

Les Cahiers de droit



La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations

Sonia Pratte

Volume 31, numéro 1, 1990

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043007ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043007ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Pratte, S. (1990). La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations. *Les Cahiers de droit*, 31(1), 261–285. <https://doi.org/10.7202/043007ar>

Résumé de l'article

La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* (loi 107) organise le système scolaire public pré-collégial québécois sur une base linguistique plutôt que confessionnelle, division qui était la sienne depuis sa création. Si la Loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989, l'application de certaines de ses dispositions a cependant été retardée. Le législateur voulait d'abord en vérifier la validité en regard des garanties confessionnelles accordées par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce texte examine certains problèmes constitutionnels posés par la Loi 107 à la lumière de l'état actuel du droit.

La nouvelle Loi sur l'instruction publique et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles : quelques considérations

Sonia PRATTE *

La nouvelle Loi sur l'instruction publique (loi 107) organise le système scolaire public pré-collégial québécois sur une base linguistique plutôt que confessionnelle, division qui était la sienne depuis sa création. Si la Loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989, l'application de certaines de ses dispositions a cependant été retardée. Le législateur voulait d'abord en vérifier la validité en regard des garanties confessionnelles accordées par l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ce texte examine certains problèmes constitutionnels posés par la Loi 107 à la lumière de l'état actuel du droit.

The new Act respecting Public Education (Bill 107) organizes the Québec public pre-collegial school system along linguistic rather than religious lines, a division which belonged to it from the time of its creation. Although the Bill went into effect on July 1, 1989, the enforcement of some of its provisions has been delayed. The Legislator first wanted to check the validity of certain religious rights granted under Section 93 of the Constitutional Act, 1867. This text examines certain constitutional problems raise by Bill 107 in the light of the present state of the law.

* LL.B., avocate. L'auteure a fait ce travail sous la direction de la professeure Nicole Duplé, qu'elle remercie vivement. Elle remercie également le professeur Patrice Garant pour ses bons conseils.

1. L'article 93 et les problèmes spécifiques au régime particulier et au régime de droit commun	266
1.1. Problèmes spécifiques aux écoles de Montréal et de Québec	266
1.1.1. L'étendue territoriale des droits garantis	266
1.1.2. Le choix des commissaires	271
1.2. Problèmes spécifiques aux écoles dissidentes	272
1.2.1. Les bénéficiaires du droit à la dissidence	274
1.2.2. Les pouvoirs gouvernementaux quant à la structure juridique des commissions scolaires dissidentes	275
2. L'article 93 et les problèmes communs à l'ensemble des écoles confessionnelles	278
2.1. Compétence <i>rationae personae</i> des commissions scolaires confessionnelles ...	278
2.2. Autres aspects reliés à la mise en œuvre de la confessionnalité	279
2.2.1. Programmes d'études et manuels scolaires	280
2.2.2. Engagement des enseignants	282
Conclusion	284

Le premier juillet 1989 marquait une date importante dans le secteur de l'éducation au Québec : l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur l'instruction publique* (loi 107) ¹. Cette imposante pièce législative se propose de moderniser et de rationaliser le système scolaire public pré-collégial. Ses 728 articles s'attachent au rôle des différents intervenants en milieu scolaire, constituent des centres d'éducation des adultes, prévoient les modalités de financement et précisent les pouvoirs gouvernementaux et ministériels. Mais, de tous les aspects traités, la restructuration des organes administratifs locaux que constituent les commissions scolaires est sans doute le plus important et aussi le plus controversé. Dorénavant, plutôt que d'être organisées sur une base confessionnelle, catholique ou protestante, les commissions scolaires seront établies selon un critère linguistique, francophone ou anglophone. Cette réforme s'inscrit dans une série de tentatives infructueuses entreprises suite au dépôt du Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec (Commission Parent) afin de rendre ces structures, plus que centenaires, davantage conformes à la réalité du Québec moderne ².

1. *Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1988, c. 84.

2. Dans deux excellents articles publiés dans *le Devoir* des 25 et 26 janvier 1982, Jean-Pierre Proulx retrace les multiples tentatives de réforme avortées depuis les lendemains du Rapport Parent jusqu'au dépôt du projet de loi 40, ancêtre de la *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public* (loi 3). J.P. PROULX, « La restructuration scolaire 1) Un roman feuilleton vieux de 16 ans », *Le Devoir*, 25 janvier 1982; J.P. PROULX, « La restructuration scolaire 2) Les réformes ont échoué, faute de consensus », *Le Devoir*, 26 janvier 1982; voir aussi H. MILNER, *La réforme scolaire au Québec*, Québec/Amérique, Montréal, 1984.

Parallèlement à ce réseau de commissions scolaires linguistiques, la loi maintient cependant quatre corporations scolaires dites confessionnelles et cinq dissidentes.

Des raisons historiques et sociologiques sont à l'origine de cette diversité de structures ; des motifs politiques et juridiques en expliquent la survivance. Du point de vue juridique, le premier responsable est l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³. En effet, tout en accordant aux provinces le pouvoir législatif en matière d'éducation, l'article 93 limite celui-ci en constitutionnalisant les droits et privilèges que la loi accordait à certaines classes de personnes en 1867 relativement aux écoles confessionnelles. La *Loi sur l'instruction publique* se doit de respecter ces garanties et, à cet égard, plusieurs questions se soulèvent. Le Législateur a d'ailleurs choisi de retarder l'entrée en vigueur ou l'application d'une soixantaine de dispositions de la loi 107 susceptibles de poser problème en regard de l'article 93 et a soumis cinq questions constitutionnelles à la Cour d'appel⁴.

Ce texte ne prétend pas traiter exhaustivement de ces questions et encore moins devancer les conclusions du tribunal. Notre objectif est de montrer comment se posent les problèmes constitutionnels relatifs aux garanties confessionnelles en matière d'éducation, de présenter l'état du droit à cet égard et d'avancer une opinion afin de situer le lecteur par rapport au débat judiciaire qui s'amorce. La première partie traitera de questions constitutionnelles propres à chacun des deux régimes scolaires québécois : celui de Montréal et de Québec, et celui de droit commun. La seconde s'attardera à certains problèmes communs à l'ensemble des écoles confessionnelles que soulève la loi 107 par rapport à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais avant d'entreprendre cette étude, une brève analyse de cet article s'impose⁵.

Compromis essentiel à la conclusion du pacte fédératif, l'article 93 constitue la base légale sur laquelle doit s'édifier le système scolaire québécois.

93. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement décréter des lois relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes :

- (1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (*dénominational*) ;
- (2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par la présente étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec ;

3. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

4. Décret 610-89, G.O.Q., 26 avril 1989.

5. G. PEPIN, « L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec », (1988) 48 *R. du B.* 427, présente une étude détaillée de l'article 93.

(3) Dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existera par la loi, lors de l'union, ou sera subséquemment établi par la législature de la province — il pourra être interjeté en appel au gouverneur-général en conseil de toute loi ou décision d'aucune autorité provinciale affectant aucun des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation ;

(4) Dans le cas où il ne serait pas décrété telle loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur-général en conseil jugera nécessaire pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, — ou dans le cas où quelque décision du gouverneur-général en conseil, sur appel interjeté en vertu du présent article, ne serait pas mise à exécution par l'autorité provinciale compétente — alors et en tout tel cas, et en tant seulement que les circonstances de chaque cas l'exigeront, le parlement du Canada pourra décréter des lois propres à y remédier pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.⁶

Les limites imposées au pouvoir provincial se présentent sous deux formes distinctes : d'une part, les droits garantis énoncés par les paragraphes 1 et 2, d'autre part, ce qu'on a appelé les droits additionnels, aménagés par les 3^e et 4^e paragraphes. Ces derniers donnant ouverture à un recours essentiellement politique, nous n'en traiterons pas dans le cadre de ce texte. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 93 par contre conduisent au prétoire et leur utilisation semble connaître une recrudescence. Une violation des droits qu'ils garantissent entraîne l'inconstitutionnalité de la norme fautive. Les tribunaux l'ont d'ailleurs récemment rappelé à l'Assemblée Nationale⁷.

