

Volume 57, numéro 2, juin 2016

Date de fraîcheur : mars 2016.

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036484ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036484ar>

[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 cet article

Grammond, S. (2016). Louis LeBel et la société distincte. *Les Cahiers de droit*, 57(2), 251–267. <https://doi.org/10.7202/1036484ar>

Résumé de l'article

Pendant les quinze années où le juge Louis LeBel a siégé à la Cour suprême du Canada, celle-ci a rendu des décisions où elle a tenu compte du caractère distinct du Québec. Cela a été notamment le cas dans certaines affaires impliquant la *Charte canadienne des droits et libertés*, de même que dans des dossiers de droits linguistiques. Ainsi, bien que le Québec n'obtienne pas toujours gain de cause, la Cour suprême reconnaît la légitimité de la politique linguistique québécoise et, dans les faits, accorde au Québec un contrôle plus serré sur l'admission à l'école anglaise qu'il n'y paraît à première vue. C'est toutefois en ce qui a trait à la formule de modification de la Constitution que la prise en considération de la spécificité québécoise est la plus remarquable. Par exemple, dans certaines décisions majeures, la Cour suprême adopte une vision « contractuelle » de l'origine de la Constitution canadienne et donne à celle-ci une interprétation qui a explicitement pour objet de protéger les intérêts des provinces, notamment les intérêts spécifiques du Québec.

Louis LeBel et la société distincte

Sébastien GRAMMOND*

Pendant les quinze années où le juge Louis LeBel a siégé à la Cour suprême du Canada, celle-ci a rendu des décisions où elle a tenu compte du caractère distinct du Québec. Cela a été notamment le cas dans certaines affaires impliquant la Charte canadienne des droits et libertés, de même que dans des dossiers de droits linguistiques. Ainsi, bien que le Québec n'obtienne pas toujours gain de cause, la Cour suprême reconnaît la légitimité de la politique linguistique québécoise et, dans les faits, accorde au Québec un contrôle plus serré sur l'admission à l'école anglaise qu'il n'y paraît à première vue. C'est toutefois en ce qui a trait à la formule de modification de la Constitution que la prise en considération de la spécificité québécoise est la plus remarquable. Par exemple, dans certaines décisions majeures, la Cour suprême adopte une vision « contractuelle » de l'origine de la Constitution canadienne et donne à celle-ci une interprétation qui a explicitement pour objet de protéger les intérêts des provinces, notamment les intérêts spécifiques du Québec.

During Justice Louis LeBel's fifteen-year tenure at the Supreme Court of Canada, Québec's distinct character was taken into account in several decisions, for example in cases involving the Canadian Charter of Rights and Freedoms or language rights. Although Québec was not always victorious, the Supreme Court still recognized the legitimacy of

* LL. B., LL. M. (Montréal), M. St., D. Phil. (Oxon.), Ad. E. ; professeur titulaire, section de droit civil, Université d'Ottawa ; avocat-conseil, Dentons Canada LLP. L'auteur désire remercier Stéphanie Dionne-Parent dont le résultat des recherches a été intégré au présent texte.

Date de fraîcheur : mars 2016.

Québec's language policy and, as a result, gave Québec more control over admissions to English-language schools than is evident at first sight. However, the most significant recognition of Québec's specificity is found in cases connected with the constitutional amending formula. In some of its key decisions, the Supreme Court adopted a "contractual" vision of the origins of Canada's constitution and interpreted it in a way explicitly intended to provide protection for the interests of the provinces, including Québec's specific interests.

Durante los quince años en los cuales el juez Louis LeBel se ha desempeñado en la Corte Suprema de Canadá, ésta ha dictado decisiones en las cuales ha considerado el carácter distinto de Québec. Particularmente, en algunos casos relacionados con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, así como en otras causas relacionadas con los derechos lingüísticos. Incluso si Québec no siempre ha obtenido lo que ha aspirado, la Corte ha reconocido la legitimidad de la política lingüística quebequense, y de hecho, ha conferido a Québec un control más estricto de lo que parece a primera vista, en lo concerniente a la admisión en la escuela de habla inglesa. Sin embargo, es con respecto a la fórmula de la modificación de la Constitución que el reconocimiento de la especificidad de Québec resulta ser lo más significativo. Por ello, en algunas decisiones trascendentales, la Corte ha adoptado una visión de carácter «contractual» del origen de la Constitución canadiense, y le ha otorgado a ésta una interpretación que busca de manera explícita la protección de los intereses de las provincias, particularmente los intereses específicos de Québec.

