

Les Cahiers de droit

La réforme scolaire, la professionnalité et l'imbroglie constitutionnel

Patrice Garant



Volume 35, Number 1, 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043271ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043271ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Garant, P. (1994). La réforme scolaire, la professionnalité et l'imbroglie constitutionnel. *Les Cahiers de droit*, 35(1), 113–131.

<https://doi.org/10.7202/043271ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1994

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Chronique de jurisprudence

La réforme scolaire, la confessionnalité et l'imbroglio constitutionnel

Patrice GARANT*

	<i>Pages</i>
1. Les contraintes structurelles de l'article 93 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	117
2. La fréquentation des écoles	123
3. Le régime dissident et le régime confessionnel	124

Le Constituant a été assez sage pour ne pas figer les structures car celles-ci doivent justement pouvoir être modifiées pour s'adapter aux conditions sociales et économiques variables de la société.

Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Québec), [1993] 2 R.C.S. 542 (j. GONTHIER).

La lecture de plus de 100 ans de jurisprudence sur le statut constitutionnel des commissions scolaires et des écoles du Québec nous révèle que la Constitution de 1867 a accouché d'un système scolaire assez original. Les concepteurs de ce système n'ont pas manqué d'imagination, sauf qu'ils l'ont enfermé dans un carcan insoupçonné. L'arrêt de la Cour suprême vient de le rappeler amplement¹.

La Cour suprême vient de confirmer, sauf sur un point, un arrêt de la Cour d'appel rendu le 21 septembre 1990 dans lequel elle répondait à cinq questions posées par le gouvernement du Québec sur la constitutionnalité

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

1. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Québec)*, [1993] 2 R.C.S. 511 (j. Gonthier).

de la nouvelle *Loi sur l'instruction publique* adoptée en décembre 1988². Ces questions englobaient divers aspects les plus importants de la loi, soit :

- la création d'un système de commissions scolaires linguistiques, francophones et anglophones, neutres sur le plan confessionnel ;
- le statut des commissions scolaires confessionnelles et dissidentes ;
- la validité des mécanismes de dissidence confessionnelle mis en place ;
- le rôle du Conseil supérieur de l'éducation et de ses deux comités confessionnels dans l'aménagement du statut confessionnel des écoles et le contrôle de la qualification des enseignants et du contenu des programmes d'enseignement religieux.

Voici précisément les cinq questions posées par le Gouvernement et les réponses de la Cour suprême sous la plume du juge Gonthier (pp. 597-598) :

Questions	Réponses
<p>1. La <i>Loi sur l'instruction publique</i> (L.Q. 1988, ch. 84), et plus particulièrement ses art. 111, 354, 519, 521, 522 et 527, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> en prévoyant la création de commissions scolaires francophones et anglophones qui succèdent aux droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants ?</p>	<p>À la question 1, relative à la création de commissions scolaires linguistiques, appelées à succéder aux droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants, je réponds par la négative. Je considère en effet qu'une telle réforme ne viole aucun droit ou privilège accordé par l'art. 93 de la Constitution.</p>
<p>2. La <i>Loi sur l'instruction publique</i>, et plus particulièrement ses art. 126 à 139 et 206, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> dans ses dispositions :</p> <p>a) qui prévoient le mode d'exercice du droit à la dissidence et le mode de création des commissions scolaires dissidentes ;</p> <p>b) qui accordent au gouvernement le pouvoir de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes et de mettre fin à celles qui n'exercent aucune des fonctions prévues par cette loi ;</p>	<p>À la question 2, je réponds par la négative. La sous-question 2a) porte sur l'exercice du droit à la dissidence. Les mesures envisagées et modifiées par le législateur après le jugement de la Cour d'appel n'affectent pas de façon préjudiciable des droits et privilèges protégés par l'art. 93 de la Constitution. Le pouvoir du gouvernement de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes, envisagé par la sous-question 2b), respecte les garanties accordées par l'art. 93. Les dispositions autorisant le gouvernement à mettre fin aux commissions scolaires dissidentes inactives n'enfreignent pas ces garanties. Les droits de propriété des biens et l'affectation du person-</p>

2. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, [1990] R.J.Q. 2498 (j. Bisson, Beauregard, LeBel, Bernier, Tyndale).

c) qui réservent l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires ?

3. *La Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 122, 123, 124, 206, 519, 521 et 522, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

- a) en continuant l'existence des commissions scolaires confessionnelles sur leur territoire ;
- b) en permettant au gouvernement de modifier ces territoires ;
- c) en prévoyant un mode de transfert d'une partie de leurs droits et obligations à des commissions scolaires francophones et anglophones ;
- d) en réservant l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires ?

4. *La Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 423, 424, 425, 428 et 439, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait :

- a) qu'elle confie au Conseil scolaire de l'île de Montréal le pouvoir d'emprunter pour le compte de toutes les commissions scolaires de l'île de Montréal ;
- b) qu'elle autorise le Conseil scolaire à établir des règles de répartition du produit de la taxe qu'il perçoit pour le compte de ces commissions scolaires ?

5. *La Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 49, 223, 227, 230, 261 et 568, affecte-t-elle de façon

nel n'étant pas protégés comme tels par l'art. 93, les dispositions législatives sur ces sujets sont valides puisqu'elles prévoient des modalités de répartition équitable entre les commissions scolaires et comportent des mesures transitoires adéquates en soi. Quant à la limitation de la fréquentation des écoles dissidentes, objet de la sous-question 2c), elle ne porte pas atteinte aux droits et privilèges de l'art. 93 de la Constitution.