Deux types de difficultés se posent au juriste qui entreprend l'étude des droits garantis par l'article 93. D'abord, les termes mêmes des deux premiers paragraphes qui ont dû faire l'objet d'interprétations de la part des tribunaux de diverses provinces canadiennes de même que du Conseil privé anglais. D'autre part, la constitutionnalisation par référence qui nous renvoie à la législation préconfédérative du Québec et de l'Ontario.

En ce qui a trait au sens des mots employés, la jurisprudence a très tôt précisé que les termes « conféré par la loi, lors de l'Union » renvoyaient au droit statutaire par opposition au droit naturel⁸, aux coutumes, usages ou tolérances⁹ ou aux situations de faits¹⁰. Quant à l'expression « quelque classe particulière de personnes », on a traditionnellement considéré qu'elle référerait

6. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 3.

7. *Quebec Association of Protestant School Boards c. The Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872. Jugement déclarant inconstitutionnelle la *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public (loi 3)*, L.R.Q., c. E. 18.1, abrogée par la *Loi sur l'instruction publique*.

8. *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell* [1917] A.C. 62.

9. *Maher v. Town of Portland*, [1874] *Wheeler's Confederation of Canada* 338.

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

aux catholiques romains et aux membres de la communauté protestante prise dans son ensemble. La notion de préjudice est demeurée pour sa part assez vague. La jurisprudence classique l'a définie de façon très restrictive¹¹. Les décisions plus récentes semblent indiquer une approche plus libérale, bien qu'on y réaffirme « qu'un empiétement sur un droit ou un privilège peut ne pas toujours signifier qu'il y a eu atteinte préjudiciable à ce droit ou privilège »¹². Enfin, le Conseil privé a décidé en 1928 qu'au Québec « écoles confessionnelles » signifiaient les écoles de Montréal et de Québec, de même que les écoles dissidentes. Bien que les lords admirent que l'ensemble des écoles de la province étaient confessionnelles dans les faits, ils refusèrent de leur reconnaître ce caractère en droit¹³.

Quant à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 93, la majorité de la Cour suprême a récemment mentionné qu'il ne donnait pas lui-même valeur constitutionnelle à des droits ou privilèges qui existaient dans l'une ou l'autre province ; il vient seulement ajouter une étape à la détermination de ceux-ci en regard du paragraphe 1 de l'article 93¹⁴.

Reste la deuxième difficulté qui consiste à déterminer quels sont les droits et privilèges constitutionnalisés auxquels la législation provinciale ne peut préjudicier. Il n'existe malheureusement aucun catalogue de ceux-ci. Au Québec, la source première se trouve dans l'*Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure et les écoles normales et communes* (loi de 1861), qui était la loi en vigueur en 1867¹⁵. La législation ontarienne de l'époque est également introduite par le paragraphe 2 de l'article 93¹⁶. Ce sont ces textes que les tribunaux, jugement après jugement, et ce depuis plus de 120 ans, s'emploient à interpréter afin d'en dégager les garanties confessionnelles. C'est en tenant compte de ces enseignements, mais aussi de l'inconnu et de l'impondérable qui s'attachent à ces droits constitutionnels que nous confronterons la nouvelle *Loi sur l'instruction publique*.

11. *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445, et *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. R.*, [1928] A.C. 363 illustrent bien cette interprétation.

12. *P.G. of Québec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, p. 594 où le juge Chouinard reprend les termes de l'arrêt *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76, p. 81.

13. *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, *supra*, note 10.

14. *La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. P.G. du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 377, p. 418.

15. S.R.B.C. 1861, c. 15.

16. Elle se compose de quatre lois : *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 22 Vict. c. 64, *An Act respecting Separate Schools*, C.S.U.C. 22 Vict. c. 65, *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées* (loi Scott) C.S.U.C. 26 Vict. c. 5, *Acte pour perfectionner davantage les écoles de grammaires dans le Haut-Canada*, C.S.U.C. 29 Vict. c. 23.

1. L'article 93 et les problèmes spécifiques au régime particulier et au régime de droit commun

Depuis 1841, la province de Québec compte deux régimes scolaires : le régime particulier de Montréal et de Québec et le régime de droit commun qui s'applique sur le reste du territoire. Des écoles confessionnelles, au sens juridique donné à ces termes dans l'arrêt *Hirsch*, existent dans l'un et l'autre : de façon inhérente au régime de Montréal et de Québec, suite à l'exercice du droit à la dissidence ailleurs en province. À ce titre, ces écoles sont donc couvertes par l'article 93. Toutefois, la dualité de régime fait en sorte que certaines questions relativement aux garanties confessionnelles se posent différemment.

1.1. Problèmes spécifiques aux écoles de Montréal et de Québec

C'est aux articles 128 à 134 de la loi de 1861 que se retrouvent les dispositions particulières aux cités de Montréal et de Québec. Dans ces villes, les commissaires ne sont pas élus, mais bien nommés par la corporation municipale et forment deux conseils distincts composés de six catholiques et six protestants. Chacune des cités doit être considérée comme une seule municipalité scolaire. Aucune taxe scolaire à proprement parler n'est imposée, mais c'est la corporation municipale qui paie aux bureaux des commissaires, à même ses fonds, la somme fixée par la loi et ce, proportionnellement au chiffre de la population de la croyance religieuse représentée par les deux conseils. Pour le reste, *grosso modo*, les dispositions générales de la loi s'appliquent. C'est donc dans ce cadre qu'il faut rechercher les droits et privilèges dont il est question à l'article 93.

Une question préliminaire se pose toutefois : quelle est l'aire territoriale bénéficiant de la protection constitutionnelle ? En d'autres termes, lorsqu'il est question des écoles confessionnelles de Montréal et de Québec, et conséquemment des bénéficiaires des droits et privilèges relativement à celles-ci, quelle réalité envisage-t-on ?

1.1.1. L'étendue territoriale des droits garantis

En 1867, les territoires desservis par les corporations scolaires catholiques et protestantes de Montréal et de Québec étaient identiques à ceux des deux villes. Depuis lors cependant les frontières municipales se sont agrandies par voie d'annexion. La juridiction des commissions scolaires s'est elle aussi accrue jusqu'à dépasser, dans certains cas de plusieurs kilomètres, les limites actuelles des villes de Montréal et de Québec.

La Cour suprême dans l'arrêt *Hirsch* avait abordé, sans prendre position, la question de ces extensions territoriales par rapport aux commissions scolaires dissidentes dont le territoire aurait été annexé à celui de Montréal ou de Québec¹⁷. En appel, le Conseil privé se contenta d'affirmer que « no post Union annexation of territory could deprive any class of person of protection afforded to them by s. 93 of the Act of 1867 »¹⁸. La portée exacte de cet énoncé est toujours restée équivoque¹⁹. En 1980, la question s'est posée clairement, mais sous un angle différent. Si l'annexion d'un territoire à la ville de Montréal ne pouvait préjudicier aux droits confessionnels détenus par certaines personnes, pouvait-elle, par ailleurs, étendre ces droits aux résidents du territoire annexé?²⁰ Les propos du juge Deschênes dans l'affaire *Clément-Séguin* sont sujets à interprétation. D'une part, ces propos laissent entendre que l'intégration d'une école à un réseau confessionnel suffirait à étendre la protection offerte par l'article 93²¹. D'un autre côté, on constate qu'il parle en termes de « ville agrandie » et qu'il considère qu'on ne doit pas empêcher les droits et privilèges religieux « de croître avec l'organisation métropolitaine ». Aussi, ne sait-on pas très bien s'il accorde à l'école Notre-Dame-des-Neiges un statut confessionnel uniquement parce qu'elle fait partie du réseau de la C.E.C.M. ou bien si c'est aussi parce qu'elle se trouve en territoire montréalais.

Le juge Brossard de la Cour supérieure, dans son jugement sur la loi 3, semble considérer que son collègue a adopté la deuxième hypothèse puisqu'il reprend ses propos à l'appui de sa thèse²². Le savant juge estime que :

les limites territoriales juridiques des villes de Montréal et de Québec, quelle que soit leur évolution dans le temps, constituent effectivement les seules frontières objectives et logiques où l'on peut reconnaître les « classes de personnes » visées à l'article 93.²³

Selon lui, « la loi de 1861 référerait, quant aux villes de Montréal et de Québec non pas à des limites territoriales, mais à une structure juridique »²⁴. De cette interrelation, on tire la conséquence que tous les catholiques et

17. *Hirsch v. The Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1926] R.C.S. 246, p. 259.