Pages

1	La prise en considération de la spécificité québécoise dans l'application de la Charte canadienne des droits et libertés	254
1.1	Une interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés qui préserve la marge de manœuvre du Québec.....	254
1.2	L'extension de la conception québécoise des droits au reste du pays?.....	256

1.3 La liberté de religion et l'accommodement.....	257
2 Les droits linguistiques.....	258
3 La modification constitutionnelle et les intérêts du Québec.....	263
Conclusion	266

Dans un pays multinational, les rapports entre les groupes nationaux en présence constituent un enjeu majeur du droit constitutionnel. L'expression « société distincte », malgré les défauts que l'on a pu lui trouver, demeure sans doute la manière la plus évocatrice de symboliser cet enjeu en ce qui a trait aux relations entre le Québec et l'ensemble du Canada. La société distincte est d'abord, dans un sens descriptif, un fait sociologique, démographique et politique. Cependant, la société distincte peut aussi revêtir un sens normatif. On véhicule alors l'idée que l'organisation politique canadienne et la Constitution canadienne devraient refléter l'existence au sein du Canada de la société distincte que constitue le Québec. Cela peut se traduire par des propositions de modification ou de partage des compétences ou de réforme des institutions fédérales ou encore par l'ajout à la Constitution d'une clause interprétative. L'objectif, énoncé de manière très générale, est d'assurer une meilleure cohérence entre la manière dont le Québec est gouverné et sa spécificité politique, culturelle et linguistique. Dans ce sens normatif, la première attestation de l'expression « société distincte » apparaît dans le « Livre beige », qui présente la position constitutionnelle du Parti libéral du Québec, position élaborée en 1980 par un comité dont faisait partie M^e Louis LeBel¹.

On le sait, les tentatives de réformer la Constitution canadienne pour assurer une meilleure prise en considération du caractère distinctif du Québec se sont soldées par des échecs, notamment l'échec de l'accord du lac Meech. Malgré l'absence de mention explicite, les tribunaux interprètent-ils la Constitution canadienne en tenant compte de la différence québécoise ? C'est ce que nous tenterons de vérifier en nous concentrant sur la période de quinze ans où le juge Louis LeBel a été membre de la Cour suprême du Canada. Nous examinerons trois domaines en particulier : le potentiel homogénéisateur des décisions portant sur la *Charte*

1. COMMISSION CONSTITUTIONNELLE DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1980.

*canadienne des droits et libertés*², les droits linguistiques et la modification constitutionnelle.

1 La prise en considération de la spécificité québécoise dans l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*

La *Charte canadienne des droits et libertés* est souvent considérée avec méfiance au Québec, non seulement à cause des circonstances de son adoption, mais aussi en raison de son potentiel uniformisateur et du rétrécissement de la marge de manœuvre du Québec quant à la définition des politiques qu'il souhaite poursuivre³. Évidemment, toute charte constitutionnelle des droits a pour effet de limiter la marge de manœuvre de la législature qui y est assujettie, qu'il s'agisse d'un État unitaire ou d'un État fédéral. Le problème serait plus précis : c'est que le processus décisionnel fondé sur la *Charte canadienne* aurait pour effet d'imposer aux provinces l'adoption d'une solution unique à certains types de problèmes, lorsque les autres solutions envisageables violent les droits individuels. Un résultat pareil serait contraire à l'esprit du fédéralisme, qui autorise chaque province à effectuer des choix de politique originaux dans ses domaines de compétence.

Une telle thèse est souvent appuyée d'un petit nombre d'exemples concrets et d'une démonstration théorique fondée sur le critère de l'atteinte minimale, utilisé dans certains cas par la Cour suprême pour évaluer la justification d'une atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne*. Comme il n'est pas possible, dans le texte qui suit, d'entreprendre une vérification empirique globale de la thèse de l'effet uniformisateur de la *Charte canadienne*, nous nous contenterons d'analyser certaines décisions rendues par le juge LeBel dans des affaires où cette problématique était présente.

1.1 Une interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui préserve la marge de manœuvre du Québec

Deux décisions importantes rendues par le juge LeBel permettent d'atténuer les craintes relatives à l'effet uniformisateur de la *Charte canadienne*.

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

3. José WOEHLING, «Les conséquences de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral», dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 251 ; Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005, p. 332-336.

Dans la première, *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*⁴, la Cour suprême était saisie d'une contestation du régime de syndicalisation obligatoire dans l'industrie de la construction, au motif que ce régime portait atteinte à la liberté d'association. Le juge LeBel a conclu que les dispositions en cause, considérées dans leur contexte, ne violaient pas la liberté d'association. De plus, il a affirmé que, même si elles restreignaient un droit garanti, ces dispositions seraient justifiées au terme d'une analyse fondée sur l'article premier. En particulier, le juge LeBel a souligné que la loi en cause respectait le critère de l'atteinte minimale, qui devait être examiné au regard du contexte particulier de la province visée, et non par l'entremise d'une comparaison mécanique avec les lois des autres provinces. Il a souligné que l'application de la Charte canadienne en contexte de fédéralisme « n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois⁵ ».

La seconde décision, *Québec (Procureur général) c. A.*⁶, portait sur la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil du Québec* qui excluaient les conjoints de fait du bénéfice des régimes offerts aux conjoints mariés en matière de partage du patrimoine familial et de pension alimentaire. Le juge LeBel, concluant à l'absence de violation du droit à l'égalité, a lourdement insisté sur le fait que chaque province avait adopté un régime spécifique pour régir cette question. La juge en chef, de son côté, a estimé que le Code civil brimait le droit à l'égalité, mais que cette restriction était justifiée selon l'article premier; elle a souligné que le critère de l'atteinte minimale devait laisser une marge de manœuvre aux provinces.