Je réponds par la négative à la troisième question constitutionnelle. La déclaration du maintien de l'existence juridique des commissions concernées, à Québec et à Montréal, ne porte pas atteinte à des droits garantis par l'art. 93. Les dispositions autorisant le gouvernement à modifier les territoires n'enfreignent pas ces garanties, sous réserve qu'il n'y ait pas de réduction territoriale en deçà des limites des corporations municipales des deux villes, à moins que le territoire ainsi détaché ne soit desservi par une commission confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges en matière confessionnelle. La sous-question 3d), qui a trait à la fréquentation des écoles confessionnelles à Québec et à Montréal, reçoit la même réponse que la sous-question 2c).

Je réponds par la négative à la quatrième question. L'attribution de pouvoirs d'emprunt et de répartition du produit de la taxe scolaire au Conseil scolaire de l'île de Montréal selon les dispositions visées n'enfreint aucun droit ou privilège accordé par l'art. 93.

Je réponds par la négative à la cinquième question. L'établissement des règles relatives au caractère confessionnel des commis-

préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait qu'elle accorde compétence au comité catholique et au comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation :

- a) pour établir des règles relatives au caractère confessionnel des écoles des commissions scolaires confessionnelles et dissidentes ;
- b) pour approuver les programmes d'études pour l'enseignement religieux offert dans de telles écoles et pour déterminer la qualification des personnes qui dispensent cet enseignement et de celles qui sont affectées à l'animation pastorale ou religieuse dans de telles écoles ?

sions scolaires dissidentes et confessionnelles par les comités catholique et protestant du Conseil supérieur de l'éducation n'est pas contraire à un droit garanti par l'art. 93 de la Constitution. Il en va de même de l'octroi à ces comités du pouvoir d'approbation des programmes d'études et des normes relatives à la qualification du personnel affecté à l'enseignement religieux.

Le seul point majeur sur lequel la Cour suprême n'est pas d'accord avec le Gouvernement concerne le statut des commissions scolaires confessionnelles de Montréal et de Québec. Elle est aussi en désaccord avec la majorité de la Cour d'appel exprimée par le juge Beauregard, préférant suivre l'avis de la minorité (juge LeBel) sur un aspect de cette question.

L'arrêt de juin 1993 n'apporte rien de neuf à propos de la question n° 5 sinon pour dire que la loi actuelle est conforme à la jurisprudence dominante, notamment à l'arrêt de 1989 de la Cour suprême sur le régime pédagogique³. Quant à la question n° 1, la Cour ne fait que reprendre un principe déjà énoncé il y a 65 ans par le Conseil privé suivant lequel le législateur peut créer un système scolaire public neutre sans enfreindre la Constitution⁴.

À certains égards, on peut se réjouir, car l'arrêt règle définitivement plusieurs questions capitales pour la réforme scolaire telle celle du transfert possible des droits, des obligations, des immeubles, du personnel des commissions scolaires majoritaires dites pour catholiques et pour protestants vers les nouvelles commissions scolaires linguistiques. Mais hélas, il ne les règle pas toutes.

Le principe le plus fondamental rappelé par le Conseil privé en 1928 et encore plus récemment par la Cour suprême, c'est que la législature provinciale, dans la plénitude de sa compétence législative, peut instaurer un système d'enseignement neutre, sur une base linguistique ou autre. Mais ce faisant, le législateur doit protéger les garanties confessionnelles

3. *Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 377.

4. *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200.

créées par l'article 93 (1) en faveur des classes particulières de personnes que sont les catholiques et les protestants. La combinaison de ces principes a donné la géographie scolaire qui suit :

- dans l'ensemble du Québec, à l'exclusion des villes de Montréal et de Québec : un réseau de commissions scolaires majoritaires neutres administrant des écoles communes et potentiellement un réseau de commissions scolaires dissidentes confessionnelles administrant des écoles confessionnelles ;
- à Montréal et à Québec : deux commissions scolaires confessionnelles, l'une catholique et l'autre protestante, administrant toutes deux des écoles confessionnelles mais aussi communes.

L'arrêt de juin 1993 confirme qu'à Montréal et à Québec l'Assemblée nationale peut créer un double réseau de commissions scolaires neutres, sur une base linguistique, mais elle ne peut faire disparaître les deux commissions scolaires confessionnelles existantes, dont l'existence est continuée par l'article 122 de l'actuelle *Loi sur l'instruction publique*.

Cette réforme n'a pu évidemment être faite qu'à la condition de respecter des garanties contenues à l'article 93 (1). Mais elle n'est pas sans avoir un effet sur le statut juridique des écoles administrées par les commissions scolaires confessionnelles de Montréal et de Québec.

1. Les contraintes structurelles de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

La lecture qu'a faite le Conseil privé du système scolaire, adoptée subséquemment par la jurisprudence dominante, est remise en cause dans l'arrêt de la Cour d'appel de 1990. Le juge Beauregard, pour la majorité, estime que l'essentiel de la protection constitutionnelle de l'article 93 est le droit de dissidence. Malgré les arrêts *Hirsch* et *Greater Hull*, il est difficile de voir en quoi les citoyens de Montréal et de Québec bénéficieraient de garanties constitutionnelles supérieures à celles de l'ensemble de la province. La seule différence consiste en l'aménagement de ces garanties. À cause des problèmes particuliers de ces deux grandes villes, le législateur a procédé lui-même dans la période préconfédérative à un aménagement particulier afin que la population bénéficie des avantages que lui procurerait l'exercice du droit de dissidence. Mais fondamentalement, les seuls pouvoirs protégés sont ceux qui ont trait aux aspects confessionnels des commissions et des écoles et ceux qui touchent les aspects non confessionnels qui sont nécessaires pour rendre efficace la garantie des pouvoirs relatifs aux aspects confessionnels⁵.

5. Renvoi relatif à la *Loi sur l'instruction publique*, précité, note 2, 2575.

Il en résulte que certains attributs ou pouvoirs possédés par les commissions scolaires confessionnelles de Montréal et de Québec ne sont pas essentiels à la protection constitutionnelle ; il en va de même pour les commissions dissidentes.

