, *supra*, note 34.

56. *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, *id.*, qui ajoute l'art. suivant à la Loi de 1867 : « 93A. Les paragraphes (1) à (4) de l'article 93 ne s'appliquent pas au Québec ».

57. Cette suggestion fut faite par l'auteur et son collègue Charles-Emmanuel Côté dans un texte dont une portion est parue dans *La Presse* du 24 nov. 2009, p. A21 : « Un remède durable. Grâce à un mécanisme souple, la Constitution peut être modifiée pour régler le problème des "écoles passerelles" ».

38. Dans l'arrêt *Nguyen*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Charte de la langue française* qui restreignent les droits à l'instruction en anglais au Québec⁵⁸. L'évaluation personnalisée de chaque cas, exigée par la Cour, l'a amenée à déclarer invalide la modification adoptée unanimement en 2002 (Loi 104) à la *Charte de la langue française* pour exclure, aux fins de l'accès à l'école anglaise, notamment l'enseignement reçu au Québec dans une école privée non subventionnée (« école-passerelle »). Le projet de loi en question faisait en sorte que les périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées (EPNS) ne soient pas prises en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics. L'invalidation de la Loi 104 a été prononcée sur la base de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui fait partie de la Constitution du Canada et qui garantit des droits à l'instruction dans la langue de la minorité dans chaque province. Le Québec a répondu au jugement de la Cour suprême en maintenant le droit d'acheter son passage au réseau public anglophone grâce, en règle générale, à trois années d'études dans une EPNS⁵⁹. Le Québec a ainsi rejeté l'idée d'assujettir les EPNS à la *Charte de la langue française*, de façon à ce que les citoyens canadiens dont les enfants ne sont pas admissibles à l'école anglaise au Québec ne puissent plus acheter leur admissibilité par cette voie⁶⁰.

58. *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47. Cette décision fait suite à *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, où, en raison du par. 23 (2) de la Charte canadienne, la Cour a donné un sens qualitatif à l'exigence québécoise que ce soit « la majeure partie » de l'enseignement reçu au Canada qui conditionne l'admissibilité à l'école anglaise au Québec.

59. Le projet de loi 115 (L.Q. 2010, c. 23) a ajouté l'art. 73.1 dans la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, en vertu duquel le gouvernement a adopté le *Règlement sur les critères et la pondération applicables pour la prise en compte de l'enseignement en anglais reçu dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions* : ce règlement établit un système de pointage en fonction du parcours scolaire et de l'authenticité de l'engagement à cheminer dans la langue d'enseignement anglaise. Dans *Nguyen*, *supra*, note 58, la Cour avait accordé un an au Québec pour corriger la situation.

60. Le gouvernement semblait croire qu'une dérogation expresse aux chartes des droits aurait été nécessaire pour imposer cette solution, ce qui est fort douteux.

De fait, cette dernière solution aurait eu le désavantage de pénaliser même les personnes qui ne veulent pas utiliser l'EPNS comme passerelle vers l'instruction en anglais au Québec garantie par la Constitution. C'est pourquoi un retour à la solution de 2002 (Loi 104) serait l'idéal, solution qui pourrait être mise en œuvre dans une modification constitutionnelle adoptée par Ottawa et Québec. Un consensus politique s'était manifesté à Québec et à Ottawa après le jugement de la Cour suprême, qui tendait à reconnaître au Québec le droit d'endiguer le problème des écoles-passerelles⁶¹. Une modification bilatérale à cet effet pourrait prendre la forme d'un cinquième paragraphe dans l'article 93 de la Loi de 1867. Il y serait précisé simplement que la Législature du Québec peut exclure les périodes passées dans les EPNS pour établir l'admissibilité à l'instruction en anglais aux fins de la Charte canadienne.