En somme, la crainte que la *Charte canadienne* entraîne une uniformisation des lois provinciales en raison du critère de l'atteinte minimale semble démentie par ces deux décisions. De surcroît, la comparaison avec les lois d'autres provinces ne semble pas constituer un facteur très important dans les décisions relatives à l'article premier. Parmi les décisions rendues au cours des quinze dernières années, ce n'est que dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*⁷ que la Cour suprême conclut que l'atteinte n'est pas minimale en donnant en exemple les lois des autres provinces. D'ailleurs, dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*⁸, la Cour suprême a validé une loi de la Saskatchewan sur la propagande haineuse, alors que le Parlement fédéral venait tout juste d'abroger les dispositions correspondantes de sa loi, ce

4. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209.

5. *Id.*, par. 275.

6. *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61.

7. *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 113.

8. *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

qui aurait pu être interprété comme une preuve que l'interdiction en cause n'était pas nécessaire.

1.2 L'extension de la conception québécoise des droits au reste du pays

La théorie de l'effet uniformisateur de la Charte canadienne n'est pas seulement fondée sur les effets potentiels d'une application aveugle du critère de l'atteinte minimale. Selon le professeur José Woehrling, la Cour suprême, en tant qu'« organe fédéral », serait « davantage sensible aux priorités et aux préoccupations de la classe politique et des élites fédérales qu'à celles des provinces⁹ ». On peut aussi souligner le fait que les juges québécois sont minoritaires au sein de cette institution. Il est alors facile d'en déduire qu'il existe un risque qu'elle se montre indifférente, voire hostile au maintien de la différence québécoise.

La réalité est peut-être plus nuancée. Lorsqu'il y a divergence de vues au sein du Canada quant au sens ou à la portée d'un droit fondamental, et que les points de vue qui s'opposent peuvent être associés à certaines provinces¹⁰, il peut fort bien arriver que ce soit la conception québécoise des droits qui triomphe. Les décisions en matière de liberté d'association en fournissent un exemple¹¹. Favorables aux syndicats, elles sont sans doute plus proches de l'opinion que l'on se fait habituellement au Québec au sujet de l'encadrement des relations de travail que de l'opinion qui règne ailleurs au Canada.

La récente décision de la Cour suprême au sujet de l'aide au suicide offre un autre exemple de ce phénomène¹². Bien que des voix se soient fait entendre partout au Canada pour réclamer la légalisation de l'aide au suicide, c'est au Québec qu'a eu lieu un débat public important, aboutissant à l'adoption d'une loi provinciale qui prétendait autoriser et encadrer cette pratique. La décision de la Cour suprême était dans la droite ligne de la voie tracée par l'Assemblée nationale.

9. J. WOEHRLING, préc., note 3, p. 264.

10. Tout est relatif en cette matière : sur bien des sujets, il existe une diversité d'opinions à l'échelle du pays, mais le rapport de forces entre les points de vue opposés peut être différent selon la province.

11. Voir notamment : *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391 ; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3.

12. *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331.

1.3 La liberté de religion et l'accommodement

La question de la liberté de religion et des accommodements raisonnables que celle-ci entraîne a fait l'objet d'importantes controverses au sein de la société québécoise au cours d'une période qui correspond approximativement au passage du juge LeBel à la Cour suprême. Nous ne pouvons mentionner ici tous les aspects de cette problématique complexe. Il nous suffira d'insister sur le fait que les accommodements en matière religieuse ont parfois été présentés comme le résultat de l'imposition, par la Cour suprême, de normes ou de valeurs essentiellement étrangères à celles de la société québécoise¹³. Or, la contribution du juge LeBel a été de proposer une vision riche de la neutralité de l'État, largement inspirée des débats québécois.

Pour le juge LeBel, les liens étroits entre la neutralité de l'État, la tolérance pour les opinions et les valeurs contraires ainsi que la promotion de la liberté individuelle en matière religieuse étaient déjà évidents dans ses motifs concourants dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*¹⁴, où la Cour suprême a invalidé la décision d'un conseil scolaire de la Colombie-Britannique de bannir des manuels scolaires qui représentaient des familles homoparentales. En effet, selon le juge LeBel, le principe de la laïcité, inscrit dans la législation scolaire de la province, ne signifie pas l'exclusion de la religion de la sphère publique. Si c'était le cas, dit-il, «cette approche ferait presque de la non-croyance une sorte de sectarisme ou de dogme¹⁵». Cependant, si la décision du conseil scolaire était condamnable, c'était plutôt parce qu'elle était fondée sur des attitudes intolérantes à l'égard des valeurs d'autrui.

Les motifs présentés par le juge LeBel dans l'affaire du cours d'éthique et de culture religieuse (ECR) témoignent aussi de sa vision de la neutralité de l'État comme condition nécessaire de la liberté individuelle :

Par ailleurs, dans le régime politique canadien moderne, l'État conserve en principe une attitude de neutralité. L'État ne saurait d'ailleurs adopter des lois privées privilégiant une religion par rapport à une autre [...] Dans un pays divers comme

13. Voir, à ce sujet, Sébastien GRAMMOND, «Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion : convergence ou conflit?», (2009) 43 *R.J.T.* 83, où a été mise en relief l'existence de conceptions québécoise et canadienne différentes au sujet du phénomène religieux.

14. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

15. *Id.*, par. 209.

le Canada, une telle attitude est devenue essentielle pour préserver la liberté constitutionnelle de croire ou de ne pas croire et celle d'exprimer ses croyances¹⁶.

Cette conception utilitariste de la neutralité de l'État se rapproche d'ailleurs de la position prise par les professeurs Jocelyn Maclure et Charles Taylor¹⁷, selon laquelle la valeur ultime que le droit cherche à protéger est la liberté de conscience de chaque citoyen. Et une fois encore, le juge LeBel prend soin de préciser que le cours ECR ne doit pas devenir une forme de dénigrement de la religion, ce qui serait susceptible de violer la liberté de ceux qui adhèrent à une religion.

La conception de la liberté de religion que le juge LeBel a patiemment construite tout au long de son passage à la Cour suprême ne fera sans doute pas l'unanimité au Québec. Elle décevra ceux qui auraient souhaité que l'État s'investisse activement dans le confinement du phénomène religieux à l'invisibilité de la sphère privée. Néanmoins, elle est indiscutablement le fruit d'une réflexion québécoise, ancrée dans les débats de la société québécoise. Une fois la poussière retombée après les controverses des dernières années, on peut affirmer sans se tromper qu'elle suscite une large adhésion.

Les motifs du récent arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*¹⁸ sont un hommage à la vision du juge LeBel et une consécration de la conception qu'il a développée et qui est maintenant endossée par la Cour suprême entière. Les réactions de surprise qui ont accueilli cette décision à l'extérieur du Québec témoignent aussi de l'accent québécois que prennent les décisions de la Cour suprême : celle-ci serait-elle parvenue à la même décision si elle n'avait été composée que de juristes de l'extérieur du Québec ? Si le juge LeBel n'avait pas constamment rappelé l'importance de la neutralité religieuse de l'État ?

2 Les droits linguistiques

La question linguistique est évidemment au cœur de l'identité québécoise. Toute tentative de définir la société distincte commence inmanquablement par la mention de la langue française. Or, les politiques adoptées par les gouvernements fédéral et québécois à cet égard sont fondées sur des prémisses philosophiques différentes. Alors que la politique fédérale met l'accent sur la liberté de l'individu de choisir à son gré d'employer l'une

16. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 54 ; voir aussi l'affaire *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650.

17. Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Boréal, 2010.

18. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3.

ou l'autre des langues officielles, la politique québécoise veut résolument promouvoir l'usage de la langue française par les citoyens. La tension entre ces deux politiques se manifeste notamment quant à la question de l'accès à l'école anglophone au Québec¹⁹. La *Charte de la langue française*²⁰, adoptée en 1977, exige que les francophones et les immigrants fassent instruire leurs enfants en français. Seuls les anglophones ont accès aux écoles anglophones. L'article 23 de la Charte canadienne ne garantit pas le libre choix de la langue d'enseignement à tous les parents, mais seulement aux membres de la minorité linguistique de chaque province. De plus, le paragraphe 2 de l'article 23 énonce un droit à la continuité : un enfant qui « reçoit » l'enseignement en français ou en anglais au Canada a le droit de continuer à recevoir cet enseignement dans cette langue même s'il change d'école ou déménage dans une autre province.

Le juge LeBel a participé à trois décisions de la Cour suprême portant sur cette question. La première, l'arrêt *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, est sans doute la moins connue, mais elle a rejeté une contestation de l'ensemble du régime de la *Charte de la langue française* limitant la liberté de choix²¹. Certains parents francophones, non détenteurs de droits protégés par l'article 23, prétendaient que les dispositions de la *Charte de la langue française* étaient discriminatoires, puisqu'elles refusaient aux francophones la possibilité de choisir la langue d'instruction de leurs enfants, alors que ce choix était reconnu aux anglophones. Pour sa part, la Cour suprême rejette alors la contestation par une décision unanime et ses motifs ne sont pas attribués à un juge en particulier, mais on peut y deviner l'influence, sinon la plume, du juge LeBel. L'arrêt est relativement court, mais il établit un certain nombre de propositions fondamentales qui permettent d'assurer le maintien du caractère distinct du Québec en matière de langue d'enseignement. L'article 23 est présenté comme un « compromis » qu'il faut éviter de rompre. La nature de ce compromis est clairement établie par une analyse contextuelle : outre le fait de garantir l'accès à l'école francophone pour les minorités des autres provinces, il

19. Pour une analyse plus détaillée, voir Sébastien GRAMMOND, *Identity Captured by Law. Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 150-188 ; voir aussi : Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67 ; Patrice GARANT, *Droit scolaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 101 ; Pierre FOUCHER, « Les ayants-droit : définir l'identité constitutionnelle des francophones », dans Nathalie BÉLANGER et autres (dir.), *Produire et reproduire la francophonie en la nommant*, Sudbury, Prise de parole, 2010, p. 149.

20. *Charte de la langue française*, R.L.R.Q., c. C-11.

21. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238.

s'agit, quant au Québec, de réconcilier les deux politiques mentionnées plus haut, le libre choix et la promotion du français. Voici les propos de la Cour suprême : « Au Québec, une autre dimension s'ajoute au problème en ce que la présence d'écoles destinées à la communauté linguistique minoritaire ne doit pas servir à contrecarrer la volonté de la majorité de protéger et de favoriser le français comme langue de la majorité au Québec, sachant que le français restera la langue de la minorité dans le contexte plus large de l'ensemble du Canada²². »

Ainsi, une application nuancée et contextuelle du principe de la protection des minorités conduit la Cour suprême à affirmer que le compromis consacré par l'article 23, accordant aux membres des minorités des droits qui sont niés aux membres de la majorité, ne viole pas le droit à l'égalité. Au contraire, il s'agirait d'une concrétisation du principe de l'égalité réelle (ou « substantielle »), selon lequel la pleine réalisation de l'égalité peut exiger que des mesures spécifiques soient prises à l'égard de certaines minorités²³. Au bout du compte, le raisonnement de la Cour suprême tend à légitimer la *Charte de la langue française* et la politique de protection du français mise en avant par le Québec, en démontrant qu'elles sont entièrement compatibles avec le droit à l'égalité et le principe de la protection des minorités au cœur du fédéralisme canadien.

Les deux autres décisions portent sur l'interprétation du droit à la continuité de la langue d'enseignement en contexte québécois. Le législateur québécois avait édicté des règles rigides pour baliser le droit à la continuité garanti par l'article 23 (2), plus précisément pour indiquer ce qui pouvait légitimement être considéré comme un enseignement reçu en anglais, par opposition à une tentative de contourner les prescriptions de la *Charte de la langue française*. Dans les arrêts *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*²⁴ et *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*²⁵, la Cour suprême a invalidé ces dispositions, dans le second cas, ou leur a donné une interprétation atténuée qui s'écartait sensiblement de l'intention manifeste du législateur, dans le premier cas. En substance, la Cour suprême a réprouvé le recours à des règles rigides et a plutôt affirmé que le dossier de chaque enfant devait faire l'objet d'un examen individualisé pour déterminer s'il bénéficiait du droit à la continuité. Ces décisions ont été

22. *Id.*, par. 31 ; voir aussi les commentaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 8 (ci-après « *Solski* »).

23. Voir aussi la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *DesRochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194.

24. *Solski*, préc., note 22.

25. *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, [2009] 3 R.C.S. 208 (ci-après « *Nguyen* »).

abondamment critiquées, notamment en ce qu'elles paraissent réintroduire une mesure de choix individuel en matière de langue d'enseignement²⁶.

Malgré tout, les arrêts *Solski* et *Nguyen* reconnaissent la validité des préoccupations qui animent le législateur québécois. Ainsi, le juge LeBel a précisé que les stratagèmes en vue d'acquiescer un droit, notamment par l'entremise des «écoles passerelles», ne sauraient être tolérés et ne devraient pas être considérés comme témoignant d'un parcours scolaire authentique²⁷. De plus, le juge LeBel a pris soin de rappeler que l'article 23 ne devait pas être interprété comme permettant le retour au libre choix de la langue d'enseignement²⁸.

Une analyse des effets concrets des arrêts *Solski* et *Nguyen* conduit également à nuancer les craintes qui avaient été exprimées à leur égard. En effet, une décision rendue en même temps que l'arrêt *Solski* a reconnu que l'évaluation au cas par cas du parcours scolaire d'un élève relevant de la compétence du Tribunal administratif du Québec (TAQ)²⁹. C'est donc dire que, dans la vaste majorité des cas, ce sont des juges administratifs nommés par le Québec qui procéderont en dernier recours à l'analyse de l'authenticité du parcours scolaire d'un enfant et à la détermination de son admissibilité à l'école anglophone.

Comme l'illustrent les décisions du TAQ, les arrêts *Solski* et *Nguyen* contiennent suffisamment de points d'appui qui permettent de débusquer les subterfuges employés par les parents francophones ou immigrants qui cherchent à se soustraire à l'obligation de scolariser leurs enfants en français³⁰. Depuis l'arrêt *Solski*, on recense 70 décisions du TAQ qui ont statué sur l'admissibilité d'un enfant à l'école anglophone. De ce nombre, 4 décisions ont été favorables au requérant³¹. Dans les autres cas, le recours

26. Voir notamment Sébastien GRAMMOND, «Canadian Federalism, Cultural Diversity and Conceptions of Fundamental Rights», dans Josep Maria CASTELLÀ ANDREU et Sébastien GRAMMOND (dir.), *Diversidad, Derechos Fundamentales y Federalismo: Un diálogo entre Canadá y España*, Barcelone, Atelier, 2010, p. 29.

27. *Nguyen*, préc., note 25, par. 29, 36 et 44.

28. *Id.*, par. 35, 38 et surtout 43.

29. *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson; Casimir c. Québec (Procureur général); Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 257. Les décisions du TAQ à ce sujet sont assujetties à la norme de contrôle de l'erreur déraisonnable: *A.S. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, [2009] R.J.Q. 930 (C.A.); voir aussi l'affaire *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395.

30. À titre d'exemple: *J.Z. c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CanLII 48178 (T.A.Q.).