18. *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, *supra*, note 10, p. 213.

19. G. HOULE, *Le cadre juridique de l'administration scolaire au Québec*, (1966) annexe au Rapport de la Commission Royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec, Éditeur Officiel du Québec, p. 158-159.

20. *Clément-Séguin c. P.G. du Québec*, [1980] C.S. 443.

21. *Id.*, p. 457. Voir : P. GARANT, J. GOSSELIN et B. TREMBLAY, « Les soubresauts de la réforme scolaire : la constitutionnalité de la loi 3 », (1985) 16 *R.D.U.S.* 205, p. 214-215.

22. *Quebec Association of Protestant School Boards c. The Attorney General of Quebec*, *supra*, note 7, p. 895.

23. *Id.*, p. 894.

24. *Id.*

protestants résidant dans les villes de Montréal ou de Québec, mais seulement eux, bénéficieraient de la protection de l'article 93.

Devant cet état du droit, le Législateur a fait preuve de prudence. La loi 107 maintient les quatre corporations scolaires confessionnelles : la Commission des écoles catholiques de Montréal (C.E.C.M.), la Commission des écoles protestantes du Grand Montréal (C.E.P.G.M.), la Commission des écoles catholiques de Québec (C.E.C.Q.), la Commission scolaire Greater Quebec (C.S.G.Q.), sur leur territoire actuel. Mais elle réserve au gouvernement le pouvoir de modifier celui-ci par décret ²⁵.

Comment les tribunaux jugeront-ils cette position ? Leur décision risque fort de venir baliser le pouvoir gouvernemental. Ils décideront peut-être que les limites de 1867 sont celles qui doivent être considérées. Peut-être adopteront-ils plutôt la position du juge Brossard. La Cour pourrait aussi décider que la protection constitutionnelle est fonction des seules limites des corporations confessionnelles. Dans ce cas, puisqu'en 1867 le gouverneur en conseil avait le pouvoir de changer les limites des municipalités scolaires, le gouvernement, procédant par décret, jouirait d'une grande liberté ²⁶.

Dans la mesure toutefois où l'une des deux premières thèses serait retenue, le pouvoir conféré par l'article 123 devra être exercé en conséquence. Si seuls les catholiques et les protestants résidant à l'intérieur des limites municipales de Québec et de Montréal telles qu'elles existaient en 1867 sont protégés, le gouvernement pourrait alors réduire à cette dimension, mais pas au-delà, le territoire des corporations confessionnelles. Le droit à la dissidence renaîtrait vraisemblablement sur le territoire retranché. On peut même se demander si un tel réajustement quant à l'étendue du territoire des commissions scolaires confessionnelles ne serait pas rendu nécessaire, considérant que les droits et privilèges qu'on y retrouve diffèrent, à certains égards, de ceux qui se rattachent à l'exercice du droit à la dissidence.

La même question se soulève si la cour privilégie la seconde thèse. Dans ce cas, elle devra en plus se demander ce qui arriverait si le gouvernement décidait de réduire en deçà des frontières de 1867 ou, à la limite, de dissoudre les corporations municipales de Montréal et de Québec, éventualité toutefois peu probable.

Une quatrième interprétation, inédite, peut-être défendue. Elle consiste à affirmer que les régimes de Montréal et de Québec ont été ainsi créés par souci de commodité uniquement. La concentration de la population et sa composition religieuse auraient conduit, dans ces deux villes, à la consécration législative

25. *Loi sur l'instruction publique*, *supra*, note 1, art. 122-123.

26. *Loi de 1861*, *supra*, note 15, art. 30.

d'un système offrant une protection analogue à celle que l'on retrouve dans le régime de droit commun, mais en évitant de multiplier les corporations dissidentes²⁷. Le Législateur préconfédératif n'aurait, ni plus ni moins, qu'institué deux corporations dissidentes majoritaires sur ces territoires. Conséquemment, les limites alors déterminées n'auraient pas de valeur en elles-mêmes et le fait d'accorder partout le droit à la dissidence serait conforme à l'esprit de la loi et n'aurait pas pour effet de causer préjudice aux bénéficiaires de l'article 93.

En pratique, une telle prise de position présente un grand intérêt. D'une part, elle permettrait d'uniformiser notre système scolaire en faisant disparaître des barrières territoriales et institutionnelles que plusieurs considèrent comme archaïques et d'une lourdeur excessive. D'autre part, le caractère libéral et pluraliste de la société québécoise des années 90 semblerait mieux rendu. Les deux communautés fondatrices conserveraient l'assurance de pouvoir créer des institutions qui répondent aux besoins de leurs membres, tandis que les autres citoyens bénéficieraient d'un système scolaire non confessionnel, tout en gardant la possibilité de donner à l'école le caractère qui répond aux désirs de la clientèle qui la fréquente.

Nous croyons pour notre part que la législation préconfédérative établit une corrélation entre les corporations municipales et scolaires de Montréal et de Québec. Celle-ci se retrouve à travers les modalités particulières en matière de financement, de fiscalité et de nomination des commissaires. Selon l'article 129 de cette loi, chacune des cités de Québec et de Montréal était en principe considérée comme une seule municipalité, mais si l'on devait établir des arrondissements d'école cela impliquait que ce soit sur ce même territoire. Bien mal venu celui qui aurait alors décidé de limiter le régime bi-confessionnel institué à quelques quartiers seulement de ces villes. De même, il semble bien que l'élargissement du régime en dehors des limites de celles-ci ne corresponde ni à la lettre, ni à l'esprit de la loi. Par ailleurs, comme les articles 128 à 134 de la loi de 1861 constituent des dispositions dérogatoires, elles devaient primer sur le régime général, y compris l'article 30 qui conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier les limites des commissions scolaires. La même logique nous conduit à subordonner le droit et l'exercice de la dissidence aux variations des limites municipales des villes de Montréal et de Québec. Cette conclusion ne nous apparaît pas incompatible avec les *obiter* exprimés par la

27. P. CARIGNAN, « La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841 » (1982-1983) 17 *R.J.T.* 9. Voir à la page 70, où on apprend que catholiques romains et protestants formaient ensemble 99 % de la population des villes de Montréal et de Québec. Voir aussi à la page 61, un tableau de la répartition de la population sur le territoire québécois à cette époque.

Cour suprême et par le Conseil privé dans l'affaire *Hirsch*.²⁸ Ceci nous amène à défendre que les territoires des villes et des corporations scolaires auraient dû évoluer de façon concomitante. Si cette conclusion peut paraître « incongrue »²⁹, il semble pourtant que c'est bien le régime que le Législateur de 1841 a mis en place.

Au fil des ans cependant, les territoires des commissions scolaires confessionnelles ont débordé ceux des municipalités. De même, les dispositions d'ordre fiscal, financier et celles concernant la nomination des commissaires ont été modifiées. La plupart de ces modifications ont été introduites sans que personne ne trouve à s'en plaindre. Y aurait-il eu matière à le faire ?

Une chose est certaine, le Législateur de 1841 ne pouvait savoir que la solution qu'il avait imaginée pour satisfaire aux besoins et aux intérêts d'alors allait être perpétuée. Quant aux Pères de la Confédération, il faut bien voir dans quel esprit ils ont adopté l'article 93.

Comme l'épineuse question des écoles risquait de compromettre le projet de confédération, il [le constituant de 1867] a dû choisir la seule technique de cristallisation constitutionnelle acceptable aux parties. [...] En se comportant de la sorte, le constituant manifeste moins une faveur pour le constitutionnalisme qu'un souci de faciliter le projet de fédération.³⁰

Dans cette optique et malgré la conclusion à laquelle nous paraît conduire une stricte interprétation de la loi de 1861, les tribunaux pourraient peut-être être amenés à pencher vers une interprétation qui ne reconnaîtrait pas de frontières constitutionnellement protégées. Il nous semble que la façon d'aborder l'article 93 récemment exprimée par notre plus haut tribunal pourrait être invoquée en ce sens.