39. Une telle modification aurait pour effet de mettre la solution qui était prévue par le Projet de loi 104 sur un pied d'égalité juridique avec la Charte canadienne, les dispositions constitutionnelles devant s'interpréter de façon à être conciliées. Pourrait-on objecter qu'on ne peut ainsi modifier indirectement la Charte canadienne, qui est assujettie à la procédure générale requérant l'accord de sept provinces? Nous ne le croyons pas. Comme nous l'avons vu au point 1.3, la procédure générale est de nature résiduaire et elle ne vise pas expressément la Charte canadienne. Cette procédure résiduaire s'applique à défaut d'autres procédures directement pertinentes. Elle ne peut prévaloir sur ces dernières. Au surplus, en ce qui concerne l'enseignement dans la langue de la minorité, la Loi de 1982 et la Charte canadienne font elles-mêmes du Québec un cas particulier : les citoyens canadiens n'ont pas, du seul fait qu'ils sont de

61. Le premier ministre du Québec, Jean Charest, et la ministre responsable de la *Charte de la langue française*, Christine St-Pierre, se sont dits déçus du jugement rendu dans *Nguyen* et disposés à trouver une solution pour y remédier. Aussi, la Chambre des communes fédérale a réagi au jugement en adoptant à l'unanimité le 28 octobre 2009 une motion voulant que, « de l'avis de la Chambre, la reconnaissance que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni comprend notamment, pour le Québec, le droit de s'assurer que les immigrants qui arrivent au Québec doivent apprendre le français d'abord et avant tout ».

langue maternelle anglaise, le droit d'y envoyer leurs enfants à l'école anglaise subventionnée⁶².

40. Certes, ce ne sont pas toutes les modifications à l'article 93 qui se prêtent à la procédure bilatérale (ou multilatérale) de l'article 43 de la Loi de 1982. Ainsi, à moins de tomber dans le formalisme⁶³, il faut reconnaître que la portion introductive de l'article 93, qui donne aux provinces la compétence en matière d'éducation, s'applique à toutes les provinces et ne serait pas sujette à la procédure de l'article 43. Par contre, préciser les conditions d'exercice de cette compétence en matière linguistique relève du même champ de préoccupations que celui qui touchait aux écoles confessionnelles : l'aménagement des droits des minorités dans le domaine de l'éducation. Ces droits, qui se concevaient à l'origine en termes confessionnels greffés à la compétence provinciale portant sur l'éducation, s'inscrivent désormais dans la problématique linguistique à laquelle la Charte canadienne assujettit la compétence en question. Dans le cas des écoles-passerelles, compte tenu des droits de la minorité qui subsisteraient aux termes de la Charte canadienne, la modification ancrée dans l'article 93 de la Loi de 1867 ne viendrait qu'atténuer l'approche individuelle de la protection des droits à l'instruction dans la langue de la minorité que la jurisprudence de la Cour suprême a dégagée.

41. Les provinces autres que le Québec ne seraient pas vraiment concernées par une modification bilatérale restreignant les écoles-passerelles. Déjà, le Nouveau-Brunswick s'est doté en 1993 d'une protection des communautés linguistiques française et anglaise par la voie bilatérale⁶⁴. Aussi, les droits linguistiques imposés par la Constitution ont traditionnellement été limités à certaines provinces seulement, soit le

62. Art. 59 de la Loi de 1982, selon lequel le sous-par. 23 (1) (a) de la Charte canadienne n'entrera en vigueur au Québec qu'une fois autorisé par la province.

63. La clause 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada (qui réitère la compétence provinciale en matière d'éducation, puis l'assujettit à des conditions particulières) dit s'appliquer « au lieu de l'article quatre-vingt-treize » de la Loi de 1867 : Annexe de la *Loi sur Terre-Neuve*, L.R.C. 1985, app. II, n° 32; voir aussi ses modifications citées, *op. cit.*, note 55.

64. Art. 16.1 de la Loi de 1982, *op. cit.*, note 1, ajouté par la *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)*, TR/93-54.

Québec depuis 1867, le Manitoba en 1870, puis le Nouveau-Brunswick en 1982⁶⁵. Même les droits à l'instruction dans la langue de la minorité imposés en 1982 à toutes les provinces ont réservé au Québec, comme on l'a vu, une exception de taille⁶⁶. Les précédents démontrent que les aménagements constitutionnels qui concernent les droits linguistiques dans une province ont été établis sur une base bilatérale. Dans le cas de l'article 93 de la Loi de 1867, la modification bilatérale de 1997 poursuivait elle-même un objectif linguistique — et elle fut jugée valide. Une nouvelle modification ancrée dans l'article 93, qui contribuerait à la sécurité linguistique du Québec, serait tout autant constitutionnelle.

2.2 L'ARTICLE 94 DE LA LOI DE 1867

42. L'article 94 de la Loi de 1867 veut permettre au Parlement fédéral d'uniformiser le droit privé de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, avec l'accord de ces provinces. Cet article a été rendu applicable aux autres provinces de common law lors de leur entrée dans la fédération. Il n'a cependant jamais visé le Québec, parce que celui-ci avait un droit privé particulier, d'origine et d'inspiration française, le droit civil.