Selon le juge Beauregard, les principes dégagés dans l'arrêt *Hirsch* ne doivent pas être interprétés de façon à conférer aux citoyens de Québec et de Montréal le droit d'avoir des commissions séparées et protégées par la Constitution, si ce n'est sous l'angle du droit de dissidence.

Selon cette thèse, seul le droit à la dissidence est protégé, par l'intermédiaire des commissions dissidentes ou des commissions confessionnelles. Ces deux types de commissions doivent être traitées sur une base égalitaire. Ainsi, certains pouvoirs que possédaient les commissions dissidentes en 1867 et qui différaient de ceux qui étaient attribués aux commissions confessionnelles ne peuvent être préservés puisqu'ils ne relèvent pas de la substance même du droit à la dissidence.

Le juge Beauregard résume les garanties essentielles offertes par l'article 93 (1) : le droit pour des membres d'une minorité religieuse d'avoir leurs propres écoles, sur simple demande ; le droit pour ces membres de ne pas contribuer pécuniairement aux écoles de la majorité une fois que leurs propres écoles sont établies. Ils ont aussi le droit de recevoir leur juste part des fonds publics sur une base proportionnelle ; le droit pour ces membres de gérer leurs propres écoles par des représentants qui restent soumis à l'autorité du gouvernement par ses instances appropriées⁶.

Le droit à la dissidence est un droit constitutionnalisé ; il ne dépend d'aucune autorisation administrative et ne se périmé pas. Selon le juge LeBel :

L'exercice de la dissidence, dans ce système, ne dépend pas d'une autorisation administrative ou d'un consentement de l'État. Il constitue la manifestation d'un état d'insatisfaction par les minoritaires religieux et exprime leur décision d'aménager et de gérer leur propre système scolaire. Ils peuvent se satisfaire des arrangements pris par la majorité, mais le droit à la dissidence demeure un droit constitutionnel continu qu'ils peuvent exercer en n'importe quel temps et qui ne se périmé pas. Dès que les arrangements pris par la majorité ne les satisfont pas, ils ont droit de faire valoir leur privilège de dissidence⁷.

La *Loi sur l'instruction publique* de 1988 établit des mécanismes nouveaux pour régir l'exercice du droit à la dissidence. Ils seront mis en œuvre graduellement, une fois que les commissions scolaires linguistiques seront mises en place. Cette procédure consiste en une démarche en trois étapes : le dépôt d'un avis d'intention de dissidence ; la reconnaissance de

6. *Id.*, 2577.

7. *Id.*, 2542.

l'appartenance à une minorité confessionnelle ; la signification d'un avis de dissidence à la commission scolaire ainsi qu'au ministre.

Une fois la troisième étape réglée, la commission scolaire dissidente est présumée exister sur le territoire de la commission scolaire linguistique décrite dans l'avis de dissidence. La loi prévoit le partage des droits et obligations entre commission linguistique et commission dissidente ; en cas de conflit, le différend est réglé par le ministre de l'Éducation.

Les limites territoriales des commissions scolaires dissidentes sont modifiables à la demande des commissions intéressées ou à l'initiative du ministre (art. 135-137). Le gouvernement peut décréter la fin de l'existence d'une commission scolaire dissidente lorsque cette dernière est devenue inopérante, n'exerçant aucune fonction prévue par la loi (art. 139). Il faut signaler que l'article 206 de la loi restreint la compétence d'une commission scolaire dissidente aux seules personnes de la confession religieuse qui ont décidé de faire partie de cette commission.

Le mécanisme d'exercice du droit à la dissidence soulève des difficultés d'application pendant la période transitoire qui se situera entre la disparition du réseau des commissions scolaires actuelles et l'organisation des nouvelles commissions scolaires linguistiques. À ce sujet, le juge LeBel signale que le processus prévu par la loi de 1988 paralyse, pour une période d'au moins deux ans, l'actualisation de l'exercice du droit à la dissidence⁸. Ainsi, pendant cette période, l'enseignement dissident confessionnel selon les vœux de la minorité ne peut être donné. Pour remédier à cette carence, le juge LeBel souligne que la loi aurait dû prévoir une procédure transitoire qui assure la manifestation et la mise en œuvre de l'exercice du droit de dissidence dès le début de l'existence des commissions scolaires linguistiques. Le législateur a remédié à cette situation en 1990 par la loi 102 et en 1991 par la loi 139. D'ailleurs, la Cour suprême en prend acte en 1993.

Mis à part le problème de la période de transition, le mécanisme de la loi de 1988 respecte les garanties fondamentales du droit à la dissidence. Les modifications apportées aux structures juridiques des commissions scolaires n'altèrent pas la nature du droit garanti par l'article 93. La Cour d'appel estime que le remaniement des structures juridiques ne porte pas atteinte au droit à la dissidence puisqu'il n'influe en rien sur le maintien de la confessionnalité. Ce raisonnement s'applique aussi à l'abolition d'une commission scolaire dissidente qui est devenue inopérante.

La fréquentation des écoles dissidentes est régie par l'article 206 ; elle est strictement limitée aux seules personnes de la confession religieuse

8. *Id.*, 2546.

dont se réclame la commission scolaire dissidente ; cependant, la dissidence n'entraîne pas l'obligation pour des parents d'envoyer leurs enfants aux écoles dissidentes. Suivant la Cour d'appel, la restriction à la fréquentation des écoles dissidentes ne porte pas atteinte à l'article 93 ; elle n'est pas liée nécessairement à la préservation de la confessionnalité⁹.