Certes, les droits ou privilèges résultant de textes législatifs ordinaires, dont le par. 93(1), sont figés depuis la Confédération. Mais tout comme la compétence provinciale de base, qui selon le vicomte Cave n'a pas été « stéréotypée » lors de l'union, l'exception à cette compétence a également évolué au cours des années sous l'effet de l'interprétation judiciaire.³¹

28. *Hirsch v. The Protestant School Board of School Commissioners of Montreal*, [1926] R.C.S. 246, p. 259; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, *supra*, note 10, p. 213.

29. *Quebec Association of Protestant School Boards c. The Attorney General of Quebec*, *supra*, note 7, p. 894.

30. P. CARIGNAN, « La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation », (1986) 20 R.J.T. 375, p. 449 et 451.

31. *La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. P.G. du Québec*, *supra*, note 14, p. 402.

1.1.2. Le choix des commissaires

Une autre question qui se pose par rapport au nouveau régime est celle du choix des commissaires à la tête des corporations scolaires confessionnelles. On peut aisément penser que cet élément fait partie des garanties confessionnelles. Les lords du Conseil privé ont déjà affirmé :

... it appears to their Lordships that the provisions for the management and control of the schools by persons of a particular religious persuasion set upon them a denominational stamp which could not be affect by the attendance of a certain number of children of a divergent faith.³²

En 1867, les commissaires des corporations scolaires de Montréal et de Québec étaient statutairement nommés sur une base confessionnelle. Sous l'ancienne *Loi sur l'instruction publique*, les commissaires étaient élus indépendamment de leur croyance religieuse et depuis 1985, le droit de vote des électeurs n'était plus tributaire de leur appartenance religieuse³³. La validité de ce processus avait été soulevée dans l'article précité du professeur Pépin³⁴. Il soulignait alors les difficultés que posait en regard de l'article 93, un processus électoral qui permettait à des non-catholiques et à des non-protestants de participer au contrôle et à la gestion d'une corporation confessionnelle. Selon lui, une telle situation pouvait être valide, mais à la condition que seuls les bénéficiaires de l'article 93 aient voté en ce sens.

La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* réfère pour sa part à la *Loi sur les élections scolaires* (loi 106), en ce qui a trait à la composition du conseil des commissaires³⁵. En vertu de cette loi, peut-être élu commissaire d'une commission scolaire, toute personne qui a le droit d'être inscrite sur la liste électorale de cette commission scolaire et qui, à la date du scrutin, a son domicile sur le territoire de la commission scolaire depuis au moins six mois³⁶. Ce droit d'être inscrit est régi par les articles 12 et suivants de la loi 106 et il va de pair avec la qualité d'électeur et l'exercice du droit de vote. Possède les qualités d'électeur toute personne qui, à la date du scrutin, remplit les conditions énumérées à l'article 12, à l'exception de celle prévue au paragraphe 4 qui n'est pas encore en vigueur³⁷. Pour pouvoir exercer son droit de vote, une personne doit être inscrite sur la liste électorale et elle le sera sur celle de la

32. *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, *supra*, note 10, p. 212.

33. *Loi sur l'instruction publique*. L.R.Q., c. I-14, art. 78, 567.6.

34. G. PÉPIN, *supra* note 4, p. 447.

35. *Loi sur les élections scolaires*, L.Q. 1989, c.36. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989, elle s'applique à toute commission scolaire, à l'exception des régionales et des commissions scolaires Crie, Kativik et du Littoral.

36. *Id.*, art. 20.

37. *Id.*, art. 285.

circonscription où est situé son domicile. Cependant, lorsque celui-ci se trouve sur le territoire de plus d'une commission scolaire, comme ce sera le cas pour les personnes domiciliées sur le territoire des quatre commissions scolaires confessionnelles, des règles particulières s'imposent. On retrouve celles-ci aux articles 15 et 16. Cependant, l'article 18 prévoit que par dérogation à ces deux dernières dispositions, seuls peuvent voter à l'élection des commissaires d'une commission scolaire confessionnelle catholique, les électeurs qui se déclarent d'une confession religieuse autre que protestante ou qui se réclament d'aucune confession. La même exception s'applique pour les commissions scolaires confessionnelles protestantes sauf qu'elle fait mention de confession religieuse autre que catholique.

Ainsi donc, un certain nombre d'électeurs risquent de ne pas être catholiques ou protestants. De plus, rien ne garantit aux catholiques et protestants bénéficiaires des garanties constitutionnelles sous l'article 93 que les commissaires appelés à diriger les corporations scolaires confessionnelles seront de foi catholique ou protestante selon le cas. Dans ces conditions, la loi préjudicie-t-elle aux droits des bénéficiaires de l'article 93 ?

Il est certain qu'en 1867, catholiques et protestants de Montréal et de Québec avaient droit à ce que les administrateurs de leur corporation scolaire respective partagent leur foi. Les vastes pouvoirs conférés aux commissaires relativement à la confessionnalité des écoles placées sous leur juridiction expliquent probablement cette exigence. D'un autre côté, on pourrait avancer que les commissaires sont d'abord des administrateurs formant une corporation morale distincte des membres qui la composent. Dans ce cadre, le fait qu'un ou plusieurs au sein du conseil ne soit(ent) pas de foi catholique ou protestante selon le cas, n'empêcherait pas la commission scolaire confessionnelle de remplir sa mission adéquatement ne causant ainsi aucun préjudice aux bénéficiaires de l'article 93. Peut-être est-ce le cas. Mais, dans la mesure où l'on considère que le choix des commissaires est un élément relié à la confessionnalité, le préjudice nous paraît être plus évident.

1.2. Problèmes spécifiques aux écoles dissidentes

Le système implanté dans les villes de Montréal et de Québec en est un d'exception. Dans le régime de droit commun préconfédératif, les commissaires sont élus par les propriétaires et les résidents de la municipalité scolaire. La croyance religieuse n'entre en ligne de compte ni pour l'éligibilité au poste de commissaire, ni pour l'obtention du cens électoral. La loi n'impose expressément aucun caractère confessionnel aux commissions scolaires en région, ni à leurs écoles, qui sont communes. La souplesse de la loi fait en sorte que l'orientation religieuse des écoles est laissée à la discrétion des élus locaux et, en définitive, au sentiment majoritaire qui prévaut à l'intérieur de la municipalité scolaire.

En optant pour ce régime, le Législateur préconfédératif n'est que trop conscient des antagonismes religieux qui divisent la population du Bas-Canada. D'ailleurs, le dessein original de l'autorité coloniale de l'époque n'était-il pas d'établir un système scolaire unifié, à l'intérieur duquel catholiques et protestants fréquenteraient les mêmes écoles, où l'enseignement religieux dispensé serait exempt de tout dogmatisme et à l'aide duquel les franco-catholiques finiraient par s'assimiler au peuple conquérant ? Mais les autorités épiscopales, autant catholiques que protestantes, en particulier anglicanes, refusent de céder leur pouvoir à l'État et s'accrochent à leur enseignement sectaire. Devant ces pressions, le gouvernement fait volte-face. En 1841, le régime bi-confessionnel de Montréal et de Québec est adopté et le droit à la dissidence institué en région³⁸. Ce dernier est repris avec quelques modifications de forme seulement dans la loi de 1861.

Si dans quelque municipalité que ce soit, les règlements et arrangements des commissaires d'école pour la régie d'une école, ne conviennent pas à un nombre quelconque d'habitants professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité des habitants de telle municipalité, les dits habitants dissidents collectivement pourront signifier leur dissentiment par écrit au président des dits commissaires, et lui soumettre les noms de trois syndics choisis par eux pour les fins de cet acte :

Tels syndics seront soumis aux mêmes devoirs et auront les mêmes pouvoirs que les commissaires d'école, mais pour la régie des écoles sous leur contrôle seulement...³⁹

Le caractère confessionnel des écoles administrées par la corporation de syndics est indiscutable⁴⁰. Les syndics sont élus parmi les dissidents et par ceux-ci. Les écoles dissidentes reçoivent leur part proportionnelle des fonds publics, mais elles sont pour le reste financées par les dissidents. Elles sont réservées, de droit, à des coreligionnaires. Enfin, les dispositions générales concernant le choix des professeurs et des manuels de classe tout comme celles ayant trait au droit de visite, s'appliquent⁴¹. Le droit à la dissidence qui permet l'établissement de ces écoles confessionnelles constitue un droit conféré à certaines classes de personnes au sens de l'article 93 de la Constitution. Mais, ici encore, la question préliminaire se pose : qui sont les bénéficiaires de ce droit à la dissidence ?