43. N'ayant jamais eu de suites, l'article 94 peut être considéré comme désuet. Il n'en conserve pas moins toute sa valeur, puisqu'une disposition constitutionnelle n'est pas abrogée du fait de n'avoir pas été utilisée⁶⁷. Et il est clairement sujet à la modification bilatérale, étant donné qu'il ne s'applique pas à toutes les provinces.

44. L'article 94 de la Loi de 1867 reconnaît le caractère civiliste propre au Québec et, indirectement, la spécificité culturelle et linguistique de la province. Une affirmation constitutionnelle du fait que le Québec forme une société distincte au sein du Canada pourrait donc se greffer

65. Art. 133 de la Loi de 1867, *op. cit.*, note 13; art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, L.R.C. 1985, app. II, n° 8; et par. 16 (2), 17 (2), 18 (2), 19 (2) et 20 (2) de la Loi de 1982, *op. cit.*, note 1.

66. *Op. cit.*, note 62 et texte correspondant.

67. *Avis sur le désaveu et la réserve*, [1938] R.C.S. 71.

harmonieusement sur lui et être adoptée par le Québec et le fédéral seulement.

45. Une telle affirmation peut être générale, valoir pour l'ensemble du domaine constitutionnel. C'était le cas, par exemple, dans l'Accord du lac Meech de 1987, qui n'a pas abouti. La reconnaissance du Québec comme société distincte s'y trouvait toutefois subordonnée à la dualité linguistique comme « caractéristique fondamentale du Canada »⁶⁸. Dans l'Entente de Charlottetown de 1992, qui a elle aussi été rejetée, la notion de société distincte était diluée dans sept autres caractéristiques fondamentales⁶⁹. Si elle n'avait pas été désamorcée par l'affirmation concomitante de l'égalité de toutes les provinces⁷⁰, la clause de société distincte aurait pu servir à augmenter les compétences législatives du Québec : autant Meech que Charlottetown précisaient seulement que la disposition pertinente n'avait « pas pour effet de déroger aux pouvoirs » fédéraux ou provinciaux, n'y portait pas « atteinte »⁷¹. Si la jurisprudence, en certaines matières, avait reconnu une plus grande marge de manœuvre au Québec, sans restreindre la compétence fédérale et tout en maintenant la prépondérance fédérale, il n'y aurait eu aucune « dérogation » ou « atteinte » à quelque pouvoir que ce soit.

46. La reconnaissance du Québec comme « société distincte » pourrait par ailleurs être limitée au champ de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est la solution qu'énonce Eugénie Brouillet au problème de la « difficile conciliation » des logiques majoritaire et minoritaire véhiculées par cette Charte canadienne et la *Charte de la langue française*⁷². Selon l'auteure, la

68. Voir José WOEHLING, « La modification constitutionnelle de 1987, la reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada », (1988) 29 *C. de D.* 3; H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 20, p. 208-209.

69. Le texte pertinent est reproduit dans H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *id.*, p. 1311-1312.

70. Dans Meech, l'égalité des provinces était affirmée dans le préambule de la modification constitutionnelle projetée, alors que dans Charlottetown, elle se trouvait au sous-par. 2 (1) (h) de la « Disposition Canada » : *id.*, p. 209 et 1311.

71. *Id.*, p. 1301, 1302 et 1312.

72. Eugénie BROUILLET, « La Charte de la langue française et la Charte canadienne des droits et libertés : la difficile conciliation des logiques majoritaire et minoritaire », dans Marcel MARTEL, Martin PÂQUET (dir.), *Légiférer en matière linguistique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 359, 384.

logique uniformisante de la Charte constitutionnelle, particulièrement en matière linguistique et dans la conception individualiste de la Cour suprême des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, heurte l'autonomie et la sécurité culturelles que la minorité francophone du pays avait obtenues en adhérant au pacte fédératif.