31. *S.J. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, 2014 QCTAQ 12657; *C.H. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, 2008 QCTAQ 11228; *M.A. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, 2007 QCTAQ 08430;

a été rejeté et l'enfant a dû fréquenter l'école en français. Le TAQ a même été jusqu'à refuser un recours dans un cas où l'enfant aurait satisfait au critère de la « majeure partie » dans son aspect quantitatif (la période de l'instruction en anglais était légèrement plus longue que la période de l'instruction en français), parce que cette différence quantitative ne serait que le résultat d'un « subterfuge » utilisé pour faire qualifier l'enfant³². Le TAQ a aussi statué qu'une élève ayant fréquenté une école privée non subventionnée pendant toute la durée de ses études primaires n'avait pas fait la preuve d'un engagement authentique de cheminer en anglais, puisque cette fréquentation découlait du désir de ses parents francophones d'assurer son bilinguisme³³. Bref, à certains égards, le critère appliqué aujourd'hui, à la suite des arrêts *Solski* et *Nguyen*, paraît encore plus sévère que ce qui avait été envisagé à l'origine par le législateur québécois.

Les statistiques relatives à la langue d'enseignement suggèrent également que les arrêts *Solski* et *Nguyen* n'ont pas eu pour effet de miner l'atteinte des objectifs de la *Charte de la langue française*³⁴. Quant aux enfants déclarés admissibles à l'école anglophone en raison de leurs propres études en anglais au Canada (la situation à l'étude dans l'arrêt *Solski*), leur nombre par année a connu un pic de 1 450 en 2003-2004, pour décroître par la suite et osciller autour de 1 000³⁵. Par ailleurs, le nombre d'enfants déclarés admissibles en raison de la fréquentation d'une école privée non subventionnée est d'à peine 60 par année depuis l'arrêt *Nguyen*, alors que ce nombre a atteint un sommet de près de 1 400 en 2002-2003, au moment de l'entrée en vigueur des dispositions subséquentement invalidées par la Cour suprême³⁶.

A.S.-N. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport), 2006 CanLII 74141, confirmé par A.S. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport), préc., note 29.

32. D.M. c. Québec (Éducation, Loisir et Sport), 2014 QCTAQ 12569.

33. D.P. c. Québec (Éducation, Loisir et Sport), 2012 CanLII 34572 (T.A.Q.).

34. QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, *Indicateurs linguistiques. Secteur de l'éducation*, 2014, p. 2, [En ligne], [www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/PSG/statistiques_info_decisionnelle/PSG_indicateurs_linguistiques_2013.pdf] (14 juin 2015).

35. Cette catégorie comprend notamment les enfants anglophones qui sont nés dans une autre province et qui poursuivent leurs études en anglais après avoir déménagé au Québec.

36. Il faut signaler que ces chiffres sont inférieurs au nombre d'enfants admis à fréquenter l'école anglophone en raison de difficultés d'apprentissage (de 250 à 300 par année) et de beaucoup inférieurs au nombre d'enfants admis à fréquenter l'école anglophone en raison d'un séjour temporaire au Québec (de 800 à 1 000 par année, avec un sommet de plus de 2 000 en 2013), deux catégories prévues par la *Charte de la langue française*, mais non par l'article 23 de la *Charte canadienne*.

Peut-on affirmer que la Cour suprême, dans ces deux décisions, a interprété la Constitution d'une manière compatible avec le fait que le Québec constitue une société distincte? Certains pourraient en douter, notamment parce que la Cour suprême n'a pas voulu employer l'article premier de la *Charte canadienne* pour valider les restrictions que la *Charte de la langue française* cherchait à apporter aux droits découlant de l'article 23. Néanmoins, il faut bien convenir que la Cour suprême s'est considérablement écartée d'une interprétation littérale de l'article 23 (2), qui, rappelons-le, accorde à tout enfant qui «reçoit ou a reçu» son instruction en anglais de continuer à recevoir cette instruction dans cette langue. Malgré cette formulation que l'on aurait pu penser claire, le cadre d'analyse mis en place par la Cour suprême et la délégation de sa mise en œuvre aux autorités québécoises ont permis à celles-ci de refuser ce droit à des enfants qui avaient pourtant reçu leur instruction en anglais pendant plusieurs années. S'il en est ainsi, c'est que la Cour suprême a accepté la légitimité de la politique québécoise de restriction du libre choix de la langue d'enseignement et qu'elle a compris que l'interprétation littérale de l'article 23 (2) aurait rendu trop facile le contournement de cette politique. Elle a donc permis au législateur québécois de baliser le droit reconnu par la Constitution canadienne, pourvu que ce soit après un examen individualisé de chaque cas.

Il est également évident que la Cour suprême tient compte du caractère distinct du Québec, puisqu'elle approuve des restrictions qui n'existent dans aucune autre province et qui seraient difficiles à justifier dans une autre province. La Cour suprême demeure cependant quelque peu évasive quant à cette question³⁷, se bornant à rappeler que l'article 23 doit recevoir une interprétation qui tient compte du contexte fort différent du Québec et des autres provinces³⁸.