38. Pour une étude fouillée de cette période de notre histoire scolaire, voir : P. CARIGNAN, *supra*, note 27.

39. *Loi de 1861*, *supra*, note 15, art. 55.

40. *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, *supra*, note 10, p. 209-210.

41. *Loi de 1861*, *supra*, note 15, art. 55, 56(2) (3), 57, 58, 65(1) (2), 120.

1.2.1. Les bénéficiaires du droit à la dissidence

On a pu croire que cette question des bénéficiaires du droit à la dissidence était réglée depuis longtemps. En effet, et ce malgré l'absence apparente de limitation dans le texte de la loi de 1861, les tribunaux ont toujours considéré que le droit à la dissidence n'appartenait qu'aux seuls catholiques et protestants pris en bloc.

G. Houle rendait cependant compte, en 1966, des divergences de vues qui s'opposaient à ce sujet⁴². Plus récemment dans une étude fort étoffée portant sur la loi de 1841, le professeur Carignan, spécialiste en la matière, affirmait que le droit à la dissidence était selon la loi de 1841 accordé aux adeptes d'autres confessions, chrétiennes ou non, et même aux différentes sectes catholiques ou protestantes⁴³. Puisque, comme nous le disions plus tôt, le texte original n'a été modifié que sur le plan de la forme dans la loi de 1861, on peut avancer que tel était encore l'état du droit en 1867.

L'article 126 de la *Loi sur l'instruction publique* restreint expressément le droit de dissidence aux personnes de foi catholique ou protestante.

Un nombre quelconque de personnes physiques majeures résidant sur le territoire d'une commission scolaire, à l'exception de celui d'une commission scolaire confessionnelle, et qui appartiennent 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 peuvent signifier, par écrit, à cette dernière un avis par lequel elles lui font part de leur intention de former une commission scolaire dissidente.⁴⁴

Le renvoi déposé en Cour d'appel soulève la constitutionnalité du mode d'exercice du droit à la dissidence tel qu'il est aménagé dans la loi 107. Bien que cette question soit d'une portée plus vaste, l'identité des bénéficiaires du droit à la dissidence pourrait être soulevée. Appelés à se prononcer expressément sur cet aspect, les juges accepteraient-ils l'opinion émise par le professeur Carignan? Et même dans ce cas, l'issue dépendrait de l'interprétation donnée aux termes « quelque classe particulière de personnes » de l'article 93. À cet égard, même si le juge Deschênes dans l'affaire *Notre-Dame-des-Neiges* se disait prêt à accepter que d'autres classes de personnes puissent exister, pourvu que le lien qui les unit soit une foi commune⁴⁵, le contexte social et historique dans lequel s'insère l'adoption de l'article 93, l'évolution législative post-confédérative, l'ensemble de l'article 93 et la tendance jurisprudentielle semblent conduire à une interprétation plus restrictive.

42. G. HOULE, *supra*, note 19, p. 162-163.

43. P. CARIGNAN, *supra*, note 27, p. 58.

44. *Loi sur l'instruction publique*, *supra*, note 1, art. 126.

45. *Clément-Séguin c. P.G. du Québec*, *supra*, note 20, p. 450.

En effet, on constate que les débats entourant la conclusion du pacte fédératif ne font allusion qu'aux communautés catholique et protestante. Par ailleurs, une loi de 1869 est venue préciser que les termes « minorité » et « majorité religieuse » employés dans les lois scolaires signifiaient minorité ou majorité catholique ou protestante selon le cas⁴⁶. Même si cette disposition n'a en elle-même aucune force probante quant à l'interprétation des lois préconfédératives, son adoption peut nous éclairer sur le sens donné à ces expressions à l'époque. Un autre argument tient au fait que les paragraphes 2 et 3 de l'article 93 ne réfèrent qu'aux catholiques et protestants. Enfin, comme nous l'avons mentionné, les tribunaux ont toujours considéré que seules ces deux communautés étaient visées.

Ainsi, même si on devait tenir pour avéré la conception du droit à la dissidence proposée par le professeur Carignan, et malgré l'interprétation littérale à laquelle semble inviter l'expression « quelque classe particulière de personnes » que l'on retrouve au paragraphe 1 de l'article 93, il est très probable que les tribunaux considèrent que les catholiques et les protestants sont les seuls bénéficiaires constitutionnels du droit à la dissidence. Si toutefois il devait en être autrement, il est certain que l'article 126 serait inconstitutionnel. L'organisation scolaire serait sans doute bouleversée et on pourrait craindre un morcellement du système.

1.2.2. Les pouvoirs gouvernementaux quant à la structure juridique des commissions scolaires dissidentes

La *Loi sur l'instruction publique* maintient, nous venons de le voir, le droit à la dissidence. Elle continue également sur leur territoire actuel l'existence des cinq commissions scolaires dissidentes en opération lors de son entrée en vigueur⁴⁷. La loi introduit toutefois de nouveaux pouvoirs gouvernementaux à l'égard de la structure juridique et de l'existence de ces corporations dissidentes ou de celles qui se créeraient éventuellement. D'une part, le gouvernement acquiert le pouvoir *proprio motu* de réunir les territoires de commissions scolaires dissidentes limitrophes afin de former une nouvelle commission scolaire ou d'annexer totalement une des commissions à l'autre. De même, il peut diviser le territoire d'une dissidente, soit pour en former une nouvelle sur ce territoire ou pour annexer celui-ci à une autre commission

46. *Acte pour amender les lois concernant l'Éducation en cette Province*, 32 Vict. c. 16, art. 38.

47. *Loi sur l'instruction publique*, *supra*, note 1, art. 125. Continuent leur existence, les trois commissions scolaires dissidentes protestantes de Baie-Comeau, de Rouyn et Laurentienne et les deux commissions scolaires dissidentes catholiques de Greenfield-Park et de Portage-du-Fort.

scolaire dissidente qui y consent⁴⁸. D'autre part, un décret gouvernemental peut mettre fin à l'existence d'une commission scolaire dissidente qui n'exerce aucune des fonctions générales d'une commission scolaire⁴⁹. Ces pouvoirs du gouvernement affectent-ils les droits et privilèges protégés par les paragraphes 1 et 2 de l'article 93?

Rappelons d'abord que la législation préconfédérative donne plein pouvoir au gouverneur en conseil pour changer les limites des municipalités scolaires, les subdiviser ou en établir de nouvelles et ce sans autre détail. Ce n'est qu'à compter de 1899 que la loi subordonne ce pouvoir à la volonté des parties concernées⁵⁰. La législation ontarienne ne peut davantage venir en aide aux dissidents. Aussi, il semble difficile de contester ces dispositions sur la base des paragraphes 1 et 2 de l'article 93.

Quant au pouvoir accordé au gouvernement par l'article 139, on peut effectivement se questionner sur la raison d'être d'une corporation publique qui n'exerce, ni par elle-même, ni au moyen d'ententes, aucune des fonctions pour lesquelles elle a été constituée. La loi de 1861 prévoyait que pour avoir droit à sa part de subvention, une école devait avoir été en opération pendant au moins huit mois et avoir été fréquentée par au moins quinze enfants⁵¹. Aucune de ses dispositions ne traitaient de l'abolition d'une commission scolaire. Dans ce contexte, le pouvoir de mettre fin à l'existence d'une corporation dissidente, tel qu'on le retrouve à l'article 139 de la loi 107, porte-t-il préjudice au sens de l'article 93?

Bien que tenus dans un cadre quelque peu différent, les propos du juge Brossard dans son jugement invalidant la *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public*, sembleraient conduire à une réponse affirmative. Par analogie avec la situation envisagée dans ce jugement, on peut arguer que dans la mesure où une corporation dissidente a acquis, à l'aide des taxes imposées à sa clientèle, certains actifs, mettre fin à son existence, et donc transférer ses biens, serait contraire à l'article 93.