47. Une modification bilatérale serait incontestable si elle conférait au Québec, comme le suggère le professeur Woehrling, le rôle « de protéger et de promouvoir le caractère distinct du droit civil du Québec »⁷³. Nous croyons, pour notre part, qu'une disposition qui n'aurait qu'un « rôle interprétatif »⁷⁴ pourrait se permettre d'aller plus loin et d'inclure, tout en restant valablement liée à l'article 94, une mention de la majorité francophone du Québec et de sa culture unique, comme dans les résolutions adoptées en 1995 par les Communes et le Sénat, ainsi que dans la Déclaration de Calgary de 1997 adoptée par toutes les provinces et territoires majoritairement anglophones⁷⁵. Plus simplement, une reconnaissance du Québec comme société distincte, sans plus de précision, serait nécessairement interprétée par les tribunaux de manière à s'harmoniser avec les autres dispositions de la Constitution, y compris les termes qui dans l'article 43 conditionnent la validité de la modification. En particulier, la « société distincte » enchâssée par voie bilatérale ne saurait changer la portée essentielle des dispositions applicables à toutes les provinces.

2.3 L'ARTICLE 133 DE LA LOI DE 1867

48. L'article 133 de la Loi de 1867 garantit le bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire au palier fédéral et dans la seule province de Québec. Des obligations semblables ont été imposées en 1870 au Manitoba, et ce bilinguisme institutionnel a été élargi en 1982, tant pour le fédéral que pour le

73. J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 7, p. 95; voir aussi J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 8, p. 487-488.

74. *Op. cit.*, note 7, p. 141.

75. *Id.*, p. 98-100.

Nouveau-Brunswick⁷⁶. Toutes les dispositions ici en cause sont donc sujettes à la procédure bilatérale de l'article 43 de la Loi de 1982, sauf s'il s'agit de toucher au bilinguisme au palier fédéral, lequel est soumis à la règle de l'unanimité⁷⁷. Le paragraphe 43 (b) affirme d'ailleurs de façon explicite qu'il régit les « modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province ».

49. Pourtant, étant donné que la portion québécoise de l'article 133 fut jugée être la contrepartie de la portion fédérale et que les deux forment un tout indissociable⁷⁸, il serait possible que le bilinguisme institutionnel au Québec ne résulte pas d'une « disposition s'appliquant à une province seulement » et pourrait donc être assujéti, comme le bilinguisme institutionnel fédéral, à la règle de l'unanimité⁷⁹. Cette hypothèse, selon nous, doit être rejetée parce que la Cour suprême a appliqué le même raisonnement à l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, qui ne comporte pas de volet fédéral⁸⁰. Les obligations linguistiques du Manitoba et du Québec (ainsi que celles du Nouveau-Brunswick depuis 1982) font partie d'un arrangement fédératif qui est semblable et elles sont soumises à une procédure qui requiert tout de même l'accord du vis-à-vis fédéral. Les auteurs s'entendent d'ailleurs pour dire que la portion québécoise de l'article 133 de la Loi de 1867 relève de la procédure bilatérale de l'article 43⁸¹.

50. Dans l'hypothèse où l'article 43 ne permettrait pas d'ajouter de nouvelles dispositions dans la Constitution, une modification constitutionnelle Québec-Ottawa greffée à l'article 133 devrait, de par son caractère véritable, être liée à la thématique de cette disposition. Bien qu'il adopte une approche restrictive de la portée de l'article 43, le professeur Woehrling, par exemple, reconnaît comme valable une modification bilatérale de l'article 133 conférant au Québec le rôle

76. Art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, *op. cit.*, note 65, et art. 16 à 20 de la Loi de 1982, *op. cit.*, note 1.

77. Loi de 1982, *op. cit.*, note 1, par. 41 (c).

78. *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1025.

79. Luc HUPPÉ, « Martyre de la législation linguistique », (1989) 49 *R. du B.* 865, 869-870.

80. *P.G. Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

81. Voir B. PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, *op. cit.*, note 18, p. 250-259.

« de protéger et de promouvoir le statut du français »⁸². Or, les précédents concernant le Nouveau-Brunswick laissent voir qu'une grande marge de manœuvre peut être consentie à cet égard. D'abord, le bilinguisme institutionnel appliqué au Nouveau-Brunswick par la Loi de 1982 est largement inspiré de celui qui vaut pour le Québec depuis 1867 : seul s'y ajoute le droit du public de communiquer en français ou en anglais avec les institutions publiques de la province⁸³. Aussi, ce bilinguisme néo-brunswickois est chapeauté par une disposition générale faisant du français et de l'anglais les « langues officielles », ayant les mêmes droits « quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick »⁸⁴. C'est sur cette disposition générale que fut greffée la *Modification constitutionnelle de 1993*, qui a été adoptée selon la procédure bilatérale de l'article 43⁸⁵ et dont la validité est incontestée. L'article 16.1 ainsi ajouté dans la Charte canadienne déborde du cadre institutionnel public que celle-ci avait posé : il confère en effet à la « communauté linguistique » tant française qu'anglaise des droits égaux, dont « le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion ». De la même façon, nous croyons que pourraient être adjointes à l'article 133 de la Loi de 1867 des modifications bilatérales concernant l'équilibre linguistique du Québec, notamment dans les institutions d'enseignement. Par exemple, la modification touchant aux écoles-passerelles dont nous avons parlé à propos de l'article 93 pourrait tout aussi bien être greffée à l'article 133.