3 La modification constitutionnelle et les intérêts du Québec

Tout récemment, la Cour suprême a rendu deux avis consultatifs majeurs portant sur l'interprétation de la formule de modification prévue dans la partie v de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁹. C'était la première fois, plus de 30 ans après le rapatriement de la Constitution, que la Cour suprême se prononçait directement sur cette formule. Or, une formule de modification constitutionnelle traduit une conception de la légitimité

37. Voir le récent arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, [2015] 2 R.C.S. 282, par. 68-74.

38. *Solski*, préc., note 22, par. 7; *Nguyen*, préc., note 25, par. 26.

39. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 2; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, [2014] 1 R.C.S. 433; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704. L'auteur du présent texte a représenté des intervenants dans ces deux affaires.

politique ultime au sein d'un pays. Elle désigne le pouvoir constituant. L'interprétation judiciaire de la formule de modification est aussi révélatrice. Si les tribunaux emploient une méthode téléologique, ils seront conduits eux aussi à exposer leur vision des fondements du système politique canadien. L'analyse de la jurisprudence récente, en particulier des deux avis consultatifs de 2014, démontre que la Cour suprême s'inspire résolument de la « théorie du pacte » lorsqu'il est nécessaire de décrire les fondements de la Constitution canadienne. Selon cette théorie, la Confédération canadienne est le résultat d'une entente entre les colonies préexistantes, par laquelle ces colonies maintenaient leur identité distincte au sein de la nouvelle entité politique⁴⁰.

L'importance de cette affirmation récente doit se mesurer à l'aune du dénigrement dont la théorie du pacte a fait l'objet pendant une bonne partie du xx^e siècle au Canada anglais⁴¹. Dans son premier avis consultatif sur le rapatriement de la Constitution, la Cour suprême, en 1981, s'était même permis d'exprimer de sérieux doutes quant à la théorie du pacte et de cantonner celle-ci dans le domaine de la science politique, sans qu'elle puisse avoir de pertinence sur l'interprétation du droit positif⁴². Quant à l'idée que le Québec, en tant que seul État dont la population est majoritairement francophone, puisse détenir un rôle spécial, la Cour suprême l'a rejetée dans son second avis consultatif, rendu en 1982⁴³.

Pourtant, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁴⁴, la Cour suprême a expliqué les origines de la Confédération canadienne en des termes essentiellement contractuels. Quelques années plus tard, dans une

40. Voir notamment : George F.G. STANLEY, « Act or Pact. Another Look at Confederation », *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, vol. 35, n° 1, 1956, p. 1 ; Paul ROMNEY, « Provincial Equality, Special Status and the Compact Theory of Canadian Confederation », *Revue canadienne de science politique*, vol. 32, n° 1, 1999, p. 21 ; Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back : The Revival of the Compact Theory of Confederation by the Supreme Court », (2016) *Osgoode Hall Law Journal* [à paraître].

41. Voir, par exemple, Norman McL. ROGERS, « The Compact Theory of Confederation », (1931) 9 *R. du B. can.* 395.

42. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 803.

43. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

44. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Certains commentateurs ont d'ailleurs critiqué cet aspect de la décision : Michael D. BEHIELS, « Canada's Supreme Court, Constitutional Principles, Federalism, and the 1998 Quebec Secession Reference Case. Toxic Wine in a Very Old Bottle? », (2013) 31 *R.N.D.C.* 129, 135 et 150-152 ; Blake BROWN, « One Version of History : The Supreme Court of Canada's Use of History in the *Quebec Secession Reference* », dans Dimitry ANASTAKIS et Penny BRYDEN (dir.), *Framing Canadian Federalism : Historical Essays in Honour of John T. Saywell*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 15, aux pages 34-39.

opinion séparée dans une affaire de droits des autochtones, la juge Marie Deschamps, avec l'appui du juge LeBel, a explicitement fait référence à l'existence d'un pacte fédératif entre les provinces⁴⁵. C'est cependant dans les deux avis consultatifs rendus en 2014 que la Cour suprême, même si elle n'emploie pas explicitement le vocable « pacte », met en œuvre une méthode d'analyse entièrement fondée sur l'idée que la Constitution canadienne est le fruit d'une entente.

Dans cette optique, les principaux éléments du raisonnement de la Cour suprême peuvent être résumés ainsi. Tout d'abord, la figure de l'entente, voire de l'accord historique, est omniprésente dans la narration des origines historiques du Sénat et de la composition de la Cour suprême. La formule de modification de la Constitution est aussi décrite comme le fruit d'une négociation entre les « partenaires », qui a duré près de 50 ans et dont l'avant-dernière étape a été la signature d'un accord entre huit provinces, y compris le Québec, en avril 1981.

La Cour suprême en déduit que le but de la formule de modification est de protéger les intérêts des provinces : « les [articles] 38 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent à assurer qu'un consentement provincial appréciable sera obtenu pour les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux⁴⁶ ». Il s'ensuit qu'il faut choisir une interprétation du texte de cette formule qui protège effectivement les intérêts des provinces, tels qu'ils sont révélés par une analyse des négociations des années 70 ou, plus particulièrement, par l'Accord d'avril 1981. C'est donc dire que la Constitution est interprétée en fonction d'un document émanant exclusivement de la volonté des provinces.