Le tribunal est d'opinion que les droits acquis résultant de l'exercice de la dissidence acquièrent la même protection que le droit même à la dissidence et qu'ils ne sauraient non plus être affectés de façon préjudiciable sans qu'il n'y ait atteinte à l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867.⁵²

48. *Id.*, art. 137.

49. *Id.*, art. 139.

50. 62 Vict., c. 28, art. 96.

51. *Loi de 1861*, *supra*, note 15, art. 90.

52. *Quebec Association of Protestant School Boards c. The Attorney General of Quebec*, *supra*, note 7, p. 896.

Cette théorie des droits acquis a été vivement critiquée par le professeur Garant dans son article précité. Outre les failles relevées sur le plan de la notion juridique des droits acquis, qui n'ont pas d'application par rapport à l'article 139, M^e Garant souligne que le droit à la dissidence n'est pas un droit patrimonial. Le droit possédé par les classes de personnes visées à l'article 93 est celui de déclarer collectivement leur dissidence. Aussi, dans la mesure où ce droit ne s'éteint pas malgré son non-exercice et peut toujours être exercé à nouveau pour donner naissance à une autre corporation dissidente, il semble que l'article 93 ne puisse faire obstacle à l'extinction d'une commission scolaire dissidente n'exerçant aucune fonction.

Nous sommes d'accord avec le professeur Garant pour dire que ce que protège l'article 93, c'est le droit de certaines personnes de déclarer leur dissidence et de jouir des droits et privilèges qui s'y attachent. Parallèlement, nous croyons que le Législateur ne pourrait s'arroger le pouvoir de mettre fin, péremptoirement et sans aucune justification, à l'existence d'une corporation dissidente. Ce serait faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Le pouvoir prévu à l'article 139 de la loi 107 n'est pas tout à fait de cet ordre. Si une commission scolaire n'exerce aucune des fonctions prévues aux articles 208 à 220, c'est qu'elle n'a aucun enfant inscrit chez elle. Puisqu'une commission scolaire est conçue pour l'organisation et la régie des services éducatifs, elle perd du coup sa raison d'être. La dissoudre n'aurait donc pas le même effet que dans le cas envisagé ci-dessus.

Un préjudice pourrait-il tout de même être causé au sens de l'article 93 ? À cet égard, les dispositions prévues par la loi 107 pour la mise en place des corporations dissidentes pourraient être invoquées par le procureur général. L'article 134 de la loi, en particulier, assure qu'il doit y avoir une répartition des droits et obligations entre les premiers commissaires d'une corporation dissidente et la commission scolaire qui a reçu l'avis de dissidence. Si un différend survient entre les deux commissions scolaires, le ministre doit trancher, mais en faisant en sorte que sa décision ne prive pas la commission scolaire dissidente des biens nécessaires à son fonctionnement. Cette disposition constitue un élément qui pourrait contribuer à contrer l'argument de la privation de la structure matérielle essentielle à l'exercice concret du droit à la dissidence qui avait été soulevé par le juge Brossard et qui pourrait peut-être être repris dans ce cas-ci. Une minorité religieuse au sens de l'article 126 aurait donc l'assurance de pouvoir constituer et faire fonctionner, lorsque le besoin s'en ferait sentir, une nouvelle corporation dissidente. Un tribunal pourrait donc juger que l'article 139 ne porte pas d'atteinte, de façon préjudiciable, aux droits et privilèges confessionnels. Une interprétation plus large de la notion de préjudice pourrait par contre être privilégiée et conduire alors à une toute autre décision.

2. L'article 93 et les problèmes communs à l'ensemble des écoles confessionnelles

La *Loi sur l'instruction publique* pose également certaines questions constitutionnelles indépendamment du régime scolaire. Il en est ainsi parce que certains droits relatifs aux écoles confessionnelles étaient accordés en 1867 indistinctement sur tout le territoire québécois.

2.1. Compétence *rationae personae* des commissions scolaires confessionnelles

La nouvelle loi apporte un changement majeur quant à la compétence *rationae personae* des commissions scolaires qui ont juridiction sur les écoles confessionnelles. Dorénavant, les écoles des quatre corporations confessionnelles ne seront plus communes. Quant aux commissaires (la nouvelle loi n'emploie plus l'appellation syndic) des commissions scolaires dissidentes, ils ne pourront plus accueillir dans leurs écoles, même s'ils le désirent, des enfants d'une croyance religieuse différente de celle de la minorité dissidente.

Seules relèvent de la compétence d'une commission scolaire confessionnelle ou dissidente les personnes qui sont de la confession religieuse dont la commission scolaire se réclame et qui choisissent de relever de cette commission scolaire.⁵³

Cette disposition porte-t-elle préjudice à un droit ou privilège conféré à quelque classe de personnes relativement aux écoles confessionnelles ? D'abord rappelons que jusqu'à nouvel ordre, catholiques et protestants uniquement peuvent invoquer l'article 93 pour réclamer l'invalidité d'une norme législative.

Il est clair que cette limitation expresse de compétence, de même que le nouveau choix qui s'offre à la clientèle domiciliée sur le territoire des commissions scolaires confessionnelles de Montréal et de Québec, aura un effet à la baisse sur le nombre d'inscriptions, avec les conséquences que cela entraîne. Toutefois, les tribunaux ont déjà clairement reconnu la possibilité d'établir un troisième réseau dans ces villes.⁵⁴

Quant aux commissions scolaires dissidentes, la jurisprudence a très tôt précisé que les écoles dissidentes étaient de droit réservées aux dissidents ou à leurs coreligionnaires.⁵⁵ Les enfants d'une autre croyance ne pouvaient être admis que par faveur des syndics et on peut difficilement prétendre qu'il s'agissait là d'un pouvoir « relativement aux écoles confessionnelles » au sens où cette expression a été interprétée.

53. *Loi sur l'instruction publique*, *supra*, note 1, art. 206.

54. *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, *supra*, note 10, p. 215.

55. *Id.*

Il faut revenir à l'essence de l'article 93. Cette disposition protège le droit des catholiques et des protestants d'établir et de faire fonctionner leurs écoles. Elle ne leur donne pas le pouvoir de forcer leurs coreligionnaires, et encore moins d'obliger l'ensemble de la population à fréquenter leurs établissements. Par ailleurs, le Législateur ne peut être tenu responsable du changement survenu dans les mœurs qui inciterait les citoyens à opter pour l'école non confessionnelle. Prétendre que limiter l'accès des écoles confessionnelles aux personnes qui ont le droit d'en bénéficier leur cause préjudice nous semble assez paradoxal.

2.2. Autres aspects reliés à la mise en œuvre de la confessionnalité

Le Législateur a le devoir constitutionnel de veiller à ce que les lois ne préjudicient pas aux droits et privilèges confessionnels. Cette responsabilité suppose non seulement que les écoles confessionnelles ont le droit d'exister, mais que le régime mis en place leur permet de fonctionner, à tout le moins dans des conditions équivalentes à celles qui, en 1867, assuraient leur caractère confessionnel. La plus haute juridiction a été unanime dans la récente affaire de la *Commission des écoles catholiques du Grand Montréal* à affirmer que la protection constitutionnelle sous l'article 93 comporte aussi bien des éléments confessionnels que non confessionnels. La majorité endosse les propos des auteurs Chevette, Marx et Tremblay à l'effet que l'esprit de l'article 93 vise à garantir la confessionnalité de l'enseignement dans les écoles de Montréal et de Québec, de même que dans les écoles dissidentes et que, pour assurer cet objectif, certains moyens (pouvoirs financiers ou d'engagement des maîtres par exemple) ou structures administratives bénéficient également de la protection constitutionnelle⁵⁶.

Nous avons déjà traité de certains aspects de la structure administrative qui pouvaient poser problème avec la nouvelle loi⁵⁷. Nous n'étudierons pas les pouvoirs financiers qui entourent l'exercice des droits confessionnels, préférant nous consacrer aux éléments tels le programme d'études, les manuels scolaires et l'engagement des professeurs. À cet égard, on peut lire dans l'annexe au Rapport Parent précitée :

Il est de l'essence même d'une école confessionnelle que l'enseignement y soit dispensé conformément aux convictions religieuses du groupe qu'elle est destinée à servir ; le seul fait qu'un enseignement religieux soit autorisé dans une école ne constitue pas un critère suffisant. En principe, il appartient aux administrateurs de cette école de déterminer le contenu de l'enseignement et de choisir les maîtres ...⁵⁸.