Les garanties constitutionnelles s'appliquent à l'instruction publique, tant au primaire qu'au secondaire. À une certaine époque, des auteurs ont pu prétendre que seul le primaire était protégé par l'article 93. Toutefois la question a été résolue par la Cour suprême dans le renvoi sur la loi 30 en Ontario¹⁰ ; la juge Wilson, au nom de la majorité, a décidé que l'enseignement secondaire était protégé par l'article 93 (1). Elle rejetait par le fait même l'autorité du précédent du Conseil privé dans l'arrêt *Tiny*¹¹. Rappelons que, dans *Tiny*, le vicomte Haldane, rendant jugement pour le Conseil, avait décidé que même si, antérieurement à la Confédération, il se pouvait que les écoles séparées catholiques de l'Ontario aient offert un enseignement équivalant au secondaire, cette situation n'empêchait pas le Conseil de l'instruction publique, doté de larges pouvoirs réglementaires lui permettant de fixer les matières à enseigner et d'établir des règlements pour l'organisation des écoles communes et séparées, d'interdire à ces dernières par voie réglementaire de donner l'enseignement secondaire et de limiter par le fait même leur enseignement au primaire.

Comme nous l'avons déjà mentionné, seuls deux juges de la Cour d'appel, dans le renvoi de 1990, se rangent à l'avis du Conseil privé sur la question du statut juridique du réseau des écoles de Montréal et de Québec ; la majorité fait une lecture différente de la situation. La question de l'intangibilité des commissions scolaires de Montréal et de Québec, catholiques et protestantes, soulève encore des difficultés qui se reflètent surtout sur le plan de la fixation et de la modification des limites territoriales de ces commissions.

Après un examen des différentes positions adoptées à ce sujet, le juge LeBel a conclu qu'il fallait appliquer les garanties de l'article 93 aux territoires urbains de Québec et de Montréal, tels qu'ils se présentent aujourd'hui¹². Pour le juge Beauregard, la question des limites territoriales constitue un faux problème puisque, selon lui, les arrêts *Hirsch* et *Greater*

9. *Id.*, 2547 (j. LeBel), 2586 (j. Beauregard).

10. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

11. *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363, 388-389 (C. privé).

12. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, précité, note 2, 2551 (j. LeBel).

Hull ne doivent pas être interprétés comme distinguant les territoires de Québec et de Montréal du reste de la province¹³.

L'article 123 de la *Loi sur l'instruction publique* permet au gouvernement de modifier les limites d'une commission scolaire confessionnelle ; se soulève alors la question de savoir si cette disposition peut porter atteinte aux droits garantis par l'article 93. Au nom de la majorité, le juge Beauregard signale, au départ, que le pouvoir du législateur d'abolir les commissions confessionnelles suppose aussi qu'il a la compétence pour modifier le territoire de celles-ci. Toutefois, ces modifications porteront atteinte aux droits des catholiques et des protestants si elles ne leur permettent pas d'établir une commission scolaire dissidente sur-le-champ.

Le juge LeBel, au nom de la minorité, énonce une opinion nuancée. Les écoles des territoires de Québec et de Montréal possèdent un statut confessionnel. La modification du territoire de ces commissions scolaires donnerait naissance à l'exercice du droit à la dissidence, mais celle-ci ne remplacerait pas adéquatement l'existence de commissions confessionnelles puisque celles-ci sont indépendantes de l'état majoritaire ou minoritaire d'un groupe religieux. Le juge LeBel précise toutefois qu'une modification du territoire qui serait accompagnée du droit d'établir une commission scolaire pourvue des mêmes droits et obligations que celles qui possèdent un statut confessionnel serait conforme aux droits conférés aux classes de personnes protégées. Au-delà des territoires de Québec et de Montréal, les modifications des frontières respecteraient l'article 93 pour autant que l'exercice du droit à la dissidence et ses garanties corrélatives seraient sauvegardés.

Finalement, on peut dire que la Cour d'appel accepte majoritairement la validité de dispositions qui autorisent le gouvernement à modifier par décret les territoires actuels de la Commission des écoles catholiques de Montréal (CECM), du Protestant School Board of Greater Montreal (PSBGM), etc., pourvu que les classes de personnes visées, soit les catholiques et les protestants, puissent exercer efficacement leur droit de dissidence. Comme le mentionne le juge LeBel, « la fixité du territoire d'une commission scolaire n'est pas une condition *sine qua non* du maintien de la confessionnalité¹⁴ ».

La Cour suprême se dit en désaccord avec l'opinion du juge Beauregard et précise pourquoi les Montréalais et les Québécois bénéficient d'une protection constitutionnelle différente de celle de l'ensemble des autres citoyens. Elle souscrit à ce que le juge LeBel de la Cour d'appel

13. *Id.*, 2575.

14. *Id.*, 2546 (j. LeBel).

appelle « la seule thèse qui offre la cohérence nécessaire pour une application rationnelle des garanties de l'article 93¹⁵ ». Cette thèse veut que le constituant ait considéré Montréal et Québec comme des communautés distinctes aux caractéristiques différentes de celles des autres communautés dans l'ensemble du Québec. La Constitution a alors « voulu protéger des droits à l'intérieur de l'entité juridique que constituaient les villes de Québec et Montréal telles qu'elles se développeraient et évolueraient¹⁶ ». La Cour suprême en conclut ceci : « L'assiette territoriale des droits scolaires protégés coïncide avec les limites municipales des deux grandes villes. Si celles-ci sont modifiées, l'assiette du droit l'est également¹⁷. »

Les commissions scolaires de Montréal et de Québec sont donc protégées constitutionnellement dans leur existence même. Seul leur territoire peut être modifié comme le permettait la législation préconfédérative, dont l'article 123 de la loi actuelle n'est que la répétition.

Cette modification territoriale peut se faire par voie d'augmentation ou de diminution du territoire. S'il s'agit d'annexion, la Cour rappelle ce qu'a énoncé le Conseil privé dans l'arrêt *Hirsch* : une telle annexion ne peut priver une classe de personnes de la protection que lui confère l'article 93. Cela signifie, par exemple, que si la CECM est agrandie par l'annexion de territoires environnants, les catholiques de ces territoires ne doivent perdre aucune protection confessionnelle. Or la seule protection confessionnelle qu'ils possédaient jusque-là était le droit de dissidence. *A priori*, on ne peut pas voir en quoi ces personnes seraient privées de protection confessionnelle. Quant aux Montréalais, ils ne doivent pas non plus perdre des droits constitutionnels par le fait de cette annexion, ce qui ne devrait pas se produire si la CECM est maintenue dans ses caractéristiques existentielles.