82. J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 7, p. 93, où l'auteur ajoute qu'une telle modification ne porterait pas atteinte à la Charte canadienne. Selon lui, la clause de société distincte de l'Accord du lac Meech (1987) ne pourrait être greffée de façon bilatérale à l'article 133 parce qu'elle n'est pas limitée au domaine linguistique (p. 93-95). Voir aussi J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 8, p. 484, et W. J. NEWMAN, 2007, *loc. cit.*, note 12, 409-410.

83. Loi de 1982, *op. cit.*, note 1, par. 20 (2).

84. *Id.*, par. 16 (2).

85. *Op. cit.*, note 64.

2.4 LES ARTICLES 23 ET 59 DE LA LOI DE 1982

51. L'article 23 de la Loi de 1982 donne des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, qui valent pour toutes les provinces — sauf que l'article 59 exclut pour le Québec l'application du sous-paragraphe 23 (1) (a) tant que le Québec ne l'aura pas accepté. Le sous-paragraphe en question confère des droits aux citoyens canadiens dont la langue maternelle est celle de la minorité linguistique de la province. Comme le Québec ne l'a pas encore mis en vigueur, les citoyens canadiens, du seul fait de leur langue maternelle, n'y acquièrent pas le droit d'envoyer leurs enfants à l'école anglaise financée sur les fonds publics. Plusieurs autres citoyens canadiens y jouissent par contre d'un tel droit, en vertu du sous-paragraphe 23 (1) (b) ou du paragraphe 23 (2) : soit qu'ils ont reçu leur instruction primaire en anglais au Canada et résident au Québec, soit qu'un de leurs enfants a reçu ou reçoit son instruction primaire ou secondaire en anglais au Canada.

52. S'il est certain que l'article 59, étant applicable au Québec seulement, se prête à la procédure bilatérale de l'article 43, il n'en va pas nécessairement de même de l'article 23. Selon le professeur Woehrling, le sous-paragraphe 23 (1) (a) s'applique à toutes les provinces, puisque l'article 59 ne concerne que son entrée en vigueur⁸⁶. Nous ne voyons pas les choses de façon si formaliste. En supposant que la procédure bilatérale de l'article 43 oblige à se raccrocher à une disposition existante de la Constitution du Canada, il faut réaliser que le mot « disposition » vise n'importe quel aspect d'un aménagement législatif plutôt qu'un article formel ou la subdivision formelle d'un article⁸⁷. Certes, le sous-paragraphe 23 (1) (a) pourrait être modifié par entente bilatérale, mais cela est peu susceptible d'intéresser le Québec, auquel ce sous-paragraphe ne s'applique pas. Il ne faut tout de même pas exclure que l'article 23 de la Charte canadienne puisse se prêter à une modification sous le régime de l'article 43 qui ne concernerait

86. J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 7, p. 92; l'auteur n'en termine pas moins son paragraphe en écrivant que le sous-par. 23 (1) (a) ne s'applique pas au Québec...

87. *Supra*, note 51.

que le Québec : globalement et substantiellement, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, tels qu'ils résultent de la Loi de 1982, font du Québec un cas particulier, singulier. La doctrine dominante ne discute pas de cette réalité lorsqu'elle pose que l'article 23 est assujéti à la procédure générale requérant l'accord du fédéral et de sept provinces, voire à la procédure exigeant l'unanimité⁸⁸.