56. *La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. P.G. du Québec*, *supra*, note 14, p. 410-411.

57. *Supra*, sections 1.1.2. et 1.2.2.

58. G. HOULE, *supra*, note 19, p. 154.

2.2.1. Programmes d'études et manuels scolaires

Voyons d'abord le volet lié aux programmes d'études qui a été récemment examiné par la Cour suprême⁵⁹. À cette occasion, les juges ont reconnu aux classes de personnes visées à l'article 93 deux types de droits : premièrement celui relatif au contenu du programme d'études et au choix des livres se rapportant à la religion et à la morale, deuxièmement des droits sur les aspects non confessionnels du programme d'études, nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles.

L'article 65(2) al. 1 de la Loi de 1861 prévoyait que les commissaires devaient régler le cours d'études à suivre dans chaque école et veiller à ce qu'on ne se serve que des livres approuvés et recommandés par le Conseil de l'instruction publique. Selon le plus haut tribunal, le pouvoir de choisir les livres constitue la source du pouvoir sur le contenu du programme d'études. À cet égard, l'article 65(2) al. 2 stipule ceci :

Mais le curé, prêtre ou ministre desservant aura le droit exclusif de faire le choix des livres qui ont rapport à la religion et à la morale, pour l'usage des écoles des enfants de sa croyance religieuse.⁶⁰

Le tribunal a vu dans cette exception la volonté du Législateur préconfédératif de retirer cet aspect éminemment confessionnel du programme d'études des mains de l'autorité centrale, exception qui bénéficie de la protection constitutionnelle. Aux dires du tribunal, l'ancienne *Loi sur l'instruction publique* respectait cette garantie, qu'en est-il de la nouvelle ?

En vertu des articles 461 et 462, c'est le ministre qui établit les programmes d'études et la liste des manuels scolaires. Toutefois, l'article 568, qui vient modifier l'article 22 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'Éducation*⁶¹, prévoit que les comités confessionnels de ce dernier sont chargés d'approuver, pour l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, les programmes d'études, les guides pédagogiques, les manuels scolaires, le matériel ou les catégories de matériel didactique. Les comités sont également chargés de réglementer l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, lequel doit être dispensé conformément à ces règlements dans toutes les écoles de la province⁶².

59. *La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. P.G. du Québec*, *supra*, note 14. Mentionnons que les procureurs des demandresses ont demandé à la Cour suprême de reconsidérer son jugement alléguant en particulier que le Tribunal n'avait pas tenu compte de certaines données historiques. Cette requête a été rejetée en août 1989.

60. *Loi de 1861*, *supra*, note 15, art. 65(2) al. 2.

61. *Loi sur le Conseil supérieur de l'Éducation*, L.R.Q., c. C-60.

62. *Loi sur l'instruction publique*, *supra*, note 1, art. 227 et 568.

On constate donc que la nouvelle loi tient encore l'autorité centrale à l'écart de l'établissement de l'élément confessionnel en confiant aux comités du Conseil supérieur de l'Éducation (C.S.E.) le soin d'approuver les manuels d'enseignement religieux de même que les programmes d'études dans cette matière. Cette responsabilité n'étant toutefois plus dévolue au curé ou au ministre du culte, peut-on y voir préjudice au sens de l'article 93 ? Il ne semble pas, considérant en particulier la composition de ces comités⁶³. En effet, bien que la plupart des membres des comités soient nommés par la gouvernement, tous doivent avoir été agréés, soit par l'assemblée des évêques catholiques, soit par la majorité des membres de foi protestante siégeant au Conseil supérieur de l'Éducation. Ils s'agirait donc là d'un bel exemple où le Législateur a modifié les conditions d'exercice des droits et privilèges garantis, sans pour autant violer les droits constitutionnels.

Quant aux droits sur les aspects non confessionnels du programme d'études, la Cour ne les définit pas précisément. Elle se contente d'affirmer que le fait de donner aux commissions scolaires le pouvoir d'adapter aux besoins locaux les programmes d'études prescrits, de créer, sous réserve qu'ils soient approuvés, d'autres programmes d'études lorsqu'elles le jugent nécessaire et de participer à l'évaluation des programmes d'études en général, respecte les garanties constitutionnelles⁶⁴. Puisque la *Loi sur l'instruction publique* reprend l'ensemble de ces fonctions, en accordant parfois même des pouvoirs plus étendus aux commissaires, elle semble irréprouvable sur ce plan⁶⁵.

Finalement, en ce qui concerne l'attribution de la compétence relativement au choix des manuels scolaires autres que ceux ayant trait à l'enseignement religieux, on a vu que le conseil des commissaires est soumis, en 1867, à la juridiction du Conseil de l'instruction publique. À l'époque, cet organisme dont tous les membres étaient nommés par le gouvernement est encore, aux termes de la loi, sinon en pratique, non confessionnel⁶⁶. Conséquemment, il semble donc que les bénéficiaires de l'article 93 ne puissent réclamer aucun droit confessionnel relativement au choix des livres autres que religieux.

Nous ne pouvons cependant pas clore le sujet sans aborder une autre question. Nous venons de voir que le transfert de pouvoirs opéré des autorités religieuses aux comités catholique et protestant du Conseil supérieur pouvait être invoqué au soutien du respect des garanties confessionnelles. Cette

63. *Loi sur le Conseil supérieur de l'Éducation*, *supra*, note 61, art. 15-16-17. Voir aussi ce qu'en dit la Cour suprême dans le jugement sur le régime pédagogique, *supra*, note 14, p. 409.

64. *La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. P.G. du Québec*, *supra*, note 14.

65. *Loi sur l'instruction publique*, *supra*, note 1, art. 222-223-243.

66. *Loi de 1861*, *supra*, note 15, article 18.

compétence des comités confessionnels peut cependant être envisagée sous un autre angle, celui de l'« autonomie confessionnelle » des commissions scolaires protégées. En effet, on peut se demander dans quelle mesure leur pouvoir réglementaire relativement aux programmes d'études, à la qualification des enseignants et, de façon générale quant au caractère confessionnel des écoles s'appliquent à ces commissions scolaires sans violer l'article 93.

Dans un premier temps, nous endossons l'opinion du juge Deschênes dans l'affaire *Clément-Séguin* à l'effet que la reconnaissance (ou la révocation) d'un statut d'école confessionnelle par les comités du Conseil supérieur pour les écoles dissidentes ou celles de Montréal et de Québec est superflue et inopérante. Ce statut leur est inhérent. Aucune loi ordinaire et encore moins un règlement ne peut retirer ce que la Constitution a donné.

Cependant, au-delà de cet aspect formel, il faut voir dans quelle mesure les pouvoirs des comités s'exercent sur les classes de personnes visées par l'article 93. Il faut se rappeler que celles-ci peuvent prétendre à plus de droits qu'elles n'en possédaient lors de l'Union et qu'au-delà de ceux-ci, et sous réserve des autres dispositions constitutionnelles, la volonté législative est souveraine.

En ce qui concerne les pouvoirs de réglementation relativement à l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et les pouvoirs d'approbation par rapport aux programmes d'études dans ces matières, qu'on retrouve aux articles 223 al. 2, 227 et 568, il faut se souvenir qu'en 1867, c'est l'autorité ecclésiastique qui avait le pouvoir exclusif de choisir les ouvrages d'enseignement religieux et conséquemment le programme d'études dans ce domaine. Si on convient que ce pouvoir est validement passé des mains du curé ou du ministre du culte aux comités du C.S.E., non seulement les bénéficiaires de l'article 93 ne peuvent-ils invoquer aucun préjudice, mais ils ne peuvent davantage prétendre à un droit constitutionnel qui les autoriserait à se soustraire à cette autorité.