S'il s'agit de réduction de territoire, il ne faut pas que cette réduction soit en deçà des limites municipales de Québec ou de Montréal, car alors, selon la Cour, « de façon générale le régime dissident qui s'instaurerait ne remplacerait pas les droits accordés d'emblée aux catholiques et aux protestants¹⁸ ». La Cour assume donc que la Constitution a conféré plus de droits aux catholiques et aux protestants des villes de Montréal et de Québec qu'aux catholiques et aux protestants du reste du Québec.

15. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Québec)*, précité, note 1, 578 : la citation du juge LeBel a été expressément mise en italique par le juge Gonthier (elle provient de la page 2551 de l'arrêt de la Cour d'appel).

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

18. *Id.*, 578-579.

La Cour suprême conclut de la façon suivante ses propos sur les modifications territoriales :

Les nouvelles dispositions permettant au gouvernement de modifier les territoires des commissions scolaires confessionnelles sont valides *dans la mesure où il n'en réduit pas les limites en deçà de celles des corporations municipales de Québec et de Montréal* ou à condition que les modifications ne portent pas atteinte aux droits et privilèges constitutionnels des catholiques et des protestants résidant sur le territoire de l'une ou l'autre municipalité. Ainsi, une telle réduction de territoire en deçà de ces limites municipales ne saurait se faire à moins que le territoire ainsi détaché ne soit desservi par une commission scolaire confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges¹⁹.

Cela semble vouloir dire que l'Assemblée nationale peut réduire le territoire de la CECM, du PSBGM, de la Commission des écoles catholiques de Québec (CECQ) et du Protestant School Board of Greater Quebec (PSBGQ) en deçà des limites municipales de Montréal ou de Québec, mais il faut que les catholiques et les protestants des portions de territoire ainsi détachées soient desservis par une commission scolaire confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges. Or l'exercice du droit de dissidence ne suffirait-il pas à assurer ces mêmes droits et privilèges ? Le législateur devrait-il créer en faveur de ces groupes une nouvelle commission scolaire confessionnelle ? C'est ce que nous considérons plus loin en étudiant la question de la dissidence et en comparant le régime dissident et le régime confessionnel.

Mais un élément a toujours jusqu'ici distingué le statut juridique des écoles gérées par les commissions confessionnelles de celles des commissions dissidentes. Les premières sont des écoles « communes », alors que les secondes ne le sont pas. Il s'agit du problème de la fréquentation de ces écoles que la réforme de 1988 touche considérablement.

2. La fréquentation des écoles

Certaines parties requérantes ont soutenu devant la Cour suprême que la Constitution protégeait en faveur des commissions confessionnelles de Montréal et de Québec le droit de maintenir des écoles « communes », ouvertes à tous, même si l'Assemblée nationale créait un réseau de commissions scolaires neutres, administrant des écoles ouvertes à tous.

La Cour suprême a commencé par décréter que dans l'ensemble de la province les commissions scolaires dissidentes ne pouvaient gérer que des écoles strictement confessionnelles, c'est-à-dire ouvertes exclusivement aux élèves catholiques ou protestants selon le cas. La Cour d'appel a considéré à l'unanimité que la restriction de la population scolaire aux seuls

19. *Ibid.*

membres dont se réclament des commissions dissidentes ne porte pas atteinte de façon préjudiciable à un droit protégé par l'article 93. La Cour suprême confirme ce principe : « J'estime que l'admission d'enfants d'autres confessions ne constituait pas un élément nécessaire à l'efficacité des garanties constitutionnelles et n'y était pas liée²⁰. »

Ce droit et même ce devoir qu'avaient les catholiques et les protestants à Montréal et à Québec de recevoir dans leurs écoles dites communes les enfants de n'importe quelle confession est-il en relation avec la « confessionnalité », au sens de l'article 93 ? La Cour répond négativement en estimant que

le régime particulier à Québec et Montréal écarte l'exigence d'une dissidence mais elle n'élargit pas à mon sens l'objet du privilège confessionnel. Le caractère d'école commune des écoles confessionnelles de Québec et Montréal répondait plutôt à l'état démographique plus varié de ces villes et leur permettait de remplir la fonction d'école commune des autres régions pour permettre l'accès à l'école à tous les éléments de la population²¹.

La Cour tire un autre argument du mode de financement de base qui est lié proportionnellement au chiffre de la population de la croyance religieuse visé et non à la fréquentation effective de ces écoles communes. Ce mode de financement est d'ailleurs identique à celui des commissions scolaires dissidentes.

Le jour où seront créées dans les villes de Montréal et de Québec des commissions scolaires neutres, leurs écoles seront des écoles communes et celles des commissions scolaires confessionnelles perdront leur statut d'écoles communes, qui n'est pas protégé comme tel par la Constitution.

La dernière question qu'il faut se poser et qui est liée à la position qu'a prise majoritairement la Cour d'appel, sous la plume du juge Beaugard, est la suivante : en quoi la situation d'une commission scolaire dissidente est-elle moins avantageuse que celle d'une commission confessionnelle (Montréal et Québec) du point de vue de la confessionnalité, seul point de vue qui est effectivement protégé par l'article 93 ? C'est à cette analyse qu'aurait dû s'adonner la Cour suprême avant de répondre comme elle l'a fait.

3. Le régime dissident et le régime confessionnel

Dans le développement qu'elle a consacré au droit de dissidence, la Cour suprême « rappelle que la Constitution n'accorde pas de garantie du

20. *Id.*, 570.