Dans cet exercice, la Cour suprême se montre sensible aux intérêts particuliers du Québec. Elle note, par exemple, que les parties à l'Accord d'avril 1981 « entendaient ainsi assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour⁴⁷ ». Et exiger l'unanimité, dans les faits, peut n'être qu'une manière de protéger les intérêts spécifiques du Québec : « Le consentement unanime exigé pour changer la composition de la Cour a donné au Québec la garantie constitutionnelle que sa représentation à la Cour ne sera pas modifiée sans son consentement⁴⁸. » La Cour suprême va même jusqu'à « réparer », dans la mesure de ses moyens, l'absence de consentement du Québec à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le plus haut tribunal du pays remonte le fil des négociations

45. *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 97.

46. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 39, par. 67.

47. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 39, par. 92.

48. *Id.*, par. 93.

jusqu'au dernier point de consentement du Québec, l'Accord d'avril 1981, et en fait un plancher en deçà duquel une interprétation de la formule de modification serait inadmissible, parce qu'elle serait inacceptable au Québec. Pour rejeter l'argument du gouvernement fédéral, qui soutenait que la Constitution ne protégeait pas la présence de trois juges québécois à la Cour suprême, cette dernière s'exprime ainsi : «Premièrement, cela signifierait que le Parlement pourrait, par une loi ordinaire, modifier unilatéralement et fondamentalement la Cour suprême, y compris la représentation du Québec à la Cour, qui a toujours été garantie. Or, le Québec, qui a signé l'Accord d'avril, n'aurait certainement pas consenti à cela, et les autres provinces non plus⁴⁹.»

Finalement, peut-être par accident, la Cour suprême offre au Québec un droit de *veto* sur certains types de réforme du Sénat, en raison de la présence, dans la Constitution de 1867, de dispositions spécifiques sur les collèges électoraux, qui ne s'appliquent à aucune autre province. En pratique, toute tentative de redéfinir le nombre de sénateurs attribués à chaque province influera sur ces dispositions et exigera le consentement du Québec.

Conclusion

Comment la Cour suprême a-t-elle pu s'autoriser à agir comme si le caractère distinct du Québec était explicitement reconnu dans la Constitution ? Plusieurs éléments contribuent à légitimer cette prise en considération. La Chambre des communes a reconnu ce caractère distinct à deux reprises⁵⁰. Sur le plan politique, on pourrait considérer ces résolutions comme l'acceptation d'une offre émanant du Québec, scellant ainsi une entente, un ajout au pacte fédératif initial. Une analyse structurale du texte actuel de la Constitution et des réalités sociales sous-jacentes que cette constitution recouvre montre également que le Québec est déjà traité différemment à certains égards⁵¹. La réception généralement très positive du *Renvoi sur la sécession* au sein de la classe politique canadienne, malgré son rattachement à la théorie du pacte et les évocations du caractère distinct du Québec, a sans doute donné à la Cour suprême l'assurance nécessaire pour employer à nouveau, dans les deux avis consultatifs de 2014, la théorie du pacte comme soubassement de la formule de modifi-

49. *Id.*, par. 99.

50. Voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, feuilles mobiles, p. 4-11.

51. Voir, par exemple, les articles 94 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), et l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 2.

cation. Somme toute, les tribunaux se montrent moins hésitants que les politiciens à reconnaître le caractère distinct du Québec⁵².

La reconnaissance judiciaire du caractère distinct du Québec est-elle durable? L'enjeu se révèle de taille, car l'une des fonctions des constitutions rigides est de garantir le statut et les droits de groupes minoritaires contre le poids politique de la majorité. Or, on peut concevoir qu'une évolution jurisprudentielle favorable au Québec s'infléchisse et finisse par se résorber entièrement. La Cour suprême de demain pourrait-elle défaire ce que la Cour suprême d'aujourd'hui a mis en place? Voilà qui n'est pas impossible, mais cela paraît tout de même fort improbable. La plupart des changements jurisprudentiels majeurs du droit constitutionnel canadien ont, de fait, été durables⁵³. On s'imagine mal la Cour suprême renverser l'affaire «*Personne*⁵⁴» du Conseil privé ou affirmer que l'indépendance de la magistrature n'est plus un principe constitutionnel. De la même manière, il deviendra de plus en plus difficile de nier le caractère distinct du Québec dans l'interprétation de la Constitution canadienne.

Le juge LeBel a joué un rôle capital dans cette évolution. Grâce à sa stature intellectuelle, à sa connaissance intime de l'histoire constitutionnelle du pays et à son talent remarquable pour tisser droit, politique et histoire afin de produire un raisonnement juridique sans faille, il a su obtenir l'adhésion de ses collègues à une vision de la Constitution du Canada qui reconnaît une place distincte au Québec. Il incarne donc à merveille le rôle que les juges québécois sont appelés à jouer à la Cour suprême.

52. Voir aussi S. GRAMMOND, préc., note 26.

53. Voir les exemples mentionnés par Allan C. HUTCHINSON, «*Constitutional Change and Constitutional Amendment: A Canadian Conundrum*», dans Xenophon CONTIADES (dir.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, New York, Routledge, 2013, p. 51.

54. *Edwards c. A.G. Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).