53. Même s'il s'applique apparemment à toutes les provinces, l'article 40 de la Loi de 1982 confirme lui aussi la spécificité du Québec aux yeux du constituant. Cet article permet à une province qui s'est retirée d'une modification constitutionnelle transférant au fédéral des compétences législatives provinciales d'obtenir une juste compensation s'il s'agit d'un transfert « en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels ». Il est reconnu que la juste compensation en cas de retrait avait été exigée par le Québec afin d'accepter la formule mise de l'avant par les provinces anglophones et que sa reconnaissance partielle dans l'article 40 visait à « tenir compte des intérêts des Québécois »⁸⁹. Lue dans son contexte littéral et historique, la Constitution rapatriée en 1982, notamment aux articles 40 et 59, met en lumière les besoins particuliers du Québec en matière d'éducation, y compris en ce qui concerne l'éducation dans la langue de la minorité anglophone de la province.

54. Dans cette perspective, le paragraphe 23 (2) de la Charte canadienne pourrait peut-être être assoupli ou ajusté au moyen d'une entente Ottawa-Québec. C'est sur ce paragraphe que se sont fondés les jugements de la Cour suprême qui ont mis à mal le système de la *Charte de la langue française* à propos de l'accès à l'école anglaise au Québec⁹⁰. Contrairement toutefois à ce qu'a écrit le professeur Gil Rémillard⁹¹, nous ne croyons pas que le paragraphe 23 (2) pourrait être

88. La doctrine est divisée à ce sujet. Voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 18, p. 213, et *op. cit.*, n° 25; voir aussi la terminologie utilisée aux par. 41 (c) et 43 (b) de la Loi de 1982, ainsi qu'au par. 91 (1), maintenant abrogé, de la Loi de 1867.

89. Lettre du premier ministre Trudeau au premier ministre Lévesque, parue dans *Le Devoir*, 30 décembre 1982, p. 12.

90. *Supra*, note 58.

91. Gil RÉMILLARD, « À quelles conditions le Québec peut-il signer la *Loi constitutionnelle de 1982*? », *Le Devoir*, 26 et 27 février 1985, p. 11, 9.

rendu totalement inapplicable au Québec par une modification bilatérale. Comme nous l'avons vu, une solution durable aux problèmes posés par ce paragraphe, y compris le problème des écoles-passerelles, pourrait plus sûrement être adoptée à partir de l'article 93 ou de l'article 133 de la Loi de 1867.

CONCLUSION

55. Le blocage politique qui a empêché jusqu'à maintenant le Québec d'adhérer à la Constitution rapatriée en 1982 n'a pas à se perpétuer plusieurs autres décennies. À défaut de choisir l'indépendance, le Québec peut prendre l'initiative de proposer au fédéral des modifications constitutionnelles qui assureraient la préservation à long terme d'une société dont le français est la langue commune. Les droits de la minorité anglophone peuvent être protégés dans un contexte qui rejetterait l'assimilation en douceur des francophones que la Constitution actuelle avalise.

56. Malgré la rigidité de ses dispositions principales, rigidité que des lois du fédéral et de certaines provinces ont accrue, la procédure de modification de la Constitution du Canada recèle un mécanisme qui permettrait au Québec d'obtenir satisfaction par simple entente avec le fédéral. Il se trouve dans l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel permet, selon nous, d'ajouter des dispositions nouvelles dans la Constitution et permet au surplus de greffer des garanties linguistiques et culturelles aux dispositions existantes qui octroient déjà un certain statut particulier au Québec.

57. Spécialiste de la procédure de modification de la Constitution du Canada, le professeur Benoît Pelletier a écrit que la portée de l'article 43 est « confuse », « des plus énigmatiques »⁹². Même si nous ne partageons pas ce constat, nous sommes d'accord avec lui pour dire que l'article 43 permettrait « d'ajouter » à la Constitution du Canada les résultats d'ententes bilatérales ou multilatérales et « autoriser un

92. B. PELLETIER, *loc. cit.*, note 18, *R.J.T.*, 33, 35.

certain nombre d'asymétries constitutionnelles », qu'il « semble receler un potentiel énorme à l'heure actuelle, malheureusement trop peu exploité par nos acteurs politiques »⁹³.

Guy Tremblay
Faculté de droit
Université Laval
5895-202, rue Saint-Laurent
Lévis (Québec) G6V 3V6
guy.tremblay@fd.ulaval.ca
gt0611@live.ca

93. *Id.*, 35. L'auteur souligne aussi la souplesse de l'art. 43 qui peut vraiment, « s'il est utilisé avec habileté, devenir, *dans une certaine mesure*, l'article-clé de la réforme du fédéralisme canadien » (p. 54).