21. *Id.*, 581.

maintien des structures existantes ni des droits acquis²² ». Si c'est vrai pour l'ensemble des commissions scolaires, pourquoi cela ne le serait-il pas pour les commissions scolaires de Montréal et de Québec ?

D'un côté, la Cour rappelle que toutes les commissions scolaires du Québec, qu'elles soient neutres, dissidentes ou confessionnelles, bénéficient de plusieurs droits identiques : « égalité d'accès aux fonds publics, aux moyens d'imposition et, en cas de restructuration, au partage des immeubles, facilités matérielles et personnel existants²³ ».

D'un autre côté, nous avons vu que la fréquentation scolaire des écoles relevant des commissions dissidentes a les mêmes limitations que celles des écoles des commissions confessionnelles.

Il reste à vérifier si les caractéristiques essentielles des commissions dissidentes sont comparables à celles des commissions confessionnelles ou si elles se révèlent moins avantageuses.

Le Conseil privé, dans l'arrêt *Hirsch*, a bien situé les éléments essentiels de ces deux régimes, tels qu'ils existaient en 1867. Or il ressort que la position des commissions dissidentes était plus avantageuse du point de vue de la confessionnalité que celle des commissions confessionnelles²⁴. En effet, les commissaires ou les syndics des dissidentes étaient élus par leurs coreligionnaires, tandis que les commissaires à Montréal et à Québec étaient nommés par les conseils de ville. Les commissions dissidentes avaient un pouvoir de taxation sur leurs coreligionnaires, alors qu'à Montréal et à Québec c'étaient les conseils de ville qui donnaient des subventions. Quant à l'ensemble des pouvoirs de gestion des écoles sur le plan pédagogique, administratif et financier, la Cour suprême a bien établi, en 1989, quelle était la portée de l'autonomie locale, identique à Montréal et à Québec ainsi que dans le reste de la province en ce qui concerne tous les aspects liés à la confessionnalité : qualification professionnelle et choix du personnel, enseignement religieux, bref tout ce qui est « nécessairement relié à la confessionnalité », suivant l'expression consacrée par la Cour suprême.

Dans une chronique récente, Jean-Pierre Proulx estime que la Cour suprême a adopté « une position défendable, mais particulièrement conservatrice » ; il ajoute que la Cour « n'a pas tranché au fond la question de la

22. *Id.*, 562.

23. *Id.*, 566.

24. Voir, sur cette question : F. CHEVRETTE, H. MARX et A. TREMBLAY, *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration à l'Île de Montréal*, (Québec), Ministère de l'Éducation, 1972, p. 32.

pérennité des corporations scolaires puisque ce n'est pas la question qui lui a été posée »²⁵. Nous ne partageons pas son point de vue.

Effectivement, la question de la disparition de la CECM, du PSBGM, de la CECQ et du PSBGQ ne lui a pas été posée, mais elle y a répondu ! Si l'Assemblée nationale ne peut réduire le territoire de ces commissions confessionnelles en deçà des limites des villes de Montréal ou de Québec, comment pourrait-elle abolir ces mêmes commissions ?

Ce qui nous paraît certes incontournable, c'est le droit pour les communautés catholiques et protestantes de Montréal et de Québec d'avoir des commissions scolaires confessionnelles, peu importe que ces communautés soient majoritaires ou minoritaires. Ailleurs en province, les communautés doivent apparemment être minoritaires afin de pouvoir bénéficier d'une commission scolaire confessionnelle, que l'on qualifie alors de dissidente.

Mais cette différence permet-elle de conclure que le territoire des commissions confessionnelles ne peut être réduit en deçà des limites des villes de Montréal et de Québec ? Cela revient à dire que les Montréalais et les citoyens de Québec ont le droit particulier et permanent de faire partie de la CECM, de la CECQ, du PSBGM et du PSBGQ. La raison en est que s'ils étaient rattachés à une commission dissidente avoisinante, ils perdraient des droits constitutionnels.

À notre humble avis, à partir du moment où seront créées à Montréal et à Québec des commissions scolaires neutres et linguistiques, les catholiques et les protestants de Montréal et de Québec vont bénéficier exactement des mêmes droits que les autres citoyens du Québec rattachés à des commissions scolaires dissidentes. Ils n'en subiront aucun préjudice. Or comme la jurisprudence l'a toujours reconnu et comme le rappelle si justement le juge LeBel de la Cour d'appel, commentant l'arrêt de la Cour suprême de 1989 : « Il ne suffisait pas que la modification législative ait changé le mode d'exercice des droits garantis ; il fallait qu'elle ait affecté ceux-ci de façon nuisible²⁶. »

Mais le préjudice serait-il susceptible de survenir du fait que des citoyens de Montréal ou de Québec pourraient être dans l'impossibilité de se retrouver dans une commission dissidente appropriée après réduction du territoire des commissions confessionnelles ? Voilà le cœur du problème. En effet, s'il n'y a formation que d'une seule commission dis-

25. J.-P. PROULX, « Québec a raté la cible qu'il visait vraiment », *Le Devoir*, 21 juin 1993, p. A4.

26. Renvoi relatif à la *Loi sur l'instruction publique*, note 2, 2528.

sidente, il se peut qu'elle ne corresponde pas à la confession religieuse du groupe de citoyens en cause.

Assez étonnamment, la Cour suprême n'a pas abordé la question importante que soulèvent les articles 128 et 131 : pourra-t-il y avoir formation d'une seule commission scolaire dissidente ou de deux, l'une qui serait catholique et l'autre protestante ? Pour formuler l'avis de dissidence, l'article 126 dit qu'il faut appartenir à « une confession religieuse catholique *ou* protestante à laquelle n'appartient pas la majorité des personnes inscrites sur la dernière liste électorale de la commission scolaire ». Puis l'article 131 dispose que « le gouvernement peut par décret instituer *une seule* commission scolaire dissidente chargée d'offrir des services éducatifs sur le territoire qu'il détermine ».