2.2.2. Engagement des enseignants

En 1867, les instituteurs devaient détenir un certificat ou un brevet de capacité délivré par le bureau d'examineurs suite à un examen où seul pouvait être admis le candidat muni d'un certificat de moralité signé du curé ou du ministre de sa croyance religieuse. Ces bureaux, organismes gouvernementaux, étaient constitués sur une base confessionnelle catholique ou protestante, dans les villes de Montréal et de Québec et pouvaient l'être, à la discrétion du gouverneur, dans les autres régions du Québec⁶⁷. Par ailleurs,

67. *Id.*, art. 103 et 108.

ce sont les commissaires qui avaient le pouvoir d'engager les instituteurs et de les congédier, entre autres motifs pour cause d'inconduite ou d'immoralité. On remarque donc qu'un certain contrôle sur la croyance religieuse et les qualités morales des enseignants s'exerçait. Quant aux compétences professionnelles exigées, elles sont énumérées de façon générale dans la loi. On y fait aucune mention de connaissances théologiques particulières. À l'époque, la spécialisation était inexistante et on devait considérer que le certificat de l'autorité ecclésiastique faisait foi des connaissances religieuses nécessaires à l'instituteur.

Cent vingt ans plus tard, les choses ont passablement changé dans la Belle Province. Les bureaux d'examineurs ont définitivement disparu en 1966. Dorénavant, l'article 24 de la L.I.P. stipule que c'est le ministre de l'éducation qui délivre l'autorisation d'enseigner sur la base d'exigences qu'il fixe par règlement. Ce dernier doit cependant tenir compte du pouvoir réglementaire accordé aux comités confessionnels du C.S.E.⁶⁸ Antérieurement, la *Loi sur le Conseil supérieur de l'Éducation* accordait aux comités le pouvoir de faire des règlements sur la qualification, au point de vue religieux et moral du personnel dirigeant et enseignant dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes.⁶⁹ Avec la Loi 107, le pouvoir réglementaire des comités concernant les conditions de qualification se limite au personnel qui dispense l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et au personnel qui dispense les services d'animation pastorale catholique ou les services d'animation religieuse protestante. Aucune mention n'est faite concernant le reste du corps professoral. On constate donc qu'en regard de la législation antérieure, comme par rapport à la situation qui prévalait en 1867, une partie seulement du contrôle exercé sur les professeurs au plan religieux a été transférée aux comités du C.S.E. Cela crée-t-il des problèmes au plan des garanties confessionnelles ?

D'une part, en 1867, ce sont tous les instituteurs qui devaient être munis d'un certificat de moralité. D'autre part, seuls les bureaux d'examineurs de Montréal et de Québec étaient, de par la loi, constitués sur une base confessionnelle. Qu'est-ce que cela implique en termes de droits ou privilèges pour les bénéficiaires de l'article 93.

Sans prétendre vider la question, il nous semble qu'une certaine forme de contrôle sur l'ensemble du corps enseignant doit être reconnue au titre des garanties confessionnelles. Cette conclusion nous paraît pouvoir être fondée sur le fait que le certificat de moralité requis par l'article 110 de la loi de 1861 était destiné à assurer, compte tenu du contexte de l'époque, qu'un instituteur

68. *Loi sur l'instruction publique, supra*, note 1, art. 456.

69. *Loi sur le Conseil supérieur de l'Éducation, supra*, note 61, art. 22 d).

fasse preuve de certaines qualités morales pour enseigner aux enfants confiés à sa responsabilité. La composition au plan religieux des bureaux d'examineurs n'est, à cet égard, qu'un élément supplémentaire à considérer. Aussi, la modification introduite par la nouvelle *Loi sur l'instruction publique*, qui limite la compétence des comités catholique et protestant au seul personnel appelé à dispenser l'enseignement moral et religieux catholique ou protestant, est donc insuffisante à notre point de vue pour respecter pleinement les droits confessionnels des classes protégées.

Le respect de ces droits pourrait-il passer par le paragraphe f) du nouvel article 22 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, qui prévoit que les comités pourront prendre des règlements pour reconnaître les établissements d'enseignement comme catholiques ou protestants et pour assurer le caractère confessionnel? Comme nous le mentionnions précédemment, même si un tel règlement n'est pas nécessaire pour conférer aux commissions scolaires protégées un statut confessionnel, certaines de ses dispositions pourraient leur être applicables. Si on admet qu'en 1867, catholiques et protestants visés par l'article 93 jouissaient d'un certain contrôle sur le corps professoral au point de vue religieux, il faut voir qu'ils exerçaient ce droit à travers les pouvoirs accordés aux bureaux d'examineurs, aux autorités religieuses et aux commissaires d'écoles. Si une loi ne peut leur retirer ce privilège, elle peut l'aménager différemment dans la mesure où les bénéficiaires n'en souffrent pas préjudice. Confier aux comités confessionnels le soin de décider des exigences, sur le plan religieux et moral, du personnel enseignant dans les écoles confessionnelles peut probablement constituer un de ces aménagements, applicable aux classes de personnes dont fait mention l'article 93. Les commissaires, représentants directs de ces bénéficiaires, doivent également retenir certains pouvoirs. À cet égard, il faut se rappeler que ni la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni son homologue québécoise ne portent atteinte aux droits ou privilèges constitutionnalisés par l'article 93. Il reste qu'il n'est pas facile de transposer ces garanties, en particulier lorsqu'elles s'exercent dans le champ de la moralité, en termes fin-vingtième-siècle.

Conclusion

La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* constitue la plus récente tentative d'un gouvernement de réorganiser un système que la Commission Parent jugeait urgent de modifier. Toutefois, l'incertitude quant à la constitutionnalité de certaines de ses dispositions retarde, une fois encore, la mise en place de changements attendus. Nous avons voulu donner un éclairage sur la dimension constitutionnelle reliée aux garanties confessionnelles en examinant de plus près certaines questions.

Dans le débat qui s'amorce, le sort des quatre corporations confessionnelles de Montréal et de Québec est particulièrement en cause. Sur quel territoire doivent s'exercer les garanties confessionnelles, si tant est qu'on leur reconnaît un telle aire de protection ? De plus, la possibilité qu'électeurs et commissaires ne partagent pas la croyance religieuse dont se réclame la commission scolaire confessionnelle paraît suspecte. Du côté des dispositions aménageant le droit à la dissidence, nous ne croyons pas qu'il y aura remise en question de la limitation expresse de ce droit aux seuls catholiques et protestants. Quant aux pouvoirs accordés au gouvernement de modifier, de sa propre initiative, les limites d'une commission scolaire dissidente ou de mettre fin à son existence, dans la mesure où elle n'exerce aucune des fonctions qu'elle doit accomplir généralement, s'ils ne semblent pas inconstitutionnels, une interprétation large de la notion de préjudice pourrait appeler une réponse différente.

Outre ces problèmes particuliers par rapport à l'un ou l'autre régime, des dispositions d'application générale de la Loi soulèvent certaines interrogations. D'une part, l'article qui limite la compétence d'une commission scolaire confessionnelle ou dissidente aux personnes qui sont de la confession religieuse dont la commission scolaire se réclame et qui choisissent de relever de celle-ci. Si cette disposition, jointe à la mise en place de commissions scolaires linguistiques, risque fort de diminuer la clientèle de ces deux catégories de commissions scolaires, elle paraît cependant irréprochable sur le plan constitutionnel. D'autre part, les aspects tels le programme d'études, les manuels scolaires et l'engagement des professeurs, qui sont reliés à la mise en œuvre de la confessionnalité dans les écoles protégées sont aussi mises en question. À cet égard, il faut d'abord se pencher sur la validité des transferts de pouvoirs opérés en faveur des comités confessionnels du Conseil supérieur de l'Éducation, puis examiner concrètement l'exercice qu'ils font de ceux-ci.

Ce texte se proposait seulement de livrer quelques observations relativement aux problèmes constitutionnels que pose la loi 107 par rapport à l'article 93. D'autres aspects auraient pu être abordés. Le mécanisme de mise en place des nouvelles commissions scolaires est-il valide ? Qu'en est-il de certaines dispositions applicables dans le domaine financier ? La constitutionnalité de la *Loi sur l'instruction publique* nécessite sans nul doute une étude approfondie, tâche qui promet d'ailleurs d'occuper nos tribunaux dans les années à venir. L'article 93 constitue en quelque sorte l'épée de Damoclès suspendue au-dessus du Législateur, rendant périlleuse toute entreprise législative... de même que tout essai doctrinal. Mais, puisqu'une modification constitutionnelle ne semble pas prévisible dans un proche avenir, il faut bien prendre des risques !