Comme les commissions scolaires linguistiques seront neutres, les catholiques et les protestants pourront-ils espérer former deux groupes minoritaires sollicitant la création de commissions scolaires dissidentes qu'ils contrôleront réciproquement ?

Parlant de l'arrêt *Hirsch*, le juge LeBel identifie les catégories de personnes protégées constitutionnellement, et dit ceci : « Le seraient aussi les dissidents, catholiques ou protestants, suivant *la nature religieuse de la majorité*, dans une localité ou dans une région²⁷. »

Or dorénavant, avec un double réseau de commissions scolaires linguistiques neutres, on pourra plus difficilement parler de nature religieuse de la majorité.

Le juge LeBel, résumant la jurisprudence récente de la Cour suprême, écrit que l'on « a reconnu le droit des commissaires ou des organismes scolaires d'agir comme représentant de la classe de personnes concernées²⁸ ». Ce qui est protégé par la Constitution, c'est l'établissement d'un « droit à l'autonomie de gestion par le choix d'administrateurs de leur religion, un droit à l'exclusivité de l'admission dans leurs écoles, un accès équitable et proportionnel aux fonds publics et ces droits à la détermination du contenu des cours d'études et de l'engagement du personnel dans le cadre de la réglementation²⁹ ».

Le juge LeBel donne d'ailleurs une très juste définition de la dissidence, soit : « la manifestation d'un état d'insatisfaction par les minoritaires religieux et [l'expression de] leur décision d'aménager et de gérer leur propre système scolaire³⁰ ». Pour y avoir droit, il faut appartenir à une

27. *Id.*, 2538 ; l'italique est de nous.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. *Id.*, 2542.

confession religieuse, catholique ou protestante minoritaire. Mais, dit le juge, ce « système ne prévoit qu'une seule possibilité de dissidence religieuse réservée soit aux catholiques, soit aux protestants, à l'intérieur du territoire d'une commission scolaire³¹ ». Qui alors, du groupe catholique ou du groupe protestant, exercera la dissidence ? Le juge LeBel répond ceci : « Si la majorité est catholique, même nominalement, sa dissidence se trouvera protestante. Si la majorité se trouve elle-même protestante, la dissidence sera catholique³². »

Comment vérifier si, dans le nouveau système des commissions scolaires neutres, les personnes seront nominalement catholiques ou protestantes pour établir si les dissidents sont vraiment minoritaires ? L'article 127 renvoie à la liste électorale qui est censée indiquer la confession religieuse de chacun des électeurs. Si la majorité des électeurs est composée de personnes qui ont affirmé n'être ni catholiques ni protestantes ou sans religion, ou qui n'ont pas répondu à la question, il se trouvera que le groupe catholique et le groupe protestant seront tous deux minoritaires. Ils pourront alors tous deux réclamer la dissidence.

Le juge LeBel flairant la difficulté admet que s'il n'y a pas à proprement parler de « majorité confessionnelle », il faudrait « permettre en pareil cas une double dissidence catholique et protestante »³³.

Cette double dissidence nous paraît inévitable sous peine de contredire les caractéristiques essentielles de la confessionnalité, que rappelle d'ailleurs le juge LeBel :

cette confessionnalité repos[ait] en principe sur l'exclusivité dans l'administration de l'organisme scolaire et dans sa clientèle. La dissidence a[vait] pour but de permettre aux membres d'une confession religieuse d'organiser leur enseignement entre eux³⁴.

Tout cela n'est possible qu'avec la « double dissidence catholique et protestante ». Celle-ci nous paraît logique et carrément conforme à l'article 93 qui crée des droits confessionnels en faveur de « quelque classe particulière de personne », c'est-à-dire la classe des catholiques et la classe des protestants et non pas en faveur des minoritaires protestants et catholiques, toutes confessions confondues.

La position actuelle de la Cour suprême semble être la suivante. Il n'y aura qu'une seule dissidence sur le territoire d'une commission scolaire linguistique neutre sur le plan professionnel en faveur d'une seule minorité confessionnelle, la catholique ou la protestante. Si la dissidente est protes-

31. *Id.*, 2544.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. *Id.*, 2547.

tante, les catholiques n'y auront pas droit et devront se contenter de la commission scolaire linguistique neutre ; si la dissidente est catholique, les protestants se contenteront de la commission linguistique neutre.

On peut comprendre alors pourquoi le juge Gonthier, au nom de la Cour suprême, écrit que « l'article 93 et la loi de 1861 qu'il cristallise ne constitue pas non plus une panacée ». Il explique que « les protestants anglophones et les francophones catholiques ne pourront pas fréquemment recourir à ce mécanisme à l'endroit des commissions scolaires linguistiques »³⁵. Ils n'en auront pas besoin « puisqu'ils constitueront la majorité religieuse³⁶... »

Si le droit de dissidence est ainsi compris, c'est-à-dire s'il ne joue pas vraiment également en faveur des deux groupes religieux visés à l'article 93, la Cour suprême a raison d'affirmer que le statut de commission confessionnelle à Montréal et à Québec est plus avantageux, au motif que dans ces villes seulement les groupes protestants et catholiques sont assurés de bénéficier de leur propre commission scolaire et de gérer leurs écoles selon leurs propres convictions religieuses. C'est une interprétation restrictive du droit de dissidence qui conduit à ce résultat.

Les constitutionnalistes Chevette, Marx et Tremblay, dès 1972, ont émis l'idée que l'essentiel de la protection constitutionnelle était de permettre à un groupe religieux de bénéficier d'une commission scolaire pour gérer ses écoles suivant les principes de sa confession religieuse³⁷. Les mécanismes juridiques utilisés par le législateur à Montréal et à Québec de même que dans l'ensemble du Québec rural sont différents, mais ce n'est pas là l'essentiel. La différence est qu'à Montréal et à Québec ces groupes religieux, catholiques ou protestants, n'ont pas besoin d'être minoritaires, c'est-à-dire de former une minorité.

Dans un autre ordre d'idées, un groupe religieux, catholique ou protestant, majoritaire ou minoritaire ne pourrait-il pas invoquer le mécanisme d'extension juridique prévu dans l'article 93 (2), en vertu duquel les dissidents du Bas-Canada bénéficient des droits, des pouvoirs et des privilèges octroyés aux écoles et aux commissions séparées des catholiques du Haut-Canada³⁸ ? La Cour suprême, commentant cette disposition, précise qu'il doit s'agir de pouvoirs et de droits « relativement aux aspects confessionnels des écoles confessionnelles³⁹ » ; le droit de dissidence en est évidemment un. Or en Ontario (Haut-Canada), les catholiques ont droit à la

35. Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Québec), précité, note 1, 562.

36. *Id.*, 561.

37. F. CHEVETTE, H. MARX et A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 24, pp. 29-34.

38. P. CARRIGAN, « La raison d'être de l'article 93... », (1986) 20 *R.J.T.* 375, 438.

39. *Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 377.

création d'une commission scolaire séparée confessionnelle même s'ils sont majoritaires sur le territoire visé.

Cela voudrait dire, par exemple, qu'un groupe de catholiques, francophones ou anglophones, insatisfaits de la neutralité pourrait vraisemblablement invoquer l'article 93 pour obtenir une commission scolaire et des écoles séparées comme le font les catholiques ontariens. Pour leur refuser ce droit, il faudrait pouvoir répondre que le mécanisme d'extension juridique de l'article 93 (2) ne joue pas parce que les conditions précises de la protection constitutionnelle au Bas-Canada sont prévues exclusivement par les lois préconfédératives du Bas-Canada. Si c'est le cas, l'article 93 (2) est vidé de tout contenu, car il va de soi que l'utilité de l'extension porte sur les conditions plus avantageuses et non l'inverse.

L'arrêt de la Cour suprême nous paraît comporter deux points obscurs qui ont conduit à des conclusions discutables. Premièrement, la Cour a mal mesuré l'effet de la loi de 1988 qui est d'instaurer un réseau de commissions scolaires constitutionnellement et législativement neutres : il est possible avec cette loi qu'il n'y ait pas de « majorité religieuse ». Strictement d'ailleurs, on ne devrait plus parler de majorité religieuse pour désigner des commissions scolaires neutres sur le plan confessionnel. Deuxièmement, elle n'a pas saisi la portée exacte du droit de dissidence dont les bénéficiaires sont les « classes particulières de personnes », c'est-à-dire les catholiques et les protestants, et non l'un ou l'autre groupe ou un amalgame des deux. Tout cela lui a fait estimer que le régime dissident était moins avantageux que le régime confessionnel.

L'arrêt de la Cour suprême a un double effet pervers, soit la création d'une inégalité virtuelle entre les deux confessions religieuses et d'une inégalité entre les citoyens de Montréal et de Québec et ceux du reste du Québec.

Voilà l'imbroglie constitutionnel qui résulte de la seule thèse qui devrait offrir la cohérence nécessaire pour une application rationnelle de l'article 93.

Mais ce n'est pas tout : il y a l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui crée aussi des droits constitutionnels en faveur des minorités de langue officielle, et notamment le droit à des établissements d'enseignement qu'elles contrôleront de façon autonome là où le nombre est suffisant. Suivant la jurisprudence de la Cour suprême, cela peut vouloir dire la création d'une commission scolaire en faveur de cette minorité linguistique⁴⁰.

40. Renvoi relatif à la *Loi sur les écoles publiques* (Man.), art. 79 (3), (4), (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

Or il se peut que cette minorité linguistique se retrouve au sein d'une commission scolaire dissidente. Cette minorité, en plus du droit constitutionnel à la dissidence, a aussi le droit constitutionnel d'avoir des institutions qui lui soient propres. Ces deux droits constitutionnels ne s'annulent pas ; ils peuvent être revendiqués simultanément.

Sur un même territoire, il pourrait donc, par le jeu de l'article 93 de la Constitution et l'article 23 de la Charte, y avoir jusqu'à six commissions scolaires ayant compétence sur un même bassin de population :

- une commission scolaire neutre francophone ;
- une commission scolaire neutre anglophone ;
- une commission dissidente protestante anglophone ;
- une commission dissidente protestante francophone ;
- une commission dissidente catholique anglophone ;
- une commission dissidente catholique francophone.

Si cette prolifération bureaucratique devait se produire, il faudrait songer à remettre sérieusement en cause l'article 93 dont la raison d'être n'est plus évidente, du moins dans sa formulation de 1867. Cela ne veut toutefois pas dire que l'État doive renoncer à toute forme de soutien à la confessionnalité. D'un côté, la Constitution pourrait reconnaître le droit à des institutions confessionnelles dans le secteur privé, soutenues financièrement et équitablement par l'État. Quant au secteur public, la Constitution devrait lui reconnaître non pas le droit à des structures administratives confessionnelles, c'est-à-dire des commissions scolaires confessionnelles, mais le droit à des écoles reconnues comme confessionnelles, ou à des programmes confessionnels, suivant des normes à être déterminées par la loi, dans le respect de la liberté des consciences. Nous croyons toujours que l'idée d'école publique confessionnelle n'est pas une aberration constitutionnelle ; laïcité et confessionnalité peuvent se concilier dans le respect des Chartes des droits⁴¹.

41. Voir les développements que nous avons consacrés à cette question : P. GARANT, *Droit scolaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 91-99 ; P. GARANT, « Laïcité et confessionnalité de l'enseignement public », dans T. DE KONINCK et L. MORIN (dir.), *Urgence de la philosophie*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1986, pp. 217